



**UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE
GUAYAQUIL**

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO

CARRERA DE DERECHO

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE:

**ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA
REPÚBLICA**

TEMA:

**LA CAUCIÓN COMO MEDIO PARA SUSPENDER LA
EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA AL INTERPONER RECURSO
DE CASACIÓN EN MATERIA CIVIL**

TUTOR:

AB. MARCO ORAMAS SALCEDO MG.

AUTOR:

CRISTIAN SURIAGA SANABRIA

GUAYAQUIL, 2018

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA	
FICHA DE REGISTRO DE TESIS	
TÍTULO Y SUBTÍTULO: La caución como medio para suspender la ejecución de la sentencia al interponer recurso de casación en materia civil.	
AUTOR/ES: Cristian Alexis Suriaga Sanabria	REVISORES O TUTORES: Ab. Marco Oramas Salcedo Mg.
INSTITUCIÓN: Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil	Grado obtenido: Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República
FACULTAD: CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO	CARRERA: DERECHO
FECHA DE PUBLICACIÓN: 2018	N. DE PAGES: 167
ÁREAS TEMÁTICAS: Derecho	
PALABRAS CLAVE: Derecho, Garantías Jurídicas, Reglamento.	
RESUMEN: La falta de un instructivo que establezca los parámetros que permitan a los jueces de los Tribunales de la Corte Provincial, fijar adecuadamente el monto de la caución al solicitarse la suspensión de la ejecución de la sentencia, al interponer recurso de casación por parte del recurrente, dejando a la libre discrecionalidad de los jueces fijarlo; ha conllevado a que se vulneren derechos constitucionales de las partes procesales. El Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia, garantiza los derechos fundamentales de todos y cada uno de sus ciudadanos; uno de los derechos principales que garantiza es el de la protección, específicamente el derecho a la seguridad jurídica, del cual se consideró para la presente investigación por ser vulnerado ante la falta del instructivo, por cuanto la partes no tienen de manera pública, previa y clara, los parámetros que utilizan los jueces para fijar el monto de la caución y por lo tanto al impugnarse el mismo por considerarse excesivo o ínfimo, no se podría dar una adecuada motivación por parte de los jueces debido a que el único fundamento que tienen es que es facultad privativa del juez establecer el monto de la caución, violentando el principio de motivación inclusive; por lo que surge la necesidad de que el Consejo de la Judicatura elabore el respectivo instructivo.	
N. DE REGISTRO (en base de datos):	N. DE CLASIFICACIÓN:

DIRECCIÓN URL (tesis en la web):		
ADJUNTO PDF:	SI <input checked="" type="checkbox"/>	NO <input type="checkbox"/>
CONTACTO CON AUTOR/ES: Cristian Alexis Suriaga Sanabria	Teléfono: 0990267164	E-mail: cristian24_11@live.com
CONTACTO EN LA INSTITUCIÓN:	<p>Ab. Marco Oramas Salcedo Mg. Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho. Dra. Violeta Badaraco Delgado Directora de la Carrera de Derecho Teléfono: 2596500 Decanato Ext. 249 Dirección Ext. 233 E-mail: Decano: moramass@ulvr.edu.ec Directora: vbadaracod@ulvr.edu.ec</p>	

Urkund Analysis Result

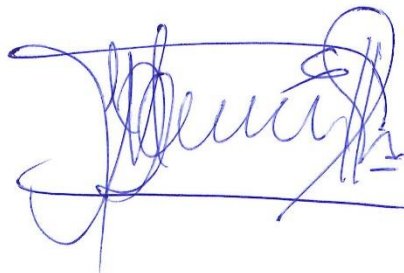
Analysed Document: TESIS CRISTIAN SURIAGA CASACION.docx (D42104410)
Submitted: 10/4/2018 2:19:00 AM
Submitted By: moramass@ulvr.edu.ec
Significance: 4 %

Sources included in the report:

TESIS Ricardo Andres Albornoz Muñoz.doc (D41123139)
TRABAJO TITULACIÓN_Leandra Mera_APROBADO.docx (D41525746)
PROYECTO-BORRADOR 11-10-2016.docx (D22325252)
WENDY RETO.docx (D36077178)
Tesis Sr Guilcaso 24 09 2018.pdf (D41777535)
UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO - Maritza.docx (D10759744)
Ana Priscila D (tesis Julio 2016).docx (D21106710)
<https://www.derechoecuador.com/interposicion-del-recurso-de-casacion-en-el-cogep>
http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2017/17-11%20Termino%20para%20interponer%20casacion.pdf
<http://servicios.agricultura.gob.ec/transparencia/2017/Septiembre2017/literal%20a2/COGEP.pdf>
<http://www.lexis.com.ec/wp-content/uploads/2017/09/CONSTITUCION-DE-LA-REPUBLICA-DEL-ECUADOR.pdf>
<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1507/1/RF-06-TC-Naranjo.pdf>

Instances where selected sources appear:

45



CERTIFICACIÓN DE ACEPTACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Proyecto de Investigación **LA CAUCIÓN COMO MEDIO PARA SUSPENDER LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA AL INTERPONER RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA CIVIL**, designado por el Consejo Directivo de la Facultad de CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO de la Universidad LAICA VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil.

CERTIFICO:

Haber dirigido, revisado y aprobado en todas sus partes el Proyecto de Investigación titulado: **“LA CAUCIÓN COMO MEDIO PARA SUSPENDER LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA AL INTERPONER RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA CIVIL”**, presentado por el estudiante **CRISTIAN ALEXIS SURIAGA SANABRIA** como requisito previo, para optar al Título de **ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA**, encontrándose apto para su sustentación

Firma:

Ab. Marco Oramas Salcedo Mg.

C.I. # 0919977678



**DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS
PATRIMONIALES**

CRISTIAN ALEXIS SURIAGA SANABRIA, estudiante egresado, declaro bajo juramento, que la autoría del presente trabajo de investigación, corresponde totalmente al suscrito y me responsabilizó con los criterios y opiniones científicas que en el mismo se declaran, como producto de la investigación realizada.

De la misma forma, cedo mi derecho patrimonial y de titularidad a la UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL, según lo establece la normativa vigente.

Este proyecto se ha ejecutado con el propósito de estudiar: **“LA CAUCIÓN COMO MEDIO PARA SUSPENDER LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA AL INTERPONER RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA CIVIL”**.

Autor

Firma:



Cristian Alexis Suriaga Sanabria

C.I. 0502497209

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi padre, a mi madre, a mis hermanos; y a mi amigo Dagner Jaramillo Vera.

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación lo dedico a mi padre, a mi madre, a mi hermano y a mi hermana.

ÍNDICE GENERAL

UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL	I
REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA	II
CERTIFICACIÓN URKUND	IV
CERTIFICACIÓN DE ACEPTACIÓN DEL TUTOR	V
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES	VI
AGRADECIMIENTO	VII
DEDICATORIA	VIII
ÍNDICE DE TABLAS	XII
ÍNDICE DE GRÁFICOS	XII
RESUMEN	XIII
ABSTRACT	XIV
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	3
1.1.- Tema	3
1.2.- Planteamiento del problema	3
1.3.- Formulación del problema	6
1.4.- Sistematización del problema	7
1.5.- Objetivos	7
1.6.- Justificación de la investigación	8
1.7.- Delimitación del Problema	8
1.8.- Hipótesis	8
CAPITULO II	10
MARCO TEORICO	10
2.1. Marco Referencial	10
2.1.1. Derecho a recurrir	10
2.1.2. Recurso de Casación	11
2.1.2.1. Antecedentes históricos	13
2.1.2.1.1 Derecho Romano	14
2.1.2.1.2. Derecho Germánico	16
2.1.2.1.3. Querela Nullitatis	19
2.1.2.2. Aplicación en el sistema judicial ecuatoriano	21
2.1.2.3. Finalidades del Recurso de Casación	21
2.1.2.4. Características del Recurso de Casación	24

2.1.2.5. Causales para la procedencia del Recurso de Casación	27
2.1.2.6. Legitimación para interponer Recurso de Casación	29
2.1.3. Caución	31
2.1.3.1. Obligación en el Derecho Civil.....	31
2.1.3.2. Caución en el Derecho Civil	33
2.1.3.3. Clases de caución.....	35
2.1.3.3.1. Caución personal.....	36
2.1.3.3.2. Caución real.....	40
2.1.3.4. La caución y la suspensión de la ejecución	42
2.1.3.5. Finalidad de la caución	47
2.1.3.6. Procedencia para la rendición de la caución	52
2.1.3.7. Método utilizado para calcular la cuantía de la caución.....	54
2.1.3.8. Sentencias que puede suspenderse su ejecución mediante la rendición de caución al interponerse recurso de casación	62
2.1.4. Derechos que se están vulnerando por la falta de un instructivo para la fijación del monto de la caución a aplicarse en el recurso de casación ...	63
2.2. Marco Legal.....	73
2.2.1. Constitución de la República del Ecuador.....	73
2.2.2 Código Orgánico de la Función Judicial.....	76
2.2.3. Código Orgánico General de Procesos.....	79
2.2.4. Jurisprudencia.....	85
2.2.5. Derecho comparado	91
CAPÍTULO III.....	97
MARCO METODOLÓGICO	97
3.1. Tipos de investigación	97
3.1.1. Investigación descriptiva	98
3.1.2. Investigación correlacional.....	99
3.1.3. Investigación documental	99
3.2. Enfoque de la investigación	99
3.2.1. Enfoque cuantitativo.....	100
3.2.2. Enfoque cualitativo	101
3.3. Métodos de investigación	101
3.3.1. Método deductivo	101
3.3.2. Método inductivo.....	101
3.4. Técnicas de investigación.....	102

3.4.1. Técnica de campo	102
3.5 Población y Muestra	102
3.5.1. Población de abogados.....	102
3.5.2. Muestra	103
3.6. Formato de encuesta y entrevista	105
3.6.1. Formato de encuesta	105
3.6.2. Formato de entrevista	106
3.7. Presentación de resultados	108
3.7.1. Resultados de encuestas.....	108
3.7.2. Resultados de entrevistas.....	118
3.7.3 Resultados del análisis de las estadísticas de causas ingresadas en las Salas Especializadas de lo Civil y Laboral de la Corte Provincial del Guayas.....	129
3.7.3.1 Causas en las que se solicitó suspensión de la ejecución de la sentencia al interponer recurso de casación	130
3.7.3.2 Causas en las que el recurrente consignó o no el monto de la caución.....	131
3.7.3.3. Montos fijados como caución en las causas laborales y civiles .	132
3.7.3.4. Impugnación ante el monto fijado como caución.....	137
3.7.3.5. Motivación por parte de los jueces ante la impugnación de las partes sobre el monto de la caución.....	138
3.7.3.6 Problemas adicionales hallados al momento de fijar el monto caución.....	140
4. CONCLUSIONES.....	144
5. RECOMENDACIONES.....	147
6. PROPUESTA	148
BIBLIOGRAFÍA.....	150

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1.....	103
Tabla 2.....	103
Tabla 3.....	108
Tabla 4.....	109
Tabla 5.....	110
Tabla 6.....	111
Tabla 7.....	112
Tabla 8.....	113
Tabla 9.....	114
Tabla 10.....	115
Tabla 11.....	116
Tabla 12.....	117
Tabla 13.....	130
Tabla 14.....	131
Tabla 15.....	131
Tabla 16.....	133
Tabla 17.....	134
Tabla 18.....	135
Tabla 19.....	137
Tabla 20.....	138
Tabla 21.....	140
Tabla 22.....	140
Tabla 23.....	141
Tabla 24.....	141
Tabla 25.....	142

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1.....	108
Gráfico 2.....	109
Gráfico 3.....	110
Gráfico 4.....	111
Gráfico 5.....	112
Gráfico 6.....	113
Gráfico 7.....	114
Gráfico 8.....	115
Gráfico 9.....	116
Gráfico 10.....	117

RESUMEN

La falta de un instructivo que establezca los parámetros que permitan a los jueces de los Tribunales de la Corte Provincial, fijar adecuadamente el monto de la caución al solicitarse la suspensión de la ejecución de la sentencia, al interponer recurso de casación por parte del recurrente, dejando a la libre discrecionalidad de los jueces fijarlo; ha conllevado a que se vulneren derechos constitucionales de las partes procesales. El Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia, garantiza los derechos fundamentales de todos y cada uno de sus ciudadanos; uno de los derechos principales que garantiza es el de la protección, específicamente el derecho a la seguridad jurídica, del cual se consideró para la presente investigación por ser vulnerado ante la falta del instructivo, por cuanto la partes no tienen conocimiento de manera pública, previa y clara sobre los parámetros que utilizan los jueces para fijar el monto de la caución y por lo tanto al impugnarse el mismo por considerarse excesivo o ínfimo, no se podría dar una adecuada motivación por parte de los jueces debido a que el único fundamento que tienen es que es facultad privativa del juez establecer el monto de la caución, violentando el principio de motivación inclusive; por lo que surge la necesidad de que el Consejo de la Judicatura elabore el respectivo instructivo.

ABSTRACT

The lack of an instructive that establishes the parameters that allow judges of the Provincial Court, to set properly the amount of the caution, when it is requested the suspension of the execution of the sentence, when filing an appeal of cassation by the recurrent, leaving to the free discretion of the judges to determine it; has led to the violation of constitutional rights of the litigants. Ecuador as a constitutional State of rights and justice, guarantees the fundamental rights of each and every one of its citizens; one of the main rights it guarantees is that of protection, specifically the right to legal security, which was considered for the present investigation because it was violated in the absence of the instructive, as the litigants do not have public, prior and clear knowledge about the parameters used by the judges to set the amount of the caution and therefore, when the recurrent appeal the amount to be considered excessive or insignificant, could not give an adequate motivation by the judges because the only foundation they have is that it is the exclusive power of the judge to establish the amount of the caution, violating the principle of motivation inclusive; therefore, there is a need for the Judicial Council to prepare the respective instructive.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la presente investigación tendrá como punto de partida el estudio de la casación, para lo cual debemos conocer los antecedentes históricos en el desarrollo de las primeras ideas tanto en el derecho Romano como el derecho Germánico, que permitieron su posterior implementación como tal en el derecho procesal francés, lo cual nos permitirá entender de una manera más adecuada la naturaleza jurídica de este medio de impugnación extraordinario dentro del derecho procesal civil.

Posteriormente se hará referencia al procedimiento establecido dentro del Código Orgánico General de Procesos respecto de este recurso haciendo énfasis en la problemática planteada sobre el tema de la caución, definida como una obligación que contrae una persona para garantizar el cumplimiento de otra obligación principal, analizada para poder lograr entender la realidad de la misma como medio para suspender la ejecución de la sentencia al interponer recurso de casación.

Se analizará los principios constitucionales que son vulnerados por la falta de un instructivo que permita fijar de una manera más equitativa la cuantía de la caución, debido a que con la falta de dicho instructivo no se garantiza el principio de seguridad jurídica y de motivación, por cuanto las partes no tienen a su disposición el conocimiento público, claro, previo de una norma que les dé una referencia respecto al cálculo que efectuará el juez al momento de fijar la cuantía, dejando al recurrente en la incertidumbre de si sus recursos económicos le permitirán solicitar al juez la suspensión de una sentencia que considere que ha atentado contra norma expresa.

Además, en el caso de que considere que la cuantía fijada es excesiva para el recurrente o inclusive ínfima para la parte que no recurrió la sentencia, al interponer

algún recurso horizontal que les permita obtener por parte del juez una motivación adecuada de los parámetros utilizados para fijar dicho valor no se obtendrá una respuesta debidamente motivada, además de que no hay recurso vertical alguno que puedan interponer contra la providencia que fije la cuantía de la caución.

CAPITULO I

1.1.- Tema

LA CAUCIÓN COMO MEDIO PARA SUSPENDER LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA AL INTERPONER RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA CIVIL

1.2.- Planteamiento del problema

Con motivo de modernizar el sistema jurídico ecuatoriano, el 18 de mayo de 1993, hace 25 años, se instauró la casación mediante la ley N° 27 publicada en el Registro oficial N° 192, la misma que dio finalidad al sistema arcaico de la tercera instancia cuya finalidad dilatoria de las causas provocaba una serie de vulneraciones a los derechos de las partes procesales.

Para ello el recurso extraordinario de casación; que en su entonces era competente para conocer la Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional, tuvo como principal objetivo darle seguridad jurídica a las partes ante cualquier error de derecho incurrido por parte de los jueces que pueda afectar sustancialmente la decisión final; dando la facultad de crear una nueva causa que ataque directamente la sentencia impugnada; con ello como bien lo manifiesta el Dr. César Coronel Jones (1993), uno de los partícipes en la preparación del anteproyecto de esta ley:

La casación así establecida pretende lograr a la vez varios objetivos fundamentales:

a) Uniformidad y generalidad en la aplicación de la Ley y doctrina legal en los distintos tribunales del país;

b) Hacer justicia en el caso concreto en que una sentencia hubiere violado el derecho en perjuicio de algún litigante; y,

c) Agilitar y eficientizar la administración de justicia, descentralizándola y confiriéndole a las Cortes Superiores y Tribunales distritales de apelación, la calidad de Jueces de última instancia. (pág. 52-53)

Es así que para confirmar el deseo de una justicia más expedita y darles a las sentencias de los jueces de segunda instancia el carácter de definitivo e irreversible, con lo cual obtendría la característica de cosa juzgada, una vez que ninguna de la partes haya interpuesto recurso ordinario alguno del cual se crea asistido, lo haya interpuesto de manera extemporánea o el mismo haya sido declarado sin lugar, quedando de esta manera ejecutoriado el fallo; se estableció en la ley de casación que este recurso tendría efecto devolutivo más no suspensivo, es decir independientemente de la interposición del recurso extraordinario de casación, la sentencia impugnada podía ejecutarse en beneficio de la parte vencedora obligando al demandado al cumplimiento de la misma. Sin embargo, la misma norma estableció la posibilidad de suspender la ejecución de la sentencia impugnada rindiendo caución suficiente para garantizar los perjuicios que la demora de la ejecución ocasionare al vencedor, la cual debía ser fijada a consideración de los jueces

Desde la reforma de la ley de Casación, el 8 de abril de 1997, en la que se estableció que la Corte Suprema de Justicia debía crear un instructivo para que los tribunales fijen la caución, hasta su derogación con la publicación en el Registro Oficial N° 506 el 22 de mayo de 2015 del Código Orgánico General de Procesos el cual dentro de su normativa abarca el recurso de casación; no se ha establecido ningún tipo de instructivo que obligue a los tribunales de alzada fijar una caución adecuada,

permitiendo a las partes procesales conocer de manera previa, clara y pública el modo en cómo se la calcula; a pesar de que actualmente la obligación de dictar el respectivo instructivo está establecida dentro del Código Orgánico de la Función Judicial como una de las funciones del pleno del Consejo de la Judicatura el mismo que indica en el artículo 264 “Funciones.- Al Pleno le corresponde: 16. Dictar el instructivo para la fijación del monto de la caución a aplicarse en el recurso de casación.”

Se ha dejado claro que el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia en la que se pueda dilatar la sustanciación del proceso, resolviendo puntos de hecho ya debatidos anteriormente, por lo tanto, la figura de la caución se implementó además de poder precautelar los perjuicios que ocasione la demora en la ejecución del fallo, ser un medio disuasorio al momento de interponer este recurso de manera infundada.

Pero no se debe dejar abierta la posibilidad de que se pueda llegar a los extremos, sean estos el que se pueda establecer una caución ínfima o una exagerada, así ha quedado de manifiesto dentro de las compilaciones realizadas por el Ab. Manuel Tama (2011), sobre jurisprudencia respecto a este tema en el cual se indica que la caución: “No puede, en consecuencia, ser irrisoria o vil en su monto, al extremo de encubrir una dadivosa liberalidad rayana; pero tampoco puede ser monstruosa o leonina, que por su evidente desproporcionalidad, imposibilite el ejercicio de ese derecho potestativo...” (pág. 643)

La Constitución, como norma regulatoria del ordenamiento jurídico, establece claramente en el Título segundo: Derechos, capítulo octavo derechos de protección, artículo 82 como principio la seguridad jurídica, que indica: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas

jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. Así mismo reconoce en su artículo 76 numeral 7 literal I que: “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”.

Por lo tanto si no se ha normado el modo en que se debe calcular el monto de la caución, las partes procesales se ven perjudicadas al momento de que se establezcan cantidades que ellos consideren atentatorias para sus derechos, por cuanto la providencia en la que se fije la misma no es sujeto de recursos verticales, solo de recursos horizontales como ampliación, aclaración, reforma o revocatoria; pero no significa una gran ayuda si nos encontramos con la situación de que al no haber norma que obligue a los jueces a establecer la caución de una manera en específico, y se solicite una explicación del porqué de la cantidad, solo indiquen que es un criterio generalizado de los jueces fijar dichos valores; violentando el principio de seguridad jurídica de las partes procesales y el de una adecuada motivación por parte de los jueces respecto de la providencias que dicten.

1.3.- Formulación del problema

¿En qué medida afecta a la seguridad jurídica de las partes procesales la ausencia de normativa para fijar la caución por parte de los jueces de los tribunales de alzada, al momento de solicitar la suspensión de la ejecución del fallo al interponer recurso de casación?

1.4.- Sistematización del problema

- ¿Existe alguna norma que permita calcular de manera justa la caución en caso de suspensión de la sentencia dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano?
- ¿Cómo calculan actualmente los jueces de la Corte Provincial el monto de la caución cuando una de las partes solicita suspender la ejecución de la sentencia al interponer recurso de casación?
- ¿Existe un criterio generalizado por parte de los jueces de la Corte Provincial al fijar el monto de la caución?
- ¿Se motiva adecuadamente la providencia en la cual se fija la caución por parte de los jueces de la Corte Provincial?

1.5.- Objetivos

Objetivo General

Determinar que la falta de un instructivo dictado por el Consejo de la Judicatura, que establezca los parámetros a seguir por parte de los jueces de la Corte Provincial al fijar una caución al momento de que una de las partes solicita la suspensión de la ejecución de la sentencia cuando se interpone recurso de casación, violenta el principio de seguridad jurídica y de motivación consagrados en la Constitución.

Objetivos Específicos

- ✓ Analizar los autos de calificación del recurso de casación en las que se fije caución.
- ✓ Describir los parámetros usados actualmente por los jueces de la Corte Provincial al momento de fijar la caución.

- ✓ Establecer la mecánica jurídica a efecto de calcular el monto de la cuantía, que se debe consignar para suspender la ejecución de la sentencia en el recurso de casación.

1.6.- Justificación de la investigación

La importancia de la presente investigación radica en que se identificará una problemática respecto a que las partes procesales no conocen los parámetros que los jueces toman en consideración al momento de fijar el monto de la caución para suspender la ejecución de sentencia al interponer recurso extraordinario de casación, violentando de esta manera el principio a la seguridad jurídica, por cuanto las partes procesales se encuentran ante la incertidumbre de si el monto fijado en verdad representa un valor económico suficiente para garantizar los perjuicios que la demora en la ejecución pueda ocasionar o si no es un valor fijado de manera arbitraria que puede provocar angustia por parte del recurrente al ver la posibilidad inminente de que se ejecute una sentencia por no tener los recursos económicos suficientes para rendir la caución fijada.

1.7.- Delimitación del Problema

Espacial: Corte Provincial del Guayas

Tiempo: 2016-2018

Alcance: Guayaquil.

1.8.- Hipótesis

Si el pleno del Consejo de la Judicatura dictase un instructivo mediante una resolución sobre la mecánica de cálculo para aplicar la caución al solicitar la suspensión de la

ejecución de la sentencia al interponer recurso de casación; se estaría logrando mejorar la eficiencia y eficacia de la justicia, reforzando la seguridad jurídica.

Variable independiente

Resolución del pleno del Consejo de la Judicatura

Variable dependiente

La vulneración del principio de seguridad jurídica, por el desconocimiento de la forma en que se fija la caución.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1. Marco Referencial

2.1.1. Derecho a recurrir

El ser humano por naturaleza ante una decisión contraria a sus intereses, siempre intentará lograr revertir la misma, ya sea porque la considere injusta o que ha sido dictada faltando a las solemnidades sustanciales en la sustanciación de la causa, atentando contra el debido proceso. Para ello solicitará al juez superior que revise las circunstancias alegadas por el recurrente, resueltas por el juez de instancia, por considerar que ha resultado afectado por la decisión de este.

Es así que Couture, como se citó en Cornejo (2016), considera el derecho a recurrir como: “El instrumento para resolver el conflicto entre el individuo y el poder, entre libertad y autoridad” (pág. 20).

Al encontrarse el individuo entre un conflicto con el administrador de justicia por considerar que su decisión afecta sus intereses, es que en razón de esta afectación acude ante otro juez que pueda revisar la decisión adoptada por el juez inferior dando al recurrente una legitimación especial para recurrir y así lo deja de manifiesto Devis Echandía, como se citó en Cornejo (2016), que:

Se necesita de una especial legitimación, que no es tampoco la ordinaria ad processum, que comprende solo la capacidad para obrar personalmente en juicio sino más bien una especial legitimación en la causa, distinta de la general para obrar o intervenir con el mismo fin y capacidad para actuar en un juicio.
(pág. 20)

Actualmente en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, con la entrada en vigencia de la Constitución del 2008, el Ecuador pasó de ser un Estado donde la norma prevalecía por sobre los derechos; a un Estado garantista de derechos, en el cual los derechos humanos gozan de igual jerarquía y siempre se velará por su fiel cumplimiento. Dentro de esta Constitución encontramos en su artículo 76 numeral 7 literal m, dentro de los derechos al debido proceso el de: “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos que se decida sobre sus derechos”.

Todo esto en relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el cual en su artículo 8 sobre las garantías judiciales, numeral 2, literal h: “Derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

Con lo manifestado anteriormente podemos indicar que el derecho a recurrir es el medio por el cual una de las partes procesales que considere que se ha visto afectado sus intereses por una sentencia que considere injusta o que es contraria a norma expresa tanto sustantiva como adjetiva, puede solicitar ante un juez superior la revisión de lo actuado por el juez inferior con la finalidad de obtener una decisión justa y apegada a derecho.

2.1.2. Recurso de Casación

El recurso de casación entendido como un recurso, quien a su vez el autor Lino Enrique Palacios, como se citó en Flor (2015), conceptualiza esta palabra como: “Acto procesal en cuya virtud la parte que se considera agraviada por una resolución judicial pide su reforma o anulación, total o parcial, sea al mismo Juez o Tribunal que la dictó o a un Juez o Tribunal jerárquicamente superior” (pág. 8).

Así mismo es importante previo al análisis del recurso de casación comenzar haciendo mención a su definición como tal dada por uno de los autores que más

relevancia tiene respecto al estudio de este recurso para lograr comprender de mejor manera la finalidad y características del mismo.

Piero Calamandrei, como se citó en Cornejo (2016), define a la casación como: “un binomio que se compone; por un órgano especializado para responder las exigencias procesales y, el recurso de impugnación que permitirá a la corte hacer una revisión limitada con los fines que la ley procesal establezca” (pág. 46).

Para Manuel de la Plaza (1944), el tribunal de casación ante el evento de una diversidad de interpretaciones de la norma es un órgano que:

Imprimiese una dirección única a la interpretación de las normas jurídicas, cualesquiera que fuese su rango; cuidase de evitar que no se aplicasen o fuesen indebidamente aplicadas y procurarse a la par, que, a pretexto de interpretarlas, no se desnaturalice por error su alcance y sentido... (pág. 11)

Chiovenda (1997) a su vez manifiesta que la función del Tribunal de Casación es de revisar:

El juicio de derecho contenido en las sentencias de los jueces, o sea, el juicio sobre la existencia o inexistencia de una norma abstracta de ley y sobre si es o no aplicable al caso concreto. Aparte de ello vuelve a examinar la actividad desarrollada en el proceso, desde su constitución hasta la sentencia, en busca de las posibles nulidades subsistentes en él. (págs. 547-548)

En relación a los conceptos expuestos podemos manifestar que el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario presentado por las partes, que se sientan afectadas, en contra de una sentencia o auto que pone fin a un proceso dictado en última instancia ya sea porque es contraria a norma expresa respecto a un derecho

sustantivo o no se hayan observado las formalidades sustanciales establecidas en la ley procesal.

2.1.2.1. Antecedentes históricos

Luego de haber expuesto su definición conceptual, corresponde en este punto revisar sus antecedentes históricos, las ideas que fueron la base para el posterior desarrollo de la casación, el cual a lo largo del tiempo diversos autores respecto del presente tema, como por ejemplo el Dr. Rubén Morán (2009) sostiene que:

Históricamente este recurso, tiene su nacimiento en la Revolución Francesa; quienes con el propósito de defender la supremacía y pureza de la ley frente a las irregularidades que podrían cometer los jueces en su ejercicio, crearon un tribunal de casación para revisar justamente las violaciones o equivocadas interpretaciones de la ley en que hubieran incurrido los jueces. (pág. 384)

Si bien esto es correcto, debemos tener en consideración las primeras ideas que de manera directa o indirecta fomentaron previamente su desarrollo como bien lo señala Manuel de la Plaza (1944):

Si hubiésemos reducido nuestra experiencia a este medio de impugnación, tal como lo alumbró la Revolución francesa, que ingenuamente creyó ser suya, aunque muchos e irrecusables testimonios muestran lo contrario, fácil nos hubiera sido hacer caso omiso de numerosos antecedentes... (págs. 43-44)

Es por esta razón que analizaremos de manera preliminar los fundamentos que permitieron el desarrollo de esta institución jurídica previo a su implementación en el derecho procesal francés además del análisis de ciertas medidas que se tomaron tanto en el derecho romano como en el derecho germánico que podrían asemejarse a la caución en el actual recurso de casación, entendida como una garantía que debe

consignar el recurrente para pagar por los perjuicios que la demora de la ejecución de la sentencia pueda ocasionar; para lo cual como fuente de información que mejor que recurrir a los conocimientos de Calamandrei que en su obra “La Casación Civil” realiza un estudio minucioso de la historia de este recurso.

2.1.2.1.1 Derecho Romano

Calamandrei (1945) señala que, si bien la institución de la casación apareció durante la Revolución Francesa en el siglo XVIII, esta no nació como una idea original del derecho procesal francés, debido a que no resultó de la nada su surgimiento en la Asamblea Constituyente, por cuanto se necesitó de elementos bases que permitieran su elaboración.

Es así que en el derecho romano en la época de la república se empezaron a desarrollar los primeros elementos constitutivos de la casación moderna; ignorándose, claro está, la importancia del gran aporte a esta institución jurídica. En el primitivo derecho romano la sentencia guardaba relación en cuanto a un negocio jurídico privado, debido a que para los romanos para que la sentencia exista jurídicamente debía contar con todas las formalidades que se requería para su validez, al igual que un contrato privado que para que sea válido es necesario de la concurrencia de elementos solemnes. A falta de estas solemnidades no existía la posibilidad de algún medio de impugnación con el cual en un nuevo proceso se pueda discutir sobre los vicios que puedan invalidar la sentencia, por el hecho de que jurídicamente no existía.

Para el derecho romano solo existían dos extremos en una sentencia o era válida o simplemente no existía, no contaba con una parte media en la cual una sentencia pueda someterse a un juicio en la que se solicite la nulidad, por el solo hecho de que en la actualidad para que se solicite que una sentencia sea nula, es porque hay

una presunción de validez de la misma; como lo veremos más adelante instituido en el derecho primitivo germánico como el principio de “validez formal de la sentencia”, lo cual no sucedía en el derecho romano por cuanto se consideraba que una sentencia que no contenga los elementos necesarios para su validez no existía jurídicamente por lo tanto solo era necesario una resolución meramente declarativa que la deje sin efecto; y así lo expresa Calamandrei (1945) dentro de su investigación que la expresión *nullitas sententiae* usada en el derecho intermedio no se encuentra en las fuentes justinianeas, sino la expresión *nulla sententia* que significa ninguna sentencia o sentencia inexistente.

Así mismo cabe resaltar que en esta época podemos encontrar medios que se asemejan en cierta forma a la caución respecto del recurso de casación; este es el caso de la *revocatio in duplum* en la que si el deudor manifestaba que el actor pretendía ejecutar una sentencia que contenía alguna nulidad, se podía revisar por parte del juez dicha afirmación. En el caso de que la pretensión del deudor carecía de fundamento alguno se le imponía la pena de pagar el doble de lo que le hubiese correspondido pagar en un principio al actor.

En esta época una sentencia solo podría ser declarada inexistente si durante el desarrollo del procedimiento se observaban defectos procesales; pero los errores que podría cometer el juez en el razonamiento lógico que realice en la parte resolutive no influían de ninguna manera en la validez de la sentencia.

La razón corresponde a un mayor deseo de protección del *ius constitutionis*, el poder de la ley; por sobre el *ius litigatoris*, el derecho subjetivo de los litigantes; con lo cual no se podía permitir que un juez pueda fallar contra norma expresa consagrada para la sustanciación de la *litis*, debido a que el juez era visto como conecedor del

derecho; en cambio un error al momento de juzgar era menos grave por considerar que a pesar de que el juez pudo interpretar mal la norma o la aplicó indebidamente, tuvo conocimiento de la norma expresa al momento de emitir su decisión.

Durante la época del imperio en Roma se instituyó la *appellatio*, que de acuerdo a Calamandrei (1945) en referencia a Ulpiano, jurista romano, tuvo como finalidad: “la necesidad de corregir la injusticia y la ignorancia de los juzgadores” (pág. 89). Gracias a este medio de impugnación ya no solo se recurría una sentencia que tuviera errores de derecho sino también errores de hecho, teniendo la oportunidad de acudir a un juez jerárquicamente superior para que no declare nula la sentencia, sino que emita una nueva decisión que sustituya la dictada por el juez anterior.

De esta manera la nulidad se solicitaba en gran medida por vicios procesales y la apelación contra la sentencia injusta, por el solo hecho de que una sentencia nula, es decir inexistente, no es necesario apelar.

2.1.2.1.2. Derecho Germánico

A diferencia del derecho romano, en el derecho primitivo germánico las decisiones tomadas para resolver un pleito tenían su fundamento no en la norma escrita, sino en base al derecho consuetudinario.

La decisión era tomada por la asamblea judicial, conformada no solo por jueces sino también por ciudadanos representantes del pueblo, es por esta razón que, si una persona acudía ante la asamblea a consecuencia de un litigio, no lo era ante una autoridad superior sino ante sus conciudadanos. La persona que acudía como actor y presentaba sus pretensiones a la asamblea, lo mismo que el demandado, era una propuesta de sentencia que esperaba ser aprobada por el presidente de este organismo y así lo manifiesta Calamandrei (1945): “La demanda en juicio era, pues, en sustancia

una propuesta de sentencia, que la parte, en interés propio, pero en calidad de miembro de la consociación juzgadora, llevaba a la asamblea para obtener su ascenso” (pág. 117).

De este modo la asamblea podía adoptar esa propuesta o a su vez proponer una diferente de la propuesta presentada, y por el hecho de que este procedimiento se realizaba entre conciudadanos, la parte que considere que su propuesta debió ser aceptada podía solicitar un nuevo juicio para “desaprobar la sentencia”, conocido en ese entonces como *urteilsschelte*, ante un nuevo tribunal superior.

En este aspecto podemos también, al igual como lo hicimos respecto del derecho romano, hacer mención a una medida que se tomó en el caso que se solicitaba la desaprobación de la sentencia. Si una de las partes consideró que su propuesta debió ser aceptada y propone que nuevamente sea revisado porque afirma que los jueces actuaron contrario a la ley, en caso de que su propuesta de sentencia sea aceptada en esta ocasión, tenía derecho a que se le compense económicamente, pero en el caso de que no se demuestre que los jueces actuaron en desmedro de sus derechos, quien propuso la nueva revisión de su propuesta debía pagar una multa.

La diferencia con la *appellatio* en el derecho romano es que en la *urteilsschelte* no se buscaba dejar sin efecto una sentencia considerada injusta, debido a que está aún no era considerada una sentencia como tal sino una propuesta la cual para tener fuerza de mandato debía ser aprobada, luego del juzgamiento previo.

Una vez que la sentencia era aprobada por la asamblea, esta no podía ser impugnada, el momento oportuno para expresar o dejar de manifiesto alguna injusticia era antes de la aprobación de la misma, precluyendo cualquier tipo de ataque en contra de la sentencia definitiva.

La sentencia aprobada adquiriría validez formal definida por Calamandrei (1945) como: “La absoluta exclusión de todo medio dirigido a quitar vigor al mandato jurídico pronunciado por el presidente de la asamblea judicial” (pág. 125). La razón de ser de esta validez correspondía al hecho de que se manejaba en razón de las costumbres al momento de realizar el juzgamiento, y la sentencia aprobada constituía una ley que pasaba a ser parte de la consciencia jurídica del pueblo.

Con el posterior desarrollo del derecho germánico, se dejó a un lado las decisiones adoptadas por la asamblea para luego ser tomados por un juez único, y las impugnaciones a una decisión injusta ya no era simplemente contra una propuesta de sentencia sino contra una sentencia formada.

La anulación de una sentencia injusta provocaba sanciones por parte de jueces superiores a los jueces inferiores que no actuaron conforme a la ley, lo que no producía una anulación ipso iure, sino que debía reclamarse y en un nuevo juicio determinar si el juez inferior actuó contrario a la ley. Así lo resalta Skedl, como se citó en Calamandrei (1945), quien manifiesta que la impugnación de una sentencia injusta es una relación entre la apelación romana por el hecho de acudir a un juez superior y continuar la litis y la *urteilsschelte* germánica por las sanciones que correspondan al juez que actuó injustamente o contra quien reclama de manera infundada.

De esta manera se constituyó en un examen del juez inferior por parte del juez superior, y así se demuestra al indicar como se manejaba durante esa época en el caso de una impugnación por parte de una de las partes por una sentencia injusta cuando gracias a su investigación Calamandrei (1945) expone que sucedía en el caso de encontrarse error por parte del juez o una reclamación infundada, para ello en el primer caso al juez que no emitió una sentencia acorde a la ley se le imponía una multa de 40

sueldos, la mitad como compensación al perjudicado y la otra como multa por ejercer indebidamente sus funciones. En el caso de una reclamación infundada se le imponía al recurrente una multa de 20 sueldos.

2.1.2.1.3. Querela Nullitatis

La querela nullitatis fue una institución jurídica desarrollada en el derecho italiano en el siglo XII, cuyas bases fueron tomadas por la unión de las características de las instituciones utilizadas tanto en el derecho romano como en el derecho germánico cuyo fin era la impugnación de una sentencia que contenga algún tipo de vicio que pueda afectar su validez.

Del derecho romano se tomó como características que una sentencia puede ser impugnada tanto por vicios producto de errores in procedendo como de errores in iudicando, distinguiendo entre los dos la gravedad, debido a que un error que afecte la solemnidad del proceso en comparación con un error suscitado durante el razonamiento lógico del juez sobre la valoración de los hechos, el primero podía provocar la nulidad de la sentencia declarándola inexistente en cambio el segundo mediante la appellatio se iniciaba un nuevo proceso para emitir una nueva decisión por considerarla injusta.

Del derecho germánico se tomó como características la idea de que una sentencia que contenga algún vicio no podía ser declarada nula sin la petición previa de alguna de las partes, por cuanto debido al principio de la validez formal de la sentencia, si esta no es atacada dentro del momento procesal oportuno independientemente del error, era declarada definitiva sin posibilidad a impugnación alguna.

La querela nullitatis a diferencia del derecho romano no buscaba simplemente declarar con certeza, nula una sentencia viciada por algún tipo de error, sino cambiar la situación jurídica que la sentencia impugnada había establecido, por cuanto recordemos que una sentencia en ese momento, independientemente del vicio, si no se presentaba algún medio destinado a anular, era definitiva, por ende así lo deja claro Calamandrei (1945) al indicar que: “La querela nullitatis tuvo así, no la naturaleza de una acción de declaración de certeza, sino la naturaleza de una acción constitutiva, dirigida a obtener una variación jurídica de un estado procesal ya existente” (pág. 169).

En un inicio este medio de impugnación se destinó para las sentencias con errores in procedendo dejando a la apelación las sentencias injustas, pero con el desarrollo del derecho procesal se unificó la posibilidad de anular una sentencia existente viciada por errores in iudicando, mediante la querela nullitatis, para lo cual se determinó que se debía considerar dos características, ser expresa y causal.

Ser expresa quiere decir que el error se encuentre de manifiesto en la sentencia del juez cuando es debidamente motivada y causal que el error haya influido en la decisión del juez.

Luego de que la sentencia era declarada nula, se señala dos situaciones que debían tomarse en consideración, las cuales se relacionan en cierta medida con la actual casación y así Calamandrei (1945) expresa que, si se declaraba nula por error in procedendo, se dejaba sin efecto total o parcialmente los actos procesales viciados; se realizaban nuevamente dichos actos y se pronunciaba una sentencia en base a estos. Si se declaraba nula la sentencia por error in iudicando se dictaba, corrigiendo los errores, una nueva sentencia usando los mismos elementos que se usó para la sentencia anulada.

2.1.2.2. Aplicación en el sistema judicial ecuatoriano

En el sistema judicial ecuatoriano, antes de la reforma constitucional de 1992, existía la tercera instancia cuya competencia radicaba en la Corte Suprema de Justicia de ese entonces. La Corte Suprema de Justicia a más de encargarse de la administración del sistema judicial, debía resolver miles de causas que saturaban su capacidad de trabajo; causas que independientemente de la materia, cuantía, etc., la Corte Suprema debía revisar el proceso desde el inicio, no solo los posibles errores de derecho cometidos, sino como toda instancia, la valoración de los hechos y las pruebas.

Con este sistema arcaico que profundizaba la crisis judicial del país, se decidió modernizar el sistema judicial, mediante la implementación del recurso de casación, la cual posteriormente a la reforma constitucional de 1992, el 18 de mayo de 1993 entra en vigencia la ley de casación, eliminando la tercera instancia y así lo resalta el Dr. Santiago Andrade Ubidia, como se citó en Núñez (2014), al manifestar que: “Esta reforma implicó la transformación de la Corte como administrador de justicia a un órgano de control para la defensa del Derecho objetivo y unificador de la jurisprudencia, regulando la correcta interpretación del Derecho” (pág. 35).

2.1.2.3. Finalidades del Recurso de Casación

Desde el sistema judicial en el derecho romano donde la sentencia es nula por el solo hecho de poseer un vicio procedimental que afecte su validez siendo este un error grave por el inexcusable desconocimiento de algún juez ante la norma escrita; pasando al derecho germánico en la que instituyó la idea de poder “desaprobar” una sentencia por contener algún tipo de vicio y el cual podía conllevar a una sanción al juez que haya incurrido en el error, independientemente de su culpabilidad; posteriormente llegando al derecho italiano del siglo XII en la que, debido a la unión

de las ideas tomadas del derecho romano y germánico, se estableció la querela nullitatis por el cual las partes podían solicitar la nulidad de una sentencia ante un juez superior; llegando de esta manera al recurso de casación implementado en el derecho procesal francés en el que, durante la revolución francesa se dejó a un lado obediencia al rey para buscar la de la ley y de esta manera establecer un Tribunal de Casación (Nuñez Santamaría, 2014). Comparten entre todos estos antecedentes como el principal fin del recurso de casación, la defensa de la ley en el sentido por el cual el legislador la creó; además de unificar la jurisprudencia para que esta sea aplicable en casos análogos por parte de los jueces.

Al estudiar el recurso de casación, tal como fue concebida, siempre hubo la necesidad de que la norma sea aplicada en el sentido en la cual fue legislada, basado en el principio de separación de poderes planteado por Montesquieu, no se podía permitir que un juez pueda aplicar la ley en un sentido opuesto a lo que dicta la misma, arrogándose funciones de legislador; por ende prevalecía la defensa del *ius constitutionis*, independientemente de si la ley es injusta o no, por sobre el *ius litigatoris*, es decir el derecho a las partes que se reconozcan sus derechos violentados por una sentencia viciada de nulidad.

Es así que podemos decir en base a lo antes mencionado que la casación tiene un fin puro e impuro y así el jurista Diego Núñez (2014) indica que:

El puro se refiere a la revisión únicamente *in iure* (sin conocer ningún hecho o mérito), para defender que la ley se aplique en el sentido que fue creada, esta es conocida como la función nomofiláctica. También debe cumplir el rol uniformador de la jurisprudencia. (pág. 32)

Al referirnos al fin impuro, quiere decir al hecho de que no solo se busca la correcta aplicación o interpretación de la ley, sino que mediante esto además se busque la justicia para las partes que consideren vulnerados sus derechos, dando la facultad al juez de poder revisar los méritos que llevaron al juez a tomar determinada decisión.

En la legislación ecuatoriana, el recurso de casación no solo busca la defensa objetiva de la ley, sino que posee un fin impuro debido a que en las causales 2 y 3 del artículo 268 del COGEP, por las cuales es procedente este recurso como bien lo indica el Dr. Diego Núñez (2014) en referencia a la derogada ley de casación que: “No se trata de una casación pura (revisión in iure como Calamandrei lo había concebido) debido a que las dos últimas causales hacen un control de motivación de las sentencias más que un control de defensa del derecho objetivo” (pág. 37).

Este control de la motivación por parte del Tribunal de Casación bien puede llevarse a cabo mediante la revisión del juicio de hecho, las cuales pueden dar como resultado que una sentencia con vicios de razonamiento pueda ser casada y de esta manera darse una finalidad impura por parte de este recurso al revisar los méritos que llevaron a al juez inferior a tomar determinada decisión, es así que Chioventa (1997) indica que todo vicio de razonamiento como la falta de motivación puede ser casado además de:

Es anulable el juicio de hecho que sea ilógico, contradictorio, incompleto; en suma, todo convencimiento que no da sus razones, de tal modo, que cualquiera pueda decir, sin necesidad de examinar los hechos afirmados, que el razonamiento no conduce necesariamente a afirmarlos como existentes o inexistentes. (pág. 552)

Es así que en resumen a lo antes expuesto en palabras del Dr. José García Falconí (1998):

Los fines fundamentales del Recurso de Casación, son hacer efectivos el principio fundamental del Derecho Público que asegura a todos los habitantes del país, la igualdad ante la Ley, es necesario que este aplique en el mismo sentido y alcance para todos los ciudadanos; y que se uniforme la jurisprudencia de los Tribunales. (pág. 61)

2.1.2.4. Características del Recurso de Casación

La casación la hemos definido como un recurso extraordinario mediante el cual se solicita ante el Tribunal de Casación, la anulación de una sentencia definitiva por contener errores de derecho debido a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de la ley.

Así mismo Cabanellas, como se citó en Cornejo (2016), expone que el recurso de casación:

Es como un remedio supremo y extraordinario contra las sentencias ejecutoriadas de los tribunales superiores, dictados contra ley o doctrina por la jurisprudencia o faltando a los trámites sustanciales y necesarios de los juicios; para que, declarándolas nulas, y de ningún valor, vuelvan a dictarse, aplicando o interpretando respectivamente la ley o la doctrina legal en el juicio y para que se conserve la unidad e integridad de la jurisprudencia. (pág. 46)

El tratadista Alejandro Espinosa Solís de Ovando, como se citó en Flor (2015), menciona las características principales del recurso de casación las cuales se relacionan claramente con el concepto aportado por Cabanellas las cuales son:

- 1.- Es un recurso extraordinario, esto es procede contra determinadas resoluciones judiciales y por las causales específicamente señaladas en la ley.
- 2.- Debe interponerse ante el tribunal que dictó la resolución, que se trata de impugnar.
- 3.- Su conocimiento y fallo corresponden al tribunal jerárquico superior al que dictó la resolución de que se recurre.
- 4.- Es un recurso de derecho estricto, vale decir, es necesario observar en su interposición y tramitación ciertas formalidades, so pena de no ser admitido, y el fallo debe recaer sólo sobre las causales señaladas en el escrito de formalización, en caso contrario el recurso es declarado inadmisibile.
- 5.- Es un recurso que está establecido en el interés particular de los litigantes. Solo puede ser interpuesto por la parte agraviada.
- 6.- El recurso de casación no es una instancia, porque el tribunal de casación no revisa las cuestiones de hecho y de derecho, que las partes hayan planteado durante el juicio. El Tribunal de Casación solo conoce de las cuestiones de derecho, si se han observado los requisitos que la ley establece para la dictación de las sentencias o si ha faltado durante la tramitación del juicio algún trámite que la ley considera esencial. (pág. 52)

A estas características considero importante agregar las mencionada por el Dr. José García Falconí (1998): “La casación es un recurso en efecto devolutivo, salvo la caución que lo vuelve de efecto suspensivo, de lo contrario no impide la ejecución de la sentencia” (pág. 64).

De las características antes mencionadas cabe resaltar que este recurso posee la característica de ser extraordinario, por cuanto debe agotarse todos los medios de impugnación ordinarios, para poder acceder a este ante el máximo órgano jurisdiccional de un país; es así que Chiovenda (1997) dice que la casación: “Es el medio de provocar el juicio del Tribunal de Casación sobre la sentencia denunciada, en los límites señalados por el recurso mismo” (pág. 549).

Además, como se ha mencionado anteriormente en la casación no se revisan las cuestiones de hecho que hayan planteado las partes sino solo cuestiones de derecho que el juez no haya observado adecuadamente al momento de tomar su decisión. Por ende, no es una tercera instancia en la que se revisará las valoraciones a los hechos y pruebas; inclusive excepciones las cuales el recurrente tuvo la oportunidad de plantearlas en el momento procesal oportuno, pero por su propio descuido precluyó la oportunidad de hacerlo.

Respecto a los límites que tiene el tribunal de casación en cuanto a los puntos a tomar en consideración para la revisión de la sentencia, no puede alejarse más allá de los expuestos por el recurrente en su solicitud, es así que en un solo hecho puede el mismo diversificarse en varias cuestiones jurídicas aplicables al mismo como por ejemplo Ticio debe cien a Cayo, de esta situación puede plantearse varias cuestiones como por ejemplo respecto si la obligación es lícita, la capacidad de los intervinientes, la voluntad para contraer la obligación, se cumplió la misma, si se encuentra dentro las causales de extinción de las obligaciones, entre otras (Chiovenda, 1997). Por lo tanto, solo se revisarán las que el recurrente haya mencionado en su solicitud de recurso, aunque de todas cuestiones que el juez considere aplicables solo se haya hecho mención a una.

La característica, que para la presente investigación es punto esencial y la misma se desarrollará más a fondo posteriormente, corresponde al efecto que tiene el recurso de casación, el mismo que es devolutivo, debido a que la interposición del mismo no suspende la ejecución de la sentencia salvo, como lo indica el COGEP en su artículo 274: “verse sobre el estado civil de las personas o que haya sido propuesto por los organismos o entidades del sector público”. A pesar de esto, el recurrente puede solicitar la suspensión de la providencia recurrida rindiendo caución suficiente, volviendo de esta manera el recurso a un efecto suspensivo.

2.1.2.5. Causales para la procedencia del Recurso de Casación

Desde la entrada en vigencia de la Ley 27 publicada en el Registro Oficial N° 192 del 18 de mayo de 1993, que permitió la creación de la ley de casación, gracias a las reformas constitucionales publicadas previamente en el Suplemento al Registro Oficial N° 93 del 23 de diciembre de 1992 en la cual se eliminaba la figura de la tercera instancia con la finalidad de modernizar el sistema judicial y permitir a la Corte Suprema de Justicia que actué como Tribunal de Casación; hasta su derogación con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, mediante su publicación en el Suplemento al Registro Oficial N° 506 del 22 de mayo del 2015, en la que se incorporó dentro de este código el recurso de casación; las causales por las cuales se puede interponer este recurso se han mantenido sin alguna variación sustancial.

La limitación de este recurso se debe a la taxatividad de las condiciones o causales por las cuales se puede interponer, siendo ésta responsabilidad del recurrente de fundamentarlas y no solo hacer mención de la norma violentada, sino encontrar el agravio que dicha vulneración ha provocado, es decir encontrar el nexo causal entre el error de derecho y la sentencia recurrida.

Para Chiovenda (1997) las causales son: “Las condiciones necesarias para que se tenga por fundado y obtenga el resultado a que tiende la casación. Para que la sentencia sea casada, se necesita que exista un motivo de casación...” (pág. 549).

El COGEP en su artículo 268 enumera las causales por las cuales procederá el recurso de casación:

1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.
2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.
3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia
4. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto.
5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.

Para un mejor entendimiento, la doctrina señala que estas causales pueden ser separadas en dos grupos; los defectos en el juicio de derecho (errores in iudicando) y los defectos de actividad (errores in procedendo).

De acuerdo a Manuel de la Plaza (1944) el error in procedendo: “Se infringía por acción u omisión una ley procesal, por obra de una irregular, defectuosa o incompleta actividad, en que eventualmente puede engendrarse la nulidad de la actuación” (pág. 149).

A su vez el mismo autor define al error in iudicando como: “Suponía un error de derecho, susceptible de ser imputado al juzgador, con vista de los elementos que para juzgar disponía y de los que hubiesen podido facilitársele” (pág. 149).

En base a estas definiciones podemos establecer a que grupo corresponde las causales por las cuales es procedente el recurso de casación, siendo las de error in procedendo las correspondientes a los numerales 1, 2 y 3 y los errores in iudicando las contempladas en los numerales 4 y 5 del artículo 268 del COGEP, lo cual ayuda al momento de interponer recurso de casación fundamentar en mejor medida los agravios de las cuales considere ser sujeto el recurrente.

2.1.2.6. Legitimación para interponer Recurso de Casación

Para el análisis del tema principal de la presente investigación, un tema importante a tener en cuenta es el de analizar la legitimación para interponer el recurso de casación; porque justamente será esta la persona, quien considera que la sentencia le ha causado agravio por contener error de derecho, la que tendrá la potestad que le da el COGEP, de suspender la ejecución de una sentencia definitiva mediante la consignación de caución suficiente por los perjuicios que pueda causar a la otra parte por la demora en la ejecución de la sentencia.

El Código Orgánico General de Procesos en su artículo 277 indica que: “El recurso solo podrá interponerse por la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto”.

El agravio recibido por una de las partes, es ese interés que tiene el recurrente afectado para lograr obtener por parte del Tribunal de Casación de que la sentencia sea casada. Es así que Chioventa (1997) indica que: “El recurrente tiene interés en denunciar cualquier infracción de ley que influya sobre la resolución recaída, y el derecho de obtener la casación...” (pág. 557). Además, como ya se ha mencionado anteriormente no solo basta que el recurrente afirme que ha habido una violación de norma expresa, sino que se debe encontrar una relación de causalidad entre el error y la decisión definitiva.

Cabe resaltar que así mismo el COGEP en su artículo 277 deja claro otras excepciones respecto de quien no puede interponer recurso de casación al momento de señalar de que: “No podrá interponer el recurso quien no apeló de la sentencia o auto expedido en primera instancia ni se adhirió a la apelación de la contraparte, cuando la resolución de la o del superior haya sido totalmente confirmatoria de aquella”. Esto se resume al interés del recurrente que anteriormente se explicó, en el cual considera que ha sido agraviado por la sentencia recurrida; debido a que si no se apeló de la sentencia de primer grado y la sentencia por parte del tribunal de alzada es confirmatoria de la sentencia de primera instancia no hay ningún agravio que pueda legitimar la interposición del recurso de casación por cuanto en pocas palabras simplemente no habría interés en obtener la casación de la sentencia.

2.1.3. Caución

El tema de la caución en la presente investigación es muy amplio, debido a que abarca una serie de clases, cada una con características diversas, pero que para el desarrollo del tema que nos compete es necesario tener conocimiento de manera general sobre esta figura jurídica que nos permita entender de mejor manera la finalidad que tuvo el legislador al momento establecer como una facultad otorgada al recurrente en la interposición del recurso de casación, de solicitar la suspensión de la ejecución de la sentencia al rendir caución suficiente.

Guillermo Cabanellas (1998) define a la caución como: “La seguridad dada por una persona a otra de que cumplirá lo convenido o pactado; lo obligatorio aún sin el concurso espontáneo de su voluntad” (pág. 66).

Para el Dr. Oswaldo Paz y Miño (1991): “Cosa dada para seguridad de algo o de alguien” (pág. 41).

Manuel Somarriva (1943) considera suficiente que la definición de caución es la que se encuentra en el Código Civil chileno, artículo 46; fuente directa de nuestro Código Civil el cual indica que: “Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca” (pág. 8).

2.1.3.1. Obligación en el Derecho Civil

Previo a analizar el tema de la caución de una manera más detallada, es necesario iniciar con el tema de la obligación, debido a que sin una obligación la cual garantizar su cumplimiento no habría necesidad alguna de hablar sobre la caución por su naturaleza de ser una obligación accesoria.

Para Guillermo Cabanellas (1998) obligación es: “El vínculo de Derecho por el cual una persona es constreñida hacia otra a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa” (pág. 276).

La obligación para Arturo Alessandri (1983) es:

Un vínculo jurídico perfecto entre dos personas determinadas: una, el sujeto, que tiene la facultad de exigir algo y otra, el paciente, que está colocado imprescindiblemente en la necesidad de dar, hacer o no hacer lo que el vínculo jurídico le obliga. (pág. 8)

Las fuentes de las obligaciones, siendo estas las causas por las cuales se produce una obligación están contempladas en el artículo 1453 del Código Civil al indicar que:

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.

Si bien el Código Civil mantiene una clasificación tradicional de las fuentes de las obligaciones, para algunos autores consideran que podrían agruparse en dos fuentes, el contrato en donde prevalece la voluntad por parte de los intervinientes para obligarse y la ley que con su sola disposición genera obligaciones.

En el caso de la sentencia, es un acto jurídico por el cual se manifiesta la voluntad del Estado, a través de la facultad jurisdiccional otorgada al juez, para que pueda aplicar la norma abstracta a un hecho en concreto. La norma abstracta como

fuente de obligación no interviene como tal en los contratos, pero como lo manifiesta Arturo Alessandri (1983) si interviene en dos motivos: “O bien para sancionar la obra de las partes, otorgándoles a éstas los modos para obtener su reconocimiento, o bien para vigilarlas a fin de que en sus convenciones no puedan menoscabar el orden público o las buenas costumbres” (pág. 13).

Así mismo Davis Echandía (2004) menciona que: “Mediante la sentencia se convierte, para cada caso, en voluntad concreta la voluntad abstracta del legislador que la ley contiene” (pág. 421). Además agrega:

Es, por lo tanto, el instrumento para convertir la regla general contenida en la ley en mandato concreto para el caso determinado. Pero no es por sí misma un mandato, ya que se limita a aplicar el que contiene la ley. (pág. 421)

Es así que, si bien la sentencia no es como tal una fuente de obligación reconocida por el Código Civil dentro de su tradicional clasificación, en si es una voluntad del Estado de aplicar la ley, la cual, si es una fuente de obligación, al hecho en concreto mediante el razonamiento lógico por parte del juez cuyo resultado será una disposición concordante con la norma expresa, la cual le permitirá a una de las partes la posibilidad de exigir el cumplimiento de la misma.

2.1.3.2. Caución en el Derecho Civil

El tema de las garantías es tan antiguo como lo es la desconfianza de las personas entre sí, ante el incumplimiento de una obligación. Por cuanto no se puede esperar generalmente que las personas honren sus obligaciones de la manera como uno esperaría, existen diversos medios que permiten a los acreedores salvaguardarse de la falta de palabra del deudor y de su posible disminución del patrimonio que pueda afectar los intereses del acreedor. Es así que ante el incumplimiento de una obligación

no es la persona que debe responder sino su patrimonio, en un sentido económico, por cuanto en el Derecho Romano y así lo explica Manuel Somarriva (1943) que: “En Roma, el deudor, al contraer una obligación, comprometía su persona, naciendo así la manus injectio, que daba al acreedor un derecho de dominio sobre el deudor en caso que este no cumpliera lo pactado” (pág. 7).

Es por esta razón que dentro del Código Civil no se compromete la persona como tal, sino que se reconoce el derecho de prenda general en su artículo 2367 el cual dice que: “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables...”.

El hecho de que la ley le dé la posibilidad al acreedor de que pueda garantizar el cumplimiento de la obligación mediante el patrimonio del deudor, esto no imposibilita que el deudor de manera dolosa o por algún negocio llevado de manera negligente pueda verse disminuido su patrimonio a tal punto de llegar a la insolvencia en perjuicio de los intereses del acreedor, a pesar de que el acreedor cuente con acciones que puedan revertir esta situación, por ejemplo la acción pauliana en el caso de una compra-venta simulada de un bien en perjuicio del acreedor, esto siempre generará una pérdida de tiempo y dinero en la tramitación de esta nueva causa; es así que la ley decidió suplir estos inconvenientes a través de las cauciones.

Como se ha manifestado anteriormente el Código Civil ecuatoriano define a la caución en el artículo 31 como una obligación que contrae una persona para asegurar el cumplimiento de otra obligación principal; además nos especifica tres especies de cauciones como lo son la fianza, la prenda y la hipoteca.

Si bien la caución es la garantía que permite al acreedor protegerse de la disminución, ya sea de manera dolosa o culposa, del patrimonio del deudor, llegando al punto de la insolvencia, no hay que considerar a la garantía como un sinónimo de caución, así lo deja claro Manuel Somarriva (1943) al indicar que:

Jurídicamente hablando, no son términos sinónimos garantía y caución, porque si bien toda caución tiene el carácter de garantía, pueden existir garantías, y de innegable eficacia, que no sean cauciones, como acontece con el derecho legal de retención. En suma, garantía es el género y caución es la especie. (pág. 8)

Por lo tanto el legislador consideró la necesidad de dar al acreedor una forma más práctica y menos tediosa de asegurar el cumplimiento de las obligaciones, para lo cual la idea de que se puede hacer efectiva una obligación persiguiendo al patrimonio del deudor generó la posibilidad que pueda verse afectado un bien determinado de esa universalidad constituyéndose una caución real o a su vez en que exista la posibilidad de que no solo sea el patrimonio del deudor el comprometido sino que pueda ser el patrimonio de un tercero lo que implicaría en una caución personal.

2.1.3.3. Clases de caución

Es importante destacar que el estudio que estamos realizando respecto a la caución, nos permitirá entender el sentido que tiene esta figura jurídica dentro del recurso de casación, y determinar en cierta medida si dentro de las clases de caución de los que el derecho civil hace mención podríamos relacionarlo y establecer la finalidad y alcance del mismo al momento de solicitar la suspensión de la ejecución de una sentencia.

Se ha indicado anteriormente que para precautelar el cumplimiento de una obligación se ha establecido por parte del legislador una serie de cauciones que

permitirán al acreedor evitar la ineficacia con respecto al derecho de prenda general; es así que dependiendo de si el acreedor persigue el patrimonio del deudor en su totalidad o un bien determinado de dicho patrimonio las cauciones se dividen en dos: las personales y reales.

2.1.3.3.1. Caución personal

En la caución personal se mantiene la idea del derecho de prenda general, es decir que puede hacer efectiva su obligación respecto de la totalidad de los bienes del deudor, más sin embargo para reducir el riesgo de una posible disminución del patrimonio del deudor, la caución personal recae además sobre el patrimonio de un tercero aumentando la posibilidad del cumplimiento de la obligación, por cuanto si el obligado principal cae en insolvencia haciendo imposible la ejecución se puede recurrir a un tercero que ha comprometido previamente su patrimonio en caso del incumplimiento del deudor.

Es por esto que Manuel Somarriva (1943) agrega respecto a la caución personal que:

La mayor seguridad del acreedor consiste en que éste a tener el derecho de prenda general, no únicamente sobre el patrimonio del deudor, sino también sobre el patrimonio de los codeudores solidarios o de los fiadores, los que en cuanto a su número pueden ser ilimitados. (pág. 9)

En la caución personal podemos encontrar tres tipos: la fianza, la solidaridad pasiva y la cláusula penal.

Cláusula penal. - La cláusula penal la define el Código Civil en su artículo 1551 el cual indica: “Es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de

una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento”.

Arturo Alessandri, como se citó en Paz y Miño (1991), respecto a la cláusula penal manifiesta: “Puede definirse como la evaluación anticipada que las partes hacen en el contrato, de los perjuicios que pueda experimentar el acreedor con el cumplimiento de la obligación, con el incumplimiento imperfecto o tardío” (pág. 45).

Es así que la cláusula penal es una garantía personal, además de ser una obligación accesoria en que las partes convienen que, si el deudor no cumple en el tiempo estipulado la obligación principal o la cumple de una manera diferente a lo convenido, estará obligado a dar o hacer algo por concepto de los perjuicios que previamente acordaron, al acreedor por el retardo o el incumplimiento de la obligación.

Es una garantía personal a pesar de que el objeto de la cláusula penal sea el dar o hacer algo determinado, por cuanto bien lo deja manifiesto Manuel Somarriva (1943): “Para el caso que la especie salga del patrimonio del deudor o del tercero, pues entonces, por no tratarse de una garantía real, el acreedor no gozaría del derecho de persecución” (pág.18).

La cláusula penal no solamente se puede obligar al deudor principal sino que además puede obligar a una tercera persona si así lo consideran las partes ya que el artículo 1551 no especifica que sea solamente el deudor quien se obliga con esta garantía por cuanto al inicio al indicar que es “una persona” la que se sujeta a la pena, da la posibilidad de que no solo el patrimonio del deudor que se comprometa sino que también el de un tercero aumentando la seguridad del cumplimiento de la obligación.

Por último es importante resaltar que esta caución personal no es solo una indemnización de perjuicios, por lo que se le quitaría la razón de ser como garantía, es tanto así que el acreedor no necesita probar perjuicios para exigir el cumplimiento de la pena y así lo deja claro el artículo 1558 del Código Civil: “Podrá exigirse la pena en cuántos casos se hubiere estipulado, sin que pueda alegar el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”.

Solidaridad pasiva. - La solidaridad pasiva es el tipo de caución personal que más seguridad otorga al acreedor, por cuanto se compromete más de un patrimonio para el cumplimiento de la deuda sin que los deudores solidarios puedan oponer beneficio de división o de excusión. El Código Civil la contempla en su artículo 1527 cuando menciona que una deuda contraída por varias personas en favor de otras por lo general estará obligada respecto de la parte de la obligación que les corresponda, más, sin embargo: “En virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda; y entonces la obligación es solidaria o in sólidum”.

Manuel Somarriva (1943) enumera tres requisitos esenciales para que exista solidaridad pasiva: “1.) Pluralidad de deudores; 2.) Unidad de prestación de una cosa divisible, y 3) Que se haya establecido en un acuerdo de las partes o en un texto legal” (pág. 40).

Fianza. - Definida por el Código Civil en su artículo 2238 como: “Una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple”.

La fianza debe entenderse como un contrato, el cual es consensual, entre el fiador y el acreedor por el cual el primero compromete su patrimonio, con lo cual le da la calidad de caución personal, para garantizar una obligación ajena.

A diferencia de la solidaridad pasiva el fiador es un deudor subsidiario, esto en base al beneficio de excusión que tiene derecho por medio del cual puede solicitar que antes de que se persiga su patrimonio, se persiga los bienes del deudor principal.

La naturaleza jurídica de la fianza de manera general podemos indicar la siguiente:

- Es un contrato consensual por cuanto para su sola existencia jurídica basta con la voluntad del fiador y acreedor, la cual dicha voluntad no se debe presumir sino que debe ser expresa.
- Es un contrato unilateral debido a que solo es el fiador quien se compromete con el acreedor, esta es la de garantizar el cumplimiento de la obligación del deudor principal.
- Es gratuito por el beneficio que representa para el acreedor al obtener de parte del fiador una garantía que al momento de otorgar el crédito al deudor no poseía en caso de que la fianza sea otorgada posteriormente. En cuanto al deudor esta gratuidad puede ser excepcional debido a que en el artículo 2244 del Código Civil puede estipularse a favor del fiador una remuneración.
- Es un contrato accesorio, por la razón de que para que exista la fianza es por el hecho de que hay una obligación principal la cual debe garantizarse y de esta característica encontramos un principio fundamental contenido en los artículos 2245 y 2246 del Código Civil

los cuales hacen referencia a que no se puede agravar la situación del fiador con respecto a la del deudor principal.

2.1.3.3.2. Caución real

A pesar de la existencia de las cauciones personales como medio para garantizar el cumplimiento de una obligación, estas no se apartan de la idea del derecho de prenda general, en la que una persona responde con la totalidad de su patrimonio el cumplimiento de una obligación, aun teniendo la posibilidad de perseguir el patrimonio de terceras personas como deudores solidarios en el caso de la solidaridad pasiva o como deudores subsidiarios en el caso de la fianza, no es menos cierto que exista, así sea una pequeña posibilidad, de que puedan caer en insolvencia todos dejando al acreedor en una situación compleja para ejecutar la obligación.

Es por esta razón que el legislador abrió nuevas posibilidades mediante las cauciones reales que eliminan la posibilidad antes mencionada, por cuanto el acreedor tiene la posibilidad perseguir el bien objeto de la garantía, independientemente de la persona. Todo esto en base al derecho real que constituyó el acreedor sobre dicho bien el cual al respecto Alessandri (1983) dice que:

En el derecho real hay dos elementos, el sujeto, el que tiene la facultad y la cosa sobre que esa facultad se ejerce; es una relación directa entre el hombre y la cosa, y el vínculo jurídico se establece entre la cosa y el sujeto titular del derecho. Por eso es un derecho directo, que se ejerce sin respecto a determinada persona, porque puede hacerse valer contra cualquier individuo. (pág. 6)

Esto permite al acreedor asegurar el cumplimiento de la deuda mediante lo que se obtenga producto del remate del bien, además de que posibilita la persecución del bien ante cualquier persona que lo posea en caso de que el deudor enajene el mismo.

Entre las principales cauciones reales tenemos a la prenda y la hipoteca.

Como se dejó de manifiesto anteriormente, al no ser el objetivo principal el estudio pormenorizado de los diferentes tipos de cauciones, se analizará las principales características de los tipos de cauciones reales que ayuden a la comprensión de la caución en el recurso de casación.

Prenda. - El artículo 2286 define a la prenda como un contrato por el cual: “Se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito”. Para Manuel Somarriva (1943) esta definición es incompleta pues agrega, para mejorar su comprensión como una garantía, a la definición dada por el Código Civil lo siguiente: “Dándole la facultad de venderla y de pagarse preferentemente con el producido de la venta si el deudor no cumple su obligación” (pág. 206).

Por regla general la prenda, es decir el bien que se da como garantía pasa a manos del acreedor, pero a diferencia de este tipo de prenda clásica, encontramos prendas especiales como la prenda industrial y agrícola en la cual no existe el desplazamiento del bien por cuanto es el medio que tiene el deudor para obtener ingresos con lo cual le permita cumplir con su obligación.

Tenemos como características principales de la prenda en que es un contrato unilateral, es real o solemne, accesorio e indivisible.

Es unilateral por cuanto solo se obliga una de las partes, en este caso si una prenda con desplazamiento el acreedor se compromete a conservar el bien y si es una sin desplazamiento es el deudor que debe cumplir con esta obligación.

Es real debido que para su perfeccionamiento es necesaria solo la tradición del bien, en cambio es solemne como en el caso de la prenda industrial o agrícola por

cuanto es necesario requisitos esenciales para su perfeccionamiento como por ejemplo que debe constar por escrito e inscribirse en los registros especiales correspondientes.

Es accesorio debido a que para existir necesita de una obligación principal; además es indivisible en razón del artículo 2298 del Código Civil que indica que se puede restituir la prenda solo cuando se haya efectuado el cumplimiento total de la obligación.

Hipoteca. - En cuanto a la hipoteca el artículo del Código Civil lo define como: “Es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”. Al igual que con la prenda Manuel Somarriva (1943) completa esta definición al agregar que: “Permaneciendo en poder del que lo constituye, da derecho al acreedor para perseguirlo de manos de quien se encuentre y de pagarse preferentemente del producido de la subasta” (pág. 309).

De acuerdo al Dr. Oswaldo Paz y Miño (1991) la hipoteca contempla las siguientes características:

“1.- Se trata de un derecho real; 2.- Se trata de un derecho inmueble; 3.- Es una limitante del derecho de dominio; 4.- Se trata de un derecho accesorio; 5.- Permite tratamiento preferencial sobre otros gravámenes y 6.- No es divisible” (pág.217).

2.1.3.4. La caución y la suspensión de la ejecución

Con la Ley 27 publicada en el Registro Oficial N° 192 del 18 de mayo de 1993, mediante el cual entró en vigencia la Ley de Casación, modernizando el sistema judicial ecuatoriano eliminando la dilatoria e innecesaria tercera instancia, se estableció un medio de impugnación extraordinario el cual permitió a la Corte Suprema de Justicia, en ese entonces, ser el máximo órgano judicial en el país

competente para conocer este recurso, cuyas principales finalidades son la defensa de la ley y la unificación de la jurisprudencia.

Es así que el recurso de casación no es considerado una instancia más donde se volverán a revisar los hechos y las pruebas ya analizadas con anterioridad, sino que únicamente se limitará a revisar y analizar el contenido de la sentencia en cuanto a los posibles errores de derecho que pueda contener. Por lo tanto, como bien lo señala Jaime Guasp, como se citó en Naranjo (2006), el recurso de casación:

Rompe la unidad del proceso con el proceso recurrido, y da lugar a una nueva tramitación que no afecta tanto a la firmeza de la resolución sino a su autoridad de cosa juzgada material, ya que constituye un ataque al proceso principal, en vista de una acción autónoma distinta, que se ventila en proceso independiente. (pág. 96)

Entendida la cosa juzgada como:

Autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial que pone fin a un litigio y que no es susceptible de impugnación, por no darse contra ella ningún recurso o por no haber sido impugnada a tiempo, lo que lo convierte en firme. (Ossorio, pág. 235)

Por lo antes expuesto podemos decir que una sentencia impugnada mediante recurso de casación, puede ser ejecutada aun cuando el recurso no ha sido resuelto, debido a que como se ha dejado claro no se revisará nuevamente el proceso, en particular los hechos y las pruebas; solamente se someterá a revisión las cuestiones de derecho en cuanto al fallo. De tal manera que el recurso de casación es una nueva demanda donde el objeto del litigio difiere de las instancias anteriores en las cuales se dictó la sentencia impugnada.

Es así que el Dr. Coronel Jones (1993), uno de los profesores que participaron en la elaboración del anteproyecto de la Ley de Casación dice: “La Ley 27 tomó partida de que el recurso de casación, siendo extraordinario, no impide que la sentencia se ejecutorie. El recurso ataca una sentencia ejecutoriada persiguiendo anularla y eventualmente sustituirla” (pág. 60).

Así mismo debemos entender como sentencia ejecutoriada: “Calidad o condición que adquiere la sentencia cuando contra ella no proceden recursos legales que autoricen su revisión” (Ossorio, pág. 359).

Mantiene la misma idea Luis Cueva Carrión (2011) al decir que: “El principio general histórico es éste: al recurso de casación solamente cabe contra la sentencia ejecutoriada; es decir, contra aquella de la cual ya no se puede interponer recurso alguno” (pág. 149).

En resumen, para que una sentencia pueda ser ejecutada es necesario que reúna los siguientes requisitos:

- 1.- Ejecutoriedad: Cuando tiene el carácter de definitivo por no haber recurso alguno por resolver o no se lo haya interpuesto en el tiempo oportuno.
- 2.- Producir cosa juzgada: La irrevocabilidad del fallo, por la preclusión de los recursos que no se interpusieron en el tiempo oportuno.
- 3.- La ejecutabilidad: “Propiedad de una sentencia, de servir para la ejecución forzosa” Enrique Palacio Lino, como se citó en Naranjo (2006, pág. 100).

Todas estas afirmaciones no hacen más que fortalecer la idea de que la sentencia que se recurre mediante casación, no pierde la eficacia de la decisión esto es que la sentencia: “Se impone a los litigantes, y por ello, les obliga. Es decir, que la

eficacia de la decisión se expresa, ante todo, como imperatividad” (Carnelutti, 1997, pág. 89).

En consecuencia, la interposición del recurso de casación no suspende la ejecución de la sentencia tal como lo establece el artículo 274 del COGEP el cual dice que: “La admisión del recurso no impedirá que la sentencia o auto se cumpla, salvo que el proceso verse sobre el estado civil de las personas o que haya sido propuesto por los organismo o entidades del sector público”.

De las excepciones que nos da el artículo 274 del COGEP respecto al efecto no suspensivo del recurso de casación observamos las siguientes:

- 1.- Que verse sobre el estado civil de las personas
- 2.- Que haya sido propuesto por instituciones del sector público

A estas dos adicionamos la referente a nuestro tema central, el cual es:

- 3.- Que el recurrente consigne caución suficiente sobre los perjuicios que la demora de la ejecución pueda ocasionar a la otra parte.

Previamente analizamos la caución dentro del derecho civil el cual en su artículo 31 la define como: “Cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena”.

La Real Academia Española (s.f.) define a la caución como: “Garantía que presta una persona u otra en su lugar para asegurar el cumplimiento de una obligación actual o eventual”.

En base a estas definiciones podemos decir que la caución respecto del recurso de casación es el medio por el cual el recurrente garantiza el perjuicio que pueda

ocasionar a la otra parte por la demora en la ejecución de la sentencia, pendiente de ser resuelta por el Tribunal de Casación.

A través de la caución lo que se pretende no solamente es reconocer los perjuicios que pueda tener quien no recurrió la sentencia en casación, sino que representa también un beneficio para quien recurre, en vista de que considera que la sentencia le causa agravio por contener errores de derecho con una relación de causalidad que influyó en la decisión definitiva del juez, por lo cual al solicitar la suspensión de la ejecución su situación jurídica se mantendrá estable hasta que haya una sentencia que case la decisión impugnada y que pueda impedir dicha variación.

Es así que Manuel de la Plaza (1944) parafraseando lo comentado por el profesor Dos Reis, respecto al hecho de que se pueda ejecutar una sentencia aun estando pendiente el recurso de casación, indica que:

La rapidez prevalece sobre el interés que la justicia puede poner en la ejecución; y aún añade, para revelar sin ambages su posición a ese respecto, que en eventos semejantes, la Ley afronta el riesgo de una ejecución injusta, para asegurar al acreedor las ventajas de una ejecución pronta; y toma esa decisión, o porque realmente tiene necesidad de acelerar la ejecución, o, como en la primera de la hipótesis legales, porque es poco probable que la sentencia sea revocada. (pág. 399)

Es por esta razón que la ley otorga esa facultad al recurrente de tener la posibilidad de solicitar la suspensión de una sentencia que se considere violatoria a norma expresa y que le ha ocasionado agravio por la decisión final producto de ese error de derecho, evitando la ejecución de una sentencia que al final resultará nula si así lo decide el Tribunal de Casación al momento de casar la misma.

2.1.3.5. Finalidad de la caución

Como antecedente a esta figura jurídica podemos indicar que en sus primeros momentos la caución tenía, a diferencia en la actualidad, en mayor grado una finalidad disuasoria y así impedir la dilación innecesaria por la interposición del recurso de casación de manera infundada. Manuel de la Plaza (1944) expresa claramente la idea que se tuvo al establecerse la caución en un inicio:

En el Derecho francés, cuna de la casación, los tratadistas ponen de relieve que con esa exigencia que a las leyes positivas llegó por vía jurisprudencial y que era común a la casación, a la apelación y a la revisión, trataba de evitarse la formulación de recursos innecesarios que, o retrasaban la conclusión de los procesos, o atacaban la santidad de la cosa juzgada. (pág. 388)

A su vez cita a Caravantes quien indica lo siguiente:

Con el fin de que los litigantes, decía, en vez de consultar los sentimientos de equidad y justicia, se dejan arrebatar de un interés ciego o de un amor propio extremado, o de pasiones de odio y rivalidad, haciendo uso de un recurso costoso, con perjuicio suyo y de la parte contraria, se ha exigido siempre en nuestras leyes, para la presentación de los recursos extraordinarios, el depósito de ciertas cantidades. (pág. 388)

En la legislación ecuatoriana, la caución en sí misma puede considerarse una forma de prevención ante la interposición de recursos con fines dilatorios, cuyo único objetivo es extender innecesariamente la sustanciación de un proceso en el cual el argumento principal es la injusticia del fallo sin guardar ninguna relación con las causales que la ley reconoce para la fundamentación correcta del recurso de casación.

El Dr. Santiago Andrade Ubidia, como se citó en Naranjo (2006) expresa que la caución:

Podría ser una penalización patrimonial como mecanismo para desalentar la interposición de recursos que carezcan de base legal. En muchas ocasiones ocurre que la parte sabe que existe una sentencia ejecutoriada que le es adversa, estima si le conviene o no demorar su ejecución, hace un cálculo del costo, y si éste es muy bajo porque la caución es ínfima, o si se halla convencido de que le asiste la razón y que fue injustamente agraviado en el fallo de instancia, interpone el recurso y solicita que se suspenda la ejecución. (pág. 109)

Pero a su vez no hay que interpretarse de manera directa a la caución rendida por parte del recurrente como una multa, así lo dejó claro la Corte Suprema de Justicia mediante un fallo de casación publicado en el Registro Oficial No. 490 del 9 de enero del 2002 en la que su parte pertinente respecto a una solicitud realizada por parte de uno de los sujetos procesales manifiesta que:

Para que se condene al demandado al pago de una multa de conformidad con el artículo 18 de la Ley de Casación, por el rechazo del recurso de hecho improcedente y sin base legal, se recuerda que una vez que se solicita por parte de quien interpone recurso de casación, se señale un monto como caución por la demora en la ejecución del fallo, de antemano se está estableciendo una multa por la interposición de recursos indebidos o improcedentes como en la especie, en donde de conformidad con el Art. 17 reformado (a. 12) de la Ley de Casación, se ordena que el valor de la caución depositada por el demandado sea entregada al actor como recompensa por la demora en la ejecución del fallo.

De lo observado en el fallo anterior, es necesario indicar que las normas respecto a la caución en la derogada Ley de Casación no han sufrido una significativa variación en relación a las normas contempladas en el COGEP. Por lo tanto la finalidad principal de la caución, no es directamente una sanción en contra del recurrente, sino más bien una garantía por los perjuicios causados a la otra parte por la demora en la ejecución del fallo luego de que el Tribunal de Casación no case la sentencia impugnada; la misma que es consignada antes de la sustanciación del recurso, por lo que además cabe recalcar que tampoco está establecido como un requisito de admisibilidad para la interposición del recurso, por cuanto queda a absoluta facultad del recurrente solicitar o no la ejecución de la sentencia.

Ahora bien, el artículo 271 del COGEP que se refiere a la caución indica:

El recurrente podrá solicitar, al interponer el recurso, que se suspenda la ejecución de la sentencia o auto recurrido, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda ocasionar a la contraparte.

Del presente artículo para entender mejor la finalidad de la caución debemos analizar qué es lo que garantiza, esto es los perjuicios ocasionados por la demora en la ejecución de la sentencia. Arturo Alessandri (1983) define a la indemnización de perjuicios como: “El derecho que tiene el acreedor para exigir del deudor el pago de una cantidad de dinero equivalente a la venta o beneficio que le habría procurado el cumplimiento efectivo y oportuno de la obligación” (pág. 74).

Es así que Alessandri para fundamentar el objeto principal que se busca mediante la indemnización de perjuicios es el principio de que “nadie puede ser lesionado en su patrimonio por un acto ajeno”. Por lo tanto la razón de la

indemnización es de que el acreedor de manera justa considera que su obligación debe ser cumplida de manera íntegra y oportuna, la misma que le puede resultar beneficioso para su patrimonio; pero ante el incumplimiento del deudor, el acreedor se ha visto privado de dicho beneficio y es así que se genera la obligación por parte del deudor en reparar los daños causados por su irresponsabilidad (Alessandri Rodriguez , 1983).

El artículo 1572 del Código Civil señala tres casos en los que se puede solicitar indemnización por perjuicios:

- 1.- Por no haberse cumplido la obligación.
- 2.- Por haberse cumplido imperfectamente
- 3.- Por haberse retardado el cumplimiento

Para el caso de la presente investigación tomaremos la tercera razón esto es por el retardo en el incumplimiento, debido a que los perjuicios ocasionados tal como lo contempla el artículo 271 del COGEP, son por la demora en la ejecución de la sentencia. Respecto a esto Alessandri (1983) en razón de la demora en el cumplimiento la estableció como una indemnización de perjuicios moratoria la cual la define como: “La cantidad de dinero que el acreedor puede exigir del deudor cuando éste no cumple oportunamente su obligación” (pág. 77). El fundamento principal de este tipo de indemnización es: “El beneficio que le habría reportado al acreedor, el cumplimiento oportuno de la obligación, por parte del deudor...” (Alessandri Rodriguez , 1983, pág. 77).

Anteriormente habíamos mencionado que la caución no representa un beneficio solo para quien no recurrió la sentencia en cuanto a la indemnización de los perjuicios que se le reconoce por la demora en la ejecución en la sentencia; también representa un beneficio considerable a tener en cuenta para al recurrente debido a que

le permite suspender la ejecución de un fallo que le puede causar agravios que difícilmente puedan repararse a pesar de que el COGEP en su artículo 276 establece la forma en cómo se procederá en el caso de que se haya ejecutado un fallo que fue casado; para lo cual quedará sin efecto lo dispuesto en la ejecución y lo que no se pueda deshacer se procederá con la liquidación de los daños y perjuicios que correspondan.

Pero gracias a la posibilidad, mediante la rendición de caución, se puede suspender una sentencia que se considere ha infringido normas expresas en cuanto a su contenido y la cual ante una eventual ejecución pueda generar más agravio que de por sí ya se ha visto perjudicado el recurrente. Por lo cual para Luis Cueva Carrión (2011): “La caución es un medio de protección de los intereses del justiciable vencido a fin de evitar la variación, en la práctica, de su situación jurídica mientras la Corte Nacional de Justicia no emita un pronunciamiento definitivo” (pág. 154).

Es por esta razón que además de que la caución tenga como finalidad el de compensar al perjudicado por la demora en la ejecución de la sentencia; también tiene como finalidad el de evitar los perjuicios que le pueda ocasionar al recurrente la ejecución de una sentencia que pueda ser anulada, consecuentemente su situación jurídica no sufrirá ningún cambio relevante hasta que no haya una decisión definitiva por parte de la Corte Nacional. Sin esta posibilidad de suspender la ejecución el vencido se vería afectado por una alteración de su situación jurídica al obtener sentencia definitiva en segunda instancia; al interponer recurso de casación y si el Tribunal de Casación anula la sentencia ya sea total o parcialmente, la situación jurídica del vencido volvería a verse alterada es por esto que: “La caución se ha establecido para evitar este juego que atenta contra la seguridad jurídica de la que debe

gozar todo ciudadano que viva en un Estado regido por el Derecho” (Cueva Carrión, 2011, pág. 154).

2.1.3.6. Procedencia para la rendición de la caución

En este punto es importante, luego de haber analizado los aspectos generales de la caución, observar e identificar lo establecido en el artículo 271 del COGEP en cuanto al procedimiento aplicable respecto a la solicitud de suspensión de la ejecución de la sentencia mediante la rendición de caución suficiente.

Empezando por quien debe rendir caución, de acuerdo al primer inciso del artículo 271 es el recurrente, es decir la persona que interpone recurso de casación; justamente el legitimado activo por ser quien tiene el interés de anular la sentencia por tener el derecho de denunciar cualquier infracción a la ley que pueda afectar la validez de la sentencia y por ende causarle algún tipo de agravio, y además porque el recurrente considera que hay una alta probabilidad de que la misma sea casada y de esta manera evitar una variación en su situación jurídica en el caso de que esta llegue a ser ejecutada. Hay que recordar que en el caso del Estado, no está obligado a rendir caución alguna, es más ni siquiera es una obligación solicitar expresamente en la interposición del recurso de casación la suspensión de la sentencia por cuanto el artículo 274 del COGEP y el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el recurso de casación para la instituciones del Estado será concedido siempre con efecto suspensivo.

El segundo inciso del artículo 271 del COGEP establece al órgano jurisdiccional competente ante el cual se interpone el recurso de casación y por lo tanto quien conocerá de la solicitud de suspensión de la ejecución de la sentencia, este es la Corte Provincial, quien en el término de tres días fijará dentro de la providencia en la

que califique la oportunidad del recurso, es decir si se lo ha interpuesto en el tiempo oportuno, el monto de la caución.

El último inciso del artículo *ibidem*, establece que el Tribunal correspondiente observará si la caución fue consignada en el término de diez días a partir de la notificación del auto que calificó la interposición del recurso, en el caso de que así haya ocurrido, se ordenará que la ejecución de la sentencia impugnada se suspenda, caso contrario se procederá con su ejecución.

Entendido el procedimiento para solicitar la suspensión de la ejecución de la sentencia, es oportuno determinar qué es lo que se debe rendir como caución. El artículo 31 del Código Civil indica que caución en cualquier obligación contraída para garantizar otra, y como especies de caución menciona a la fianza, prenda e hipoteca. Se podría entender que podría fijarse por parte del Tribunal como garantía cualquiera de las cauciones que establece el Código Civil, sin embargo al hablar sobre qué es lo que garantiza la caución en este tema en particular, habíamos dicho que son los perjuicios que la demora en la ejecución pueda ocasionar a la otra parte; a su vez respecto a la indemnización de perjuicios Arturo Alessandri (1983) manifiesta que: “Aunque la ley no lo ha dicho, los perjuicios se indemnizan en dinero. Este es un principio que no está consagrado en la ley, pero que está uniformemente aceptado por la práctica y por la jurisprudencia de todos los países...” (pág. 75).

Por su parte Lorena Naranjo (2006) respecto a la palabra consignar manifiesta que: “Esta palabra se utiliza únicamente para señalar la entrega en efectivo, por lo que la Corte Suprema del Ecuador ha interpretado que solo podrá consignarse caución en efectivo...” (pág. 118-119).

Respecto a considerarse como una solución diferente a la de la consignación de una cantidad determinada de dinero, en este caso una medida cautelar como las contempladas en el artículo 124 del COGEP, como un medio para garantizar los perjuicios que la demora en la ejecución pueda ocasionar, Manuel de la Plaza (1944) opina respecto a una propuesta parecida: “Es para nosotros muy dudoso que una solución semejante fuese compatible con el sentido del precepto; porque no se trata de asegurar la ejecución, sino de ejecutar lo que hubo de decidirse en la sentencia definitiva...” (pág. 402-403).

Podemos decir que a pesar de que no está de manera expresa que la caución debe ser entregada en dinero, se ha aceptado esta forma de caución por ser una forma inmediata e incondicional de ejecutar la caución en el caso de que el Tribunal de Casación no case la sentencia impugnada en favor de quien no recurrió y a la vez permite una vía expedita para que el recurrente pueda suspender la ejecución.

2.1.3.7. Método utilizado para calcular la cuantía de la caución

Desde la implementación de la Ley de Casación en materia civil en 1993 en la que en su artículo 16 respecto de la caución le daba la facultad al juez para que establezca el monto de la misma; pasando por su posterior reforma en el año 1997 en la cual en su artículo 11 además de mantener la disposición de que será el juez que deba fijar el monto de la caución, se incluyó en el último inciso que la Corte Suprema de Justicia, como máximo órgano jurisdiccional: “Dictará un instructivo que deberán seguir los tribunales para la fijación del monto de la caución, en consideración de la materia y del perjuicio por la demora”; hasta la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, mediante su publicación en el Suplemento del Registro Oficial con fecha de 22 de Mayo del 2015, con la cual se daba un paso importante hacia la modernización y simplificación de los procedimientos judiciales; derogando

la Ley de Casación e incluyendo esta institución jurídica dentro de su normativa, no se ha elaborado ningún tipo de instructivo que permita a los Tribunales de las Cortes Provinciales tener como parámetro para fijar el monto de la caución, dejando a potestad de los jueces fijar la cantidad que consideren; a pesar de que aún se mantiene la disposición obligatoria de que se dicte un instructivo sobre este tema. Dicha disposición pasó de ser una obligación por parte del máximo órgano jurisdiccional, a una función del pleno del actual Consejo de la Judicatura, contemplado en el Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 264, numeral 16 el cual indica: “Dictar el instructivo para la fijación del monto de la caución a aplicarse en el recurso de casación”.

Por lo tanto hasta la presente fecha no hay un método específico regulado y que sea utilizado por parte de los Tribunales para fijar el monto de la caución, dejando a libertad de los jueces fijar este valor en base a diferentes criterios, lo cual ocasiona que no exista una completa seguridad jurídica, ya sea para el recurrente como para quien no recurre en casación, al no existir una norma jurídica previa, clara y pública respecto a los parámetros que los jueces utilizan para calcular este valor.

Actualmente los jueces para fijar el monto de la caución acatan lo establecido en el artículo 271 del COGEP, por lo que es importante analizar los puntos principales de este artículo con el objetivo de llegar, no siendo precisos, pero si aproximarnos, a la idea general respecto a este tema. En el primer inciso indica que para suspender la ejecución de la sentencia se debe rendir caución “suficiente”; previamente hemos analizado la figura jurídica de la caución en cuanto a su definición, tipos y la finalidad que persigue, con lo cual concluimos al referirnos en el recurso de casación, que es una obligación contraída por parte del recurrente para garantizar los perjuicios que la demora en la ejecución de la sentencia pueda ocasionar al vencedor. En cuanto a la

palabra “suficiente” que hace referencia el artículo antes mencionado, la Real Academia Española la define como: “Bastante para lo que se necesita”. Es decir, una cantidad idónea que pueda cubrir los perjuicios que se ocasione a la otra parte; pero esto aún mantiene en la incertidumbre a los sujetos procesales por cuanto puede diferir en criterios los jueces en lo que para ellos consideren como suficiente. La ex-Corte Suprema de Justicia en un esfuerzo por tratar de dilucidar esta incógnita de lo que debería considerarse como suficiente, se manifestó en la sentencia publicada en el Registro Oficial No. 101 de fecha 4 de julio de 1997, en la que su parte pertinente indica: «“Suficiente”, es lo bastante, es decir, según el Diccionario de la Real Academia, lo que basta, “ni mucho ni poco, ni más ni menos de lo regular, ordinario o preciso; sin sobra ni falta”». Lo que dijo en su entonces la ex-Corte Suprema de Justicia mantiene la misma incertidumbre que se ha manifestado anteriormente, por cuanto cada juez en base al mismo artículo tiene, a mi consideración arbitrariamente, la potestad de fijar de acuerdo a su criterio la cantidad que él considere suficiente. Hubiese sido importante que en dicha sentencia se hubiera aclarado de manera más específica y no tan ampliamente los parámetros a considerarse.

En el mismo inciso, del artículo 271 del COGEP, indica que además la caución debe cubrir: “... los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda ocasionar a la contraparte”. La palabra perjuicio significa: “Ganancia lícita que deja de obtenerse, o deméritos o gastos que se ocasionan por acto u omisión de otro y que éste debe indemnizar, a más del daño” (Ossorio, pág. 719). Además, definimos a la indemnización de perjuicios moratoria como la cantidad de dinero que el deudor debe pagar al acreedor por no haber cumplido la obligación oportunamente. Así mismo recurrimos a la jurisprudencia aplicable al caso en la que en la misma sentencia que se mencionó previamente la ex-Corte Suprema de Justicia indicó que:

«... los “perjuicios” que se avalan no son otros que los generados por la demora o retardo en la ejecución del fallo, que en tratándose de cantidades de dinero, se traducen generalmente en intereses». Agregando a este punto, como bien lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en su momento, la indemnización debe ser en dinero y así lo refiere el inciso tercero del artículo 271 al indicar que: “Si la caución es consignada...”. Con lo cual este término, previamente analizado, se refiere al depósito en dinero por ser una forma inmediata e incondicional para ejecutar esta garantía.

Respecto a lo manifestado por la ex-Corte Suprema de Justicia en que la caución garantiza los perjuicios por la demora en la ejecución, los mismos que deben ser indemnizados en dinero, lo que corresponden a los intereses devengados desde que la sentencia debió ser ejecutada. Para esto nos basamos en lo que establece el Código Civil sobre los efectos de las obligaciones, en su artículo 1575 que:

Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes, en ciertos casos;
2. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses. En tal caso basta el hecho del retardo;
3. Los intereses atrasados no producen interés; y,
4. La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.

Así mismo el artículo 1607 de la norma antes citada indica:

El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales. El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban.

Es así que como bien señala la Corte Nacional de Justicia, en su Resolución No. 08-2016 publicada en el Suplemento 1 del Registro Oficial 894, de 1 de diciembre del 2016, que:

En consecuencia, toda obligación de pagar una cantidad de dinero, lleva consigo el pago de intereses que constituyen la compensación que recibe el acreedor por la demora en la cancelación de la deuda, ya que no está obligado a soportar los perjuicios que el retardo le ocasionan, siendo el pago de intereses precisamente el resarcimiento por los daños y perjuicios.

Los puntos antes analizados fortalecen la idea que las cuestiones por la falta de un instructivo respecto a los parámetros que deben tener en consideración los jueces para fijar la caución han sido constantes, diversos autores consideran que fijar este monto no es algo sencillo, con lo cual inclusive pueden llegar a vulnerar derechos de las partes procesales, tanto para quien recurre y solicita la suspensión de la ejecución como para quien se beneficia de la caución rendida. Sobre este tema Manuel de la Plaza (1944) manifiesta que: “La fijación de esa fianza es cuestión ardua que, justificadamente, ha preocupado a los comentaristas” (pág. 401). Uno de los comentaristas que Manuel de la Plaza hace referencia es Anglada de quien parafrasea lo comentado por este autor:

En presencia de una realidad que sería farisaico disimular, pone de relieve las dificultades que en muchos casos ofrecerá la determinación de la fianza; y hace ver que, para salirles al paso, unas veces se las elimina, negando por obra de ellas, la ejecución, o calculando con tanta generosidad la fianza, que sólo podrá prestarse por quien tenga sobrados medios para distraerlos... (pág. 402)

Además, respecto a lo mencionado anteriormente concluye muy acertadamente que:

Si en el primer caso, la negativa puede afluir a una positiva denegación de justicia, en el segundo la prestación de la fianza podrá constituir un privilegio sólo asequible, con perjuicio de la igualdad de trato, a los muy favorecidos por la fortuna. (pág. 402)

Es esta preocupación respecto que sobre la libertad que tienen los jueces para determinar el monto de la caución lo que implicaría la posibilidad de ser exagerada con lo cual el recurrente no podría acceder a un derecho que ley le otorga como lo es la de suspender la ejecución de una sentencia que puede contener errores de derecho que le causen agravio o solo el de permitir que las personas con suficientes recursos puedan solventar el monto fijado por el juez vulnerando con ello el principio de igualdad frente a la justicia. Puede darse el caso incluso de que la caución fijada sea ínfima lo que no permitiría cumplir con uno de las principales finalidades de la caución en el recurso de casación, el cual sería de indemnizar los perjuicios que la demora en la ejecución pueda ocasionar a quien no recurrió y favoreció la sentencia impugnada una vez que el Tribunal de Casación rechace el recurso.

Dentro de nuestro sistema judicial encontramos juristas ecuatorianos que se han manifestado también respecto a la falta de este instructivo, cuestiones que no son

recientes, sino que se han dado desde los primeros años que la casación en materia civil entro en vigencia. Uno de estos juristas es el Dr. José García Falconí (1998), ex-juez de la Corte Suprema de Justicia quien indica que debería establecerse:

Un procedimiento o normas de graduación de la caución para ciertos casos, para reducir al mínimo las posibilidades de impugnación de la cuantía de la caución, y esto por mandato de la Ley lo debe hacer por medio de un instructivo la Corte Suprema de Justicia. (pág. 196)

El Dr. Santiago Andrade Ubidia, ex-juez de la Corte Suprema de Justicia; como se citó en Naranjo (2006), también ha manifestado que:

Sin embargo, hay que recordar que nuestra legislación no contempla, en general, este tipo de penalizaciones patrimoniales, por lo que su establecimiento requiere de una norma muy clara y específica, y sería conveniente reformar la ley aclarándola, o que la Corte Suprema de Justicia dicte una resolución obligatoria especificando cuál es la naturaleza de la caución. (pág. 109)

Por su parte el Dr. Luis Cueva Carrión (2011), ex-juez de la Corte Suprema de Justicia manifiesta que:

Para que se fije el monto de la caución con precisión y justicia, la ex-Corte Suprema de Justicia y, actualmente, la Corte Nacional de Justicia, debieron haber dictado un instructivo; pero, hasta la presente fecha, nadie lo ha dictado por lo que existe disparidad de criterio para fijar el monto de la caución y, con frecuencia, se abusa fijando montos muy elevados que impide el acceso gratuito a la justicia, a la tutela efectiva y, además se priva el derecho a la defensa de quien carece o tiene limitados recursos económicos. (pág. 156)

Es así que desde la creación de la Ley de Casación en materia civil en 1993 hasta su derogación e implementación del recurso de casación en el Código Orgánico General de Procesos siempre hubo la necesidad de establecer un instructivo debido al amplio margen de libertad que tienen los jueces para fijar el monto de la caución llegando a puntos extremos en la que puede ser excesivo o ínfima vulnerando el derecho de las partes procesales.

Es por esta libertad dada a los jueces que se han cometido varios errores respecto al momento de fijar la cantidad de dinero que se debe consignar como caución, que ha dado como resultado que la ex-Corte Suprema de Justicia, como órgano jurisdiccional competente para conocer el recurso de casación, en virtud de la finalidad de este recurso el cual es de unificar la jurisprudencia; se ha pronunciado en sus sentencias respecto de ello. El Dr. Manuel Tama (2011), en su obra “El Recurso de Casación en la Jurisprudencia Nacional”, en la cual reúne una serie de sentencias sobre casación y justamente una de ellas hace referencia a la publicada en el Registro Oficial No. 101 de fecha 4 de Julio de 1997 en la que en su parte pertinente dice sobre la caución:

Está impuesta para garantizar suficientemente los perjuicios resultantes de la demora en la ejecución del fallo, y no para afianzar obligaciones contractuales. No puede, en consecuencia, ser irrisoria o vil en su monto, al extremo de encubrir una dadivosa liberalidad rayana en la parcialidad; pero tampoco puede ser monstruosa o leonina, que por su evidente desproporción, imposibilite el ejercicio de este derecho potestativo. (pág. 644)

2.1.3.8. Sentencias que puede suspenderse su ejecución mediante la rendición de caución al interponerse recurso de casación

Como se ha explicado anteriormente, el efecto al interponerse recurso de casación es no suspensivo, por ende, a pesar de que el recurso este pendiente de resolverse la sentencia puede ser ejecutada; salvo las excepciones que establece el artículo 274 del COGEP. Sin embargo, existen sentencias que no es necesaria la suspensión de su ejecución y por ende no es necesario la rendición de caución.

Esto se da dependiendo de la naturaleza del proceso de la cual se haya dictado la sentencia, los cuales son:

Procesos declarativos puros: En este tipo de procesos se solicita como pretensión al juez que declare la certeza de la existencia de un derecho. “Los procesos declarativos o de declaración constitutiva agotan la pretensión con la sentencia, y si es favorable el demandante queda satisfecho con los efectos jurídicos que en ella se deducen” (Devis Echandía, 2004, pág. 428). Un ejemplo claro es la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

Procesos de condena: En estos procesos lo que se busca por parte del actor es que el demandado cumpla con una obligación de dar, hacer o no hacer por lo tanto: “La sentencia favorable al demandante en los procesos de condena deja pendiente su cumplimiento para que la pretensión quede satisfecha” (Devis Echandía, 2004, pág. 428).

Procesos constitutivos: Para Lorena Naranjo Godoy (2006): “Son aquellos en los que la sentencia implica la modificación de una situación jurídica preexistente y la constitución de una situación jurídica nueva, como por ejemplo aquellos que modifican el estado civil de una persona” (pág. 103).

Ahora bien, de estos tres tipos de procesos, la sentencia dictada en los procesos de condena se puede solicitar la suspensión de su ejecución mediante la rendición de caución por cuanto la pretensión del actor solo se ve satisfecha con el cumplimiento de la obligación dictada en sentencia, por parte del demandado, y este a su vez puede suspender esta ejecución realizando lo contemplado en el artículo 271 del COGEP.

En los procesos meramente declarativos, en los cuales solo se busca declarar la certeza de la existencia de un derecho, esta pretensión se ve satisfecha cuando la sentencia cause ejecutoría, es decir haya precluido los términos para interponer recursos ordinarios contra esta. Por lo tanto, no hay nada que suspender por cuanto no hay nada que el juez exija al demandado cumplir.

En los procesos constitutivos, la norma expresamente impide que se ejecute la sentencia en su artículo 274 respecto al estado civil de las personas por lo que conlleva que no sea susceptible su ejecución.

2.1.4. Derechos que se están vulnerando por la falta de un instructivo para la fijación del monto de la caución a aplicarse en el recurso de casación

El Ecuador, desde la Constitución de Montecristi del año 2008, pasó de ser de un Estado de derecho; a un Estado constitucional de derechos y justicia. Un cambio trascendental que significó la llegada del neoconstitucionalismo para la cual la Constitución: “Es un instrumento que no sólo organiza el poder, sino que, además, es fundamentalmente normativa y sus normas deben aplicarse en forma inmediata y directa” (Cueva Carrión, La Casación en Materia Civil, 2011, pág. 33).

Decisión adoptada soberanamente, la misma que se encuentra establecida en el artículo 1, inciso primero de la Constitución el cual indica que: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano,

independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

Al referirnos a la norma que debe aplicarse de forma inmediata y directa, hablamos especialmente de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce y los cuales son su eje central; es decir todas sus disposiciones además de las de todo el ordenamiento jurídico deberán guardar plena relación con estos derechos para su goce efectivo. Es así que Ferrajoli, (2010) uno de los principales desarrolladores del neoconstitucionalismo, considera que un sistema garantista: “... no programa solamente sus formas de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones...” (pág. 20).

Además, para fortalecer la idea de un Estado que garantiza el pleno goce de los derechos fundamentales, se estableció varias acciones constitucionales que permiten la defensa de estos en caso de ser vulnerados. Al ser el Ecuador un Estado garantista de derechos, ningún derecho está por encima de otro, todos gozan de la misma jerarquía.

El propósito de este cambio de paradigma, del cual tomó parte el Ecuador, es el de someter todo el poder estatal en beneficio de los derechos donde la Constitución prima sobre la legalidad, es por esta razón que la Constitución en su artículo 11 sobre los principios sobre los cuales se regirá el ejercicio de los derechos en el numeral 3 dice:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación

por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Los derechos fundamentales son: “Aquellos derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar” (Ferrajoli, 2008, pág. 61).

Los derechos fundamentales, que son los derechos naturales inherentes a los seres humanos reconocidos por la norma positiva, son el eje central en la Constitución dentro de este cambio de paradigma neoconstitucional, los cuales gozan de garantías que posibilitan su eficaz cumplimiento. Así mismo Ferrajoli (2008) define a la garantía en materia constitucional como: “Una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo” (pág. 60).

Teniendo como base lo antes expuesto, podemos decir que la falta de un instructivo que permita tener la certeza de los parámetros que los jueces usan al momento de fijar el monto de la caución en el recurso de casación; no se está reconociendo uno de los derechos más importantes en lo que respecta a los reconocidos por la Constitución, específicamente en el artículo 82: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

Definido el derecho a la seguridad jurídica como: “Certeza o conocimiento de la legalidad y, por tanto, como previsibilidad de las consecuencias jurídicas que se puedan derivar de una determinada acción” (Martínez Roldán & Fernández Suárez, 2005, pág. 203).

La seguridad jurídica radica en el hecho de la certeza, de tener conocimiento de normas claras, previas y públicas, las cuales sean aplicadas a la situación en concreto por las autoridades competentes; mediante este derecho las personas pueden prever las consecuencias jurídicas de los actos que ellos realicen y así mismo de los derechos que les asisten.

Sobre este derecho fundamental la Corte Nacional mediante Resolución con fuerza de ley No. 04-2016, hace referencia al pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia sobre la seguridad jurídica el cual indica:

La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley.

(...) Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.

En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el Art. 83 de la Constitución, a partir del principio de la

confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias.

Por lo tanto cuando los jueces de la Corte Provincial, al momento de que una las partes procesales presenta recurso de casación y solicita la suspensión de la ejecución de la sentencia; fijan el monto de la caución, el cual debe rendir el recurrente, en base a parámetros desconocidos por las partes, impidiéndoles saber a ciencia cierta, tanto al recurrente como a quien no recurrió, si la cantidad fijada es o no atentatoria a sus derechos; debido a que a criterio de cada uno esa cantidad puede ser poco como para no cubrir los perjuicios que la demora de la ejecución de la sentencia pueda ocasionar o bien pueden ser exagerados obstaculizando de esta manera ejercer al recurrente, por no tener recursos económicos suficientes, la potestad que le da la norma de suspender la ejecución de la sentencia.

Esto da paso a lo que se conoce como el principio de seguridad de inseguridad, por el cual: “Quien se encuentra en una situación verdaderamente peligrosa sin saberlo no tiene auténtica sensación de riesgo, y quien se encuentra en -una situación absolutamente segura sin saberlo tampoco siente verdadera sensación de seguridad” (Martínez Roldán & Fernández Suárez, 2005, pág. 204).

Ahora bien, la seguridad jurídica no hay que entenderla exclusivamente como la certeza en el conocimiento de la legalidad de determinada norma, sino que además poder tener la posibilidad de prever las decisiones judiciales producto de la aplicación de una norma y de esta manera planificar nuestros actos para conseguir determinados objetivos. El Dr. Santiago Andrade Ubidia manifestaba que la parte procesal que sabe

que la sentencia le es adversa, considera si le es conveniente o no demorar la ejecución de la sentencia, para lo cual hace un cálculo de los costos que le puede representar en cuanto a la caución que debe consignar; es decir planifica las consecuencias jurídicas de solicitar la suspensión de la ejecución.

Consecuentemente, como es posible tener certeza de las expectativas de ejercer este derecho que le da la norma al recurrente y tener cierto grado de predecibilidad de lo que pueda fijar como caución el juez y además certeza de que la aplicación de los parámetros utilizados por el juez sean los idóneos, si no existe un instructivo con el cual las partes procesales tengan el conocimiento claro, previo y público de lo que el juez debe considerar al momento de fijar este monto.

De acuerdo a los autores Luis Martínez y Jesús Fernández (2005), tener un grado de predecibilidad de lo que decida el juez, no sería necesario si simplemente nos basamos en la confianza en los jueces e instituciones encargadas de la aplicación de las leyes, por considerar que toda decisión que tomen será justa y apropiado. Este fue el caso de la jurisprudencia romana tal como lo manifiesta Gil Cremades, tal como se citó en Luis Martínez y Jesús Fernández (2005):

Se trataba de una tarea reservada a la nobleza romana, esto es, secuela de la influencia que los nobles ejercían sobre sus respectivas clientelas, a las que aconsejaban en sus asuntos y apoyaban económica y socialmente. No es como hoy, el estudio del Derecho habilitara para ser sabedor del Derecho, *iurisprudence*, sino que el prestigio social respaldaba la actividad del “prudente”. (pág. 209)

Esto quiere decir que antiguamente las decisiones tomadas no necesitaban de una adecuada fundamentación, sino solamente en la confianza depositada en la

autoridad, por lo que el valor de la decisión dependía de la persona y su cargo. Sin embargo, esta forma de pensamiento no sería aplicable en la actualidad, por cuanto las personas no tienen la confianza suficiente en la autoridad, así como en las instituciones respecto de las decisiones que tomen, por lo que siempre es necesario la motivación adecuada de las mismas, constituyéndose inclusive como una garantía al debido proceso la adecuada motivación de las resoluciones que expiden. Por lo tanto:

Descartada la seguridad por esa vía, el ciudadano sólo tendrá la seguridad derivada del conocimiento, es decir, si sabe que puede esperar, en la medida que orienta su conducta con el Derecho que “es” y no en base al problemático Derecho que “debe ser”, y en la medida en que tiene una previa calculabilidad del contenido de la decisión judicial como resultado del manejo racional de las normas. (Martínez Roldán & Fernández Suárez, 2005, pág. 210)

De esta manera, la falta de un instructivo que permita tener la certeza del conocimiento de los parámetros utilizados por los jueces al momento de fijar la caución, conlleva a que no se pueda simplemente confiar en que el monto de la caución establecido por el juez sea correcto, sino que se debe tener una providencia debidamente motivada.

De lo antes mencionado se genera la vulneración a otro derecho importante, en este caso al debido proceso, específicamente al principio de motivación, por cuanto si una de las partes procesales no está de acuerdo con el monto fijado e interpone algún tipo de recurso horizontal solicitando que indique las razones que le llevaron a fijar ese determinado valor; la respuesta del juez será que la norma le faculta fijar la cantidad que él considere, sin detallar los criterios que le llevaron tomar dicha decisión.

Nuestra Constitución claramente indica en su artículo 76 que:

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:

1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivados. 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 serán sancionados.

En palabras del Dr. Luis Cueva Carrión (2014) la motivación jurídica: «Es una operación lógico-jurídica donde el órgano del Poder Público expresa “por qué” adopta una resolución, en qué hechos y en qué normas jurídicas se funda y la relación sistémica que existe entre ellos» (pág. 291).

La necesidad de esta garantía básica del debido proceso, como lo es la motivación, es la de dar a las partes procesales una explicación racional y lógica de los motivos por los cuales el juez tomo determinada decisión y con ello tener los elementos necesarios para poder rebatir los argumentos expuestos por el juez al momento de impugnar una providencia que se considere atenta contra sus intereses.

Para Davis Echandía (2004): “Es indispensable que los funcionarios judiciales expliquen y fundamenten sus decisiones, a menos que se trata de simples órdenes para el impulso procesal” (pág. 75). Es necesario indicar que la providencia, es decir en el auto de calificación del recurso de casación, en lo que respecta al momento de fijar el

monto de la caución no es simplemente un impulso procesal, es un auto interlocutorio el mismo que es definido como:

Las providencias que contienen alguna decisión sobre el contenido del asunto litigioso o que se investiga y que no corresponde a la sentencia, o que resuelven alguna cuestión procesal que pueda afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento, es decir que no se limitan al mero impulso procesal o gobierno del proceso. Son ejemplos las que resuelven un incidente, o inadmiten o rechazan la demanda, o determinan la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes, o niegan el decreto o práctica de una prueba, o señalan una caución... (Devis Echandía, 2004, págs. 419-420)

De manera acertada Davis Echandía agrega: “El requisito de la fundamentación se exige también para las providencias que no son sentencias, pero que resuelven cuestiones que afectan los derechos de las partes, como las llamadas en los procedimientos colombianos autos interlocutorios” (pág. 75).

Una providencia adecuadamente motivada permite ejercer un adecuado control sobre el accionar del juez y legitimar su actuación, es decir: “Si la motivación no es racional ni lógica, no se la puede comprender ni comprobar y será siempre, una pura arbitrariedad. La motivación destierra la arbitrariedad y la injusticia” (Cueva Carrión, 2014, pág. 291).

El literal 1, del numeral 7, del artículo 276 de la Constitución establece dos puntos importantes a tomar en consideración para que una providencia se encuentre debidamente motivada, esto es que: a) Se enuncien las normas o principios jurídicos en que se funde y, b) La explicación de la pertinencia de la aplicación a los antecedentes de hecho.

La falta de un instructivo en que se establezcan los parámetros a tomar en cuenta para fijar el monto de la caución, ocasiona que los jueces no puedan motivar adecuadamente el auto de calificación de la oportunidad del recurso de casación en donde fijan este monto; provocando que al momento en que una de las partes considere perjudicado sus intereses ya sea porque el monto de la caución es mínimo o demasiado e interponga algún recurso horizontal, reciba por parte del juez una explicación escueta, en la que indicará que la norma le faculta a establecer el monto que ellos consideren; que no hay una disposición en contrario que les impida hacerlo o, como se ha hecho últimamente, indicando que es criterio generalizado establecer determinado valor. De esta manera vulnera lo establecido por la Constitución al no enunciar la norma y en caso de no existir esta, exponer los principios que le llevaron a tomar determinada decisión y explicar la pertinencia de la aplicación racional y lógica de la norma o principios relacionados al hecho concreto.

Es por esto que al no existir este instructivo, puede llegar al punto de que los jueces establezcan montos en base a criterios abusivos y arbitrarios, en contraposición a lo que establece la Constitución y así lo deja de manifiesto el Dr. Luis Cueva Carrión (2014) cuando dice que: “Para que la motivación tenga la calidad de jurídica debe atenerse, en forma estricta, a la Constitución y a la Ley; no debe fundarse en la moral, ni en la convicción subjetiva del juzgador...” (pág. 291) además agrega: “La motivación, nunca, en ninguna circunstancia, debe apartarse de las leyes de la Lógica; si se aparta, o las contradice, la decisión será arbitraria” (pág.292).

2.2. Marco Legal

2.2.1. Constitución de la República del Ecuador

Título I Elementos constitutivos del estado

Capítulo primero Principios fundamentales

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

Título II Derechos

Capítulo primero Principios de aplicación de los derechos

Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

Capítulo octavo Derechos de protección

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Art. 76.- 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:

1) 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.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Análisis

Como previamente se ha mencionado, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, tal y como lo establece en su artículo 1, con lo cual se cambió de paradigma de un Estado donde la legalidad primaba sobre los derechos; hacia el neoconstitucionalismo en el que los derechos fundamentales, inherentes al ser humano, son el eje central de la Constitución, por lo cual los mismos gozan de garantías para su inmediato y eficaz cumplimiento por parte de la administración pública.

Para la protección de los derechos, la Constitución garantiza mediante la tutela judicial efectiva, el acceso oportuno y expedito a la justicia, mediante el cual a través de un debido proceso con el respeto de las garantías básicas que prescribe, se resolverá respecto a sus derechos e intereses.

Entre las garantías básicas que hace mención la Constitución, para la defensa de los derechos, la motivación es uno de los más importantes por cuanto permite a los justiciables conocer las razones jurídicas, es decir las normas y principios que el juez utilizó en relación a los hechos en concreto, por las cuales se tomó determinada decisión en cuanto a sus intereses; permitiéndoles ejercer otro importante derecho el

cual es de poder recurrir de todo fallo, debido a que la motivación le da a las partes la oportunidad de poder conocer los fundamentos del juez y poder rebatirlos.

Pero esto no sería posible si en nuestro ordenamiento jurídico no se respetara el derecho a la seguridad jurídica tal como lo ordena la Constitución en su artículo 82, mediante el cual permite a las personas tener la certeza del conocimiento de las normas de forma previa, clara y pública para de esta manera prever sus consecuencias jurídicas.

Por lo tanto nuestra Norma Suprema contempla los derechos, garantías y principios necesarios para fundamentar la necesidad de que se realice por parte de la institución correspondiente el respectivo instructivo para la fijación del monto de la caución en el recurso de casación, con el cual se respetaría el derecho a la seguridad jurídica, para que las personas tengan previamente pleno conocimiento de los parámetros que tomará en consideración el juez para establecer el monto de la caución y en caso de que el juez no cumpla con lo establecido en el instructivo, permitir a las partes impugnar el monto y lograr que se fije lo que verdaderamente corresponde.

2.2.2 Código Orgánico de la Función Judicial

Título I Principios y disposiciones fundamentales

Capítulo II Principios rectores y disposiciones fundamentales

Art. 25.- principio de seguridad jurídica. - Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas.

Título II Carreras de la Función Judicial

Capítulo VI Derechos y deberes de servidoras y servidores de la Función Judicial

Sección II Deberes de servidoras y servidores de la Función Judicial

Art. 100.- Deberes. - Son deberes de las servidoras y servidores de la Función Judicial, según corresponda al puesto que desempeñen, los siguientes:

1. Cumplir, hacer cumplir y aplicar, dentro del ámbito de sus funciones, la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, las leyes y reglamentos generales; el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial, los reglamentos, manuales, instructivos y resoluciones del Pleno del Consejo de la Judicatura y de sus superiores jerárquicos;

Título III Órganos jurisdiccionales

Capítulo I Reglas generales

Sección I Disposiciones generales aplicables a juezas y jueces

Art. 130.- Facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces. - Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:

4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos;

Título IV Órganos administrativos

Capítulo III Pleno

Art. 264.- Funciones. - Al Pleno le corresponde:

16. Dictar el instructivo para la fijación del monto de la caución a aplicarse en el recurso de casación.

Análisis

El Código Orgánico de la Función Judicial, como norma encargada de regular las atribuciones y deberes de los órganos jurisdiccionales y, en relación a los principios y derechos que la Constitución reconoce, en su artículo 25 hace mención al principio de seguridad jurídica en el que manifiesta la obligación por parte de los jueces de velar por el fiel cumplimiento de lo prescrito en la Constitución, instrumentos internacionales y en las normas jurídicas. De igual manera establece como un deber de los jueces el de motivar adecuadamente sus resoluciones, haciendo mención de las leyes y principios aplicados en sus decisiones.

En lo que respecta al tema de la creación del instructivo para la fijación de la caución en el recurso de casación, la institución encargada de esta función es el Pleno del Consejo de la Judicatura, tal como lo indica en su artículo 264 numeral 16. Esta función se agregó a este Código mediante la disposición reformativa segunda numeral 7 del Código Orgánico General de Procesos, el cual derogó a la Ley de Casación, que en su artículo 11, último inciso, indicaba que era la Corte Suprema de Justicia quien debía dictar este instructivo. Cabe resaltar que la obligación de crearlo se estableció por primera vez en la reforma a la Ley de Casación, publicada en el Registro Oficial No. 39 de fecha 8 de abril de 1997, es decir esta disposición lleva veintiún años sin que se cumpla, siendo obligación actual del Consejo de la Judicatura.

Además este Código en su artículo 100 indica que es obligación de todos los servidores judiciales cumplir y hacer cumplir las normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, entre ellas las resoluciones e instructivos que el pleno del Consejo de la Judicatura elabore; por lo tanto una vez que el instructivo sobre la fijación de la caución sea realizado, será de obligatorio cumplimiento por parte de los jueces, específicamente de los Tribunales de las Cortes Provinciales competentes para fijar estos montos.

2.2.3. Código Orgánico General de Procesos

Título IV Impugnación

Capítulo IV Recurso de Casación

Art. 266.- Procedencia. El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.

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

Se interpondrá de manera escrita dentro del término de diez días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.

Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.
2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
3. La determinación de las causales en que se funda.
4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.

Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos:

1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.
2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.
3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia

4. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto.

5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.

Art. 269.- Procedimiento. El recurso de casación será de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conforme con la ley.

La Sala de la Corte Provincial de Justicia de la que provenga la sentencia o auto recurrido, se limitará a calificar si el recurso de casación ha sido presentado dentro del término previsto para el efecto y remitirlo, de inmediato, a la Corte Nacional de Justicia.

El recurso deberá interponerse ante el mismo órgano jurisdiccional que dispondrá se obtengan las copias necesarias para la ejecución de la sentencia o auto y ordenará que la o el juzgador ejecutor adopte cualquier medida conducente a alcanzar la reparación integral e inmediata de los derechos lesionados. En la misma providencia ordenará que se eleve el expediente a la Corte Nacional de Justicia.

El auto que inadmita el recurso de casación será susceptible de aclaración o ampliación.

Art. 270.- Admisibilidad del recurso. Recibido el proceso en virtud del recurso de casación, se designará por sorteo a una o a un Conjuez de la Corte Nacional

de Justicia, quien en el término de quince días examinará si el recurso cumple los requisitos formales previstos en este Código y si lo admite o no.

No procede el recurso de casación, cuando de manera evidente, lo que se pretende es la revisión de la prueba.

Si el proceso se eleva en virtud de recurso de hecho, dentro del mismo término, examinará si el recurso de casación fue debidamente interpuesto, en cuyo caso concederá el recurso de casación.

Si se inadmite el recurso de casación o el de hecho, se devolverá el proceso al órgano judicial respectivo.

Si se admite el recurso de casación se notificará a las partes y se remitirá el expediente a la Sala Especializada correspondiente de la Corte Nacional de Justicia.

Art. 271.- Caución y suspensión de la ejecución. El recurrente podrá solicitar, al interponer el recurso, que se suspenda la ejecución de la sentencia o auto recurrido, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda ocasionar a la contraparte.

El Tribunal correspondiente establecerá el monto de la caución al momento de expedir el auto que califica la oportunidad del recurso, en el término máximo de tres días desde su presentación.

Si la caución es consignada dentro del término de diez días posteriores a la notificación del auto de calificación del recurso, se dispondrá la suspensión de la ejecución de la sentencia o auto. En caso contrario, se ordenará su ejecución.

Art. 272.- Audiencia. Recibido el expediente, la o el juzgador de casación convocará a audiencia en el término de treinta días, conforme con las reglas generales de las audiencias previstas en este Código.

Art. 273.- Sentencia. Una vez finalizado el debate, la o el juzgador de casación pronunciará su resolución en los términos previstos en este Código, la que contendrá:

1. Cuando se trate de casación por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, la Corte Nacional de Justicia declarará la nulidad y dispondrá remitir el proceso, dentro del término máximo de treinta días, al órgano judicial al cual corresponda conocerlo en caso de recusación de quien pronunció la providencia casada, a fin de que conozca el proceso desde el punto en que se produjo la nulidad, sustanciándola con arreglo a derecho.

2. Cuando la casación se fundamente en errónea decisión en cuanto a las normas de valoración de la prueba, el tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia o el auto recurrido y pronunciará lo que corresponda.

3. Si la casación se fundamenta en las demás causales, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia en mérito de los autos y expedirá la resolución que en su lugar corresponda, reemplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos.

4. El Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia deberá casar la sentencia o auto, aunque no modifique la parte resolutive, si aparece que en la motivación expresada en la resolución impugnada se ha incurrido en el vicio acusado, corrigiendo dicha motivación.

5. Si se casa la sentencia totalmente dejará sin efecto el procedimiento de ejecución que se encuentre en trámite.

Art. 274.- Efectos. La admisión del recurso no impedirá que la sentencia o auto se cumpla, salvo que el proceso verse sobre el estado civil de las personas o que haya sido propuesto por los organismos o entidades del sector público.

Art. 275.- Devolución y liquidación de la caución. La caución será devuelta por la o el juzgador de instancia si el recurso es aceptado totalmente por la o el juzgador de casación. En caso de aceptación parcial, el fallo de la Corte determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al recurrente y la cantidad que será entregada a la parte perjudicada por la demora. Si el fallo rechaza el recurso totalmente, la o el juzgador entregará el valor total de la caución a la parte perjudicada por la demora.

Art. 276.- Efectos de la casación del fallo ejecutado. Si se ha ejecutado el fallo que es casado, la o el juzgador que lo dispuso dejará sin efecto aquello que pueda deshacerse y dispondrá se liquiden los daños y perjuicios, tanto de la parte que no pueda deshacerse, como de la ejecución en general. En todo caso quedarán a salvo los derechos de terceros de buena fe.

Art. 277.- Legitimación para interponer el recurso. El recurso solo podrá interponerse por la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto. No podrá interponer el recurso quien no apeló de la sentencia o auto expedido en primera instancia ni se adhirió a la apelación de la contraparte, cuando la resolución de la o del superior haya sido totalmente confirmatoria de aquella.

En ningún caso cabe la adhesión al recurso de casación deducido por otro.

Análisis

El Código Orgánico General de Procesos, establece el procedimiento a seguir al momento en que una de las partes, que se considere agraviado por la decisión del juez e interponga recurso de casación, solicite la suspensión de la ejecución de la sentencia. Esta facultad que le otorga este Código al recurrente, es para que se evite alterar la situación jurídica del recurrente, debido a que con la decisión de segunda instancia, la sentencia puede ser ejecutada y luego de que la Corte Nacional de Justicia, en el caso de que case la sentencia, revoque la misma; dejando sin efecto todo lo que se haya realizado en la ejecución de la sentencia.

El artículo 271 establece que la facultad para fijar el monto de la caución recae en el Tribunal de la Corte Provincial que emitió la sentencia recurrida en casación, pero no especifica en base a que parámetros se debe fijar este monto; solamente menciona que debe ser suficiente para garantizar los perjuicios que la demora en la ejecución de la sentencia pueda ocasionar.

Así mismo en su artículo 275 indica el procedimiento en cuanto a la devolución y liquidación de la caución en tres casos: cuando el recurso sea aceptado; cuando el recurso sea aceptado parcialmente o cuando sea rechazado.

En el primer caso se devolverá la caución al recurrente; en el segundo caso la Corte Nacional decidirá el monto que se devolverá parcialmente al recurrente y el que se entregará a la otra parte y en el último caso se entregará la caución en su totalidad al perjudicado por la demora en la ejecución de la sentencia.

2.2.4. Jurisprudencia

Como uno de las principales finalidades del recurso de casación es la correcta aplicación e interpretación de las normas tanto sustantivas como adjetivas, es decir

que se aplique en el sentido en que fueron creadas; además de la unificación de la jurisprudencia para que la misma sea observada y aplicada de igual forma en casos análogos; es importante hacer referencia a la jurisprudencia desarrollada respecto al tema de la fijación del monto de la caución. Es importante señalar que a pesar de que en todos estos fallos se hace mención a la Ley de Casación, actualmente derogada, la figura jurídica de la caución no ha sido objeto de un cambio sustancial en el actual Código Orgánico General de Procesos, por lo que la jurisprudencia que a continuación se analizará es plenamente aplicable actualmente.

Gaceta Judicial enero-abril 1995 Serie XVI No. 2

Corte Suprema de Justicia. - Sala de lo Social y Laboral

Quito, junio 23, de 1994

Juicio laboral seguido por María Piedad Soria en contra de Renato Ortega representante legal de MANPOWER.

“Segunda. - El órgano judicial correspondiente, cuando concede recurso de casación debe disponer copulativamente, que se obtengan las copias necesarias del auto o fallo impugnado, ordenando en la misma providencia que se remitan, para los fines consiguientes, tales copias al Juez competente, dado que la admisión no significa que el auto o sentencia se dejen de ejecutar, excepto cuando se ha rendido caución sobre los perjuicios que la demora pudiera causar a la contraparte”.

Análisis

En esta sentencia el Tribunal destaca la finalidad de la caución, el cual es de lograr suspender la ejecución de la sentencia, garantizando los perjuicios que ocasione

a la contraparte por la demora en la ejecución de la sentencia durante la tramitación del recurso de casación.

Registro Oficial No. 101 de fecha 4 de Julio de 1997

Corte Suprema de Justicia – Segunda Sala de lo Civil y Mercantil

Sentencia No. 27-97

Quito, 13 de febrero de 1997

Juicio seguido por el Dr. Hugo Quintanilla Ochoa en contra de Ferro Ecuatoriana S. A. de Cuenca.

“Primero. - Preocupa profundamente a la Sala, la conducta observada por ciertos jueces y tribunales de instancia, al fijar en cuantiosas sumas dinerarias la caución que debe rendir el recurrente, para evitar la ejecución de la resolución impugnada en casación volviendo, con eso inaudito y censurable proceder, en inaccesible a la mayoría de los litigantes el recurso en referencia”.

«La caución de que trata el Art 16 de la Ley de Casación está impuesta para garantizar suficientemente los perjuicios resultantes de la “demora en la ejecución del fallo”, y no para afianzar obligaciones contractuales. No puede en consecuencia, ser irrisoria o vil en su monto, al extremo de encubrir una dadivosa liberalidad rayana en la parcialidad; pero, tampoco puede ser monstruosa o leonina que por su evidente desproporción, imposibilite el ejercicio de ese derecho potestativo. “Suficiente”, es lo bastante, es decir, según el Diccionario de la Real Academia, lo que basta, “ni mucho ni poco, ni más ni menos de lo regular, ordinario o preciso; sin sobra ni falta”. A ello debe añadirse que los “perjuicios” que se avalan no son otros que los generados por la demora o retardo en la ejecución del fallo que en tratándose de cantidades de dinero

se traducen generalmente en intereses. El monto de la caución debe ser ponderado, teniendo en consideración las circunstancias del caso y la seriedad y sinceridad del recurso. Sostener lo contrario conduciría a dar pábulo a innumerables interpretaciones arbitrarias que culminarían con la eliminación, por los tribunales de las instancias ordinarias, de ese derecho, evitando así por ese medio, la fiscalización de sus fallos en la vía de casación, por resultar, a la postre, inútil la interposición de este recurso frente a la realidad de una sentencia totalmente ejecutada».

Análisis

Este es uno de los fallos que más ha detallado en lo posible en cuanto a la caución en el recurso de casación, debido a la preocupación de los jueces del Tribunal de Casación respecto a la actuación arbitraria de diversos jueces de las Cortes Provinciales al momento de fijar el monto de la caución. Empieza por analizar la finalidad de la caución al indicar que garantizará de manera suficiente los perjuicios que ocasione la demora en la ejecución en la sentencia. Indica que suficiente debe entenderse como “ni mucho ni poco, ni más ni menos de lo regular, ordinario o preciso; sin sobra ni falta”; por lo tanto no puede ser ni ínfima como tampoco exagerada. Así mismo indica que los perjuicios se indemnizaran en dinero correspondiendo a los intereses legales que se generaron durante el tiempo en que se tramitó el recurso de casación. Además, que cualquier juez que considere lo contrario a lo manifestado estará actuando de manera arbitraria perjudicando los derechos de las partes procesales.

A pesar del intento del Tribunal de Casación por explicar la adecuada aplicación de la caución, la misma es muy amplia con lo cual permite que los jueces de la Corte Provincial tengan plena libertad de establecer los montos que ellos

consideren, debido a que para uno, determinada cantidad puede ser poco como para otro puede ser mucho; es así que hubiera sido mejor que se hubiese ordenado la creación del respectivo instructivo detallando los parámetros que obligatoriamente deben cumplir al momento de establecer el monto de la caución y evitar la arbitrariedad con la que algunos jueces actúan respecto a este tema.

Registro Oficial No. 38 de fecha 1 de octubre de 1998

Corte Suprema de Justicia - Primera Sala de lo Civil y Mercantil

Juicio de investigación de paternidad seguido por María Cañar contra José Rodríguez.

Quito, 17 de junio de 1998

“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechaza el recurso de casación interpuesto por José Rodríguez Polan. Se llama la atención a los señores Ministros de la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Machala, doctores Julio Mayorga, Walter Rodas y abogado Francisco Quevedo, por haber aceptado la caución rendida por el recurrente, infringiendo lo dispuesto en el Art. 10 de la Ley de Casación, ya que este proceso es declarativo del estado civil de una persona. Consecuentemente, al haberse fijado indebidamente una caución como requisitos previos para la no ejecución de la sentencia del inferior, se ordena su devolución íntegra al recurrente de este recurso. Con costas. Notifíquese”.

Análisis

En este fallo se deja expresamente claro que ante una sentencia declarativa del estado civil de una persona no es necesario rendir caución alguna por cuanto en este caso el efecto del recurso de casación será siempre suspensivo. Esto en razón de que:

“El estado civil de una persona atañe a su personalidad misma, a su esencia individual y social; es la forma como se identifica socialmente” (Cueva Carrión, 2011, pág. 151). Consecuentemente el COGEP en su artículo 274 impide la ejecución de este tipo de sentencias.

Registro Oficial No. 105 de fecha 11 de enero de 1999

Sentencia No. 102-98

Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Laboral y Social

Juicio laboral seguido por Nicolás Robles en contra de ECAPAG.

Quito, 17 de noviembre de 1998

“La Sala estima que no cabe aplicar el Art. 17 (reformado) de la Ley de Casación, puesto que esta disposición solo es aplicable para el caso de que una sola de las partes haya interpuesto recurso de casación, ya que el objetivo esencial de la norma en referencia es el de indemnizar a la parte perjudicada por la demora en la ejecución del fallo, que se retarda por la tramitación del recurso de casación. Como en la especie, ambas partes litigantes ha recurrido en casación, lo que evidencia interés mutuo en la tramitación del recurso y por lo mismo responsabilidad compartida en la demora, ni siquiera fue procedente la fijación de caución, peor su entrega al demandante, por lo que el valor respectivo deberá ser devuelto a la empresa accionada”.

Análisis

En el presente fallo corresponde indicar que no hay necesidad de garantizar el perjuicio de la demora en la ejecución de la sentencia al momento de que ambos litigantes recurren la sentencia en casación; debido a que si las partes interponen recurso de casación, es porque consideran que la misma contiene un error de derecho

que una eventual ejecución de la misma podría causarle algún tipo de agravio. Es así que al tener ambos, interés en el recurso de casación planteado, no se requiere la rendición de caución.

2.2.5. Derecho comparado

En cuanto a la legislación internacional es importante señalar que el efecto por el cual se concede el recurso de casación no es el mismo; por ejemplo, en la legislación peruana el recurso de casación se lo concede con efecto suspensivo a diferencia de la ecuatoriana que se lo concede sin efecto suspensivo con sus ya mencionadas excepciones. Es por esto que el tema de la caución difiere en cuanto a su finalidad en las legislaciones donde se suspende la ejecución de la sentencia al interponer recurso de casación.

En el caso de las legislaciones donde se concede con efecto suspensivo el recurso de casación; nos encontramos ante la ejecución provisional de la sentencia, esto quiere decir: “El ordenamiento jurídico permite, bajo ciertas condiciones, la ejecución de resoluciones judiciales que no han adquirido firmeza, es decir, de resoluciones que siendo susceptibles de recursos han sido efectivamente recurridas” (Naranjo Godoy, 2006, pág. 100).

Esto quiere decir que en estas legislaciones para que se ejecute una sentencia, carente de firmeza por estar un recurso pendiente por resolver, quien tiene el deseo de que la misma sea ejecutada es quien debe rendir caución suficiente. Esta caución la debe rendir quien pretenda que se ejecute la sentencia y tendrá como finalidad garantizar los perjuicios que pueda ocasionar a la contraparte la ejecución de una sentencia que haya sido revocada posteriormente por el Tribunal de Casación.

A continuación, señalaremos los artículos de los códigos procesales civiles de las legislaciones de Colombia, Uruguay, Perú y Chile:

Colombia

Código General del Proceso

Artículo 341. Efectos del recurso. - La concesión del recurso no impedirá que la sentencia se cumpla, salvo cuando verse exclusivamente sobre el estado civil, o se trate de sentencia meramente declarativa, o cuando haya sido recurrida por ambas partes.

El registro de la sentencia, la cancelación de las medidas cautelares y la liquidación de las costas causadas en las instancias, solo se harán cuando quede ejecutoriada la sentencia del tribunal o la de la Corte que la sustituya.

En caso de providencias que contienen mandatos ejecutables o que deban cumplirse, el magistrado sustanciador, en el auto que conceda el recurso, expresamente reconocerá tal carácter y ordenará la expedición de las copias necesarias para su cumplimiento. El recurrente deberá suministrar las expensas respectivas dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria del auto que las ordene, so pena de que se declare desierto el recurso.

En la oportunidad para interponer el recurso, el recurrente podrá solicitar la suspensión del cumplimiento de la providencia impugnada, ofreciendo caución para garantizar el pago de los perjuicios que dicha suspensión cause a la parte contraria, incluyendo los frutos civiles y naturales que puedan percibirse durante aquella. El monto y la naturaleza de la caución serán fijados en el auto que conceda el recurso, y esta deberá constituirse dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de aquel, so pena de que se ejecuten los mandatos de la sentencia recurrida.

Corresponderá al magistrado sustanciador calificar la caución prestada. Si la considera suficiente, decretará en el mismo auto la suspensión del cumplimiento de la providencia impugnada. En caso contrario, la denegará.

El recurrente podrá, al interponer el recurso, limitarlo a determinadas decisiones de la sentencia del tribunal, en cuyo caso podrá solicitar que se ordene el cumplimiento de las demás por el juez de primera instancia, siempre que no sean consecuencia de aquellas y que la otra parte no haya recurrido en casación. Con estas mismas salvedades, si se manifiesta que con el recurso se persigue lograr más de lo concedido en la sentencia del tribunal, podrá pedirse el cumplimiento de lo reconocido en esta. En ambos casos, se deberá suministrar lo necesario para las copias que se requieran para dicho cumplimiento, dentro del término de ejecutoria del auto que las ordene.

Si el recurrente no presta la caución, o esta es insuficiente, se ejecutará la sentencia, para lo cual se ordenará, a su cargo, la expedición de las copias necesarias. Si no se suministra lo necesario para la expedición de las copias, el recurso se declarará desierto.

Uruguay

Código General del Proceso

275. Efectos del recurso. - 275.1 Salvo que el proceso versare sobre el estado civil de las personas la interposición del recurso no impedirá que la sentencia se cumpla para lo cual deberá expedirse, a pedido de parte, testimonio de la misma. Cuando la sentencia ejecutada fuere, en definitiva, casada y sustituida por otra que la modifique total o parcialmente, se procederá, en lo pertinente, conforme con lo dispuesto por el artículo 375.

275.2 Sin embargo, al interponer el recurso o dentro del término para hacerlo, podrá solicitar el recurrente que se suspenda la ejecución de la sentencia, prestando garantía, para responder de los perjuicios que a la parte contraria pudiere ocasionar la demora, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 260.3. El monto y la naturaleza de la garantía serán fijados, en forma irrecurrible, por el tribunal en la providencia que conceda el recurso y disponga la suspensión de la ejecución. Dicha garantía deberá constituirse dentro de los diez días siguientes al de la notificación de aquélla. Si así no se hiciera ni se solicitare prórroga de dicho plazo o esta se denegare, se dispondrá el cumplimiento de la sentencia.

275.3 La caución se cancelará por el tribunal si la sentencia es casada. De lo contrario seguirá garantizando los mencionados perjuicios, que se liquidarán por el procedimiento establecido por el artículo 378.3.

Perú

Código Procesal Civil

Artículo 393.- Tramitación del recurso. - La interposición del recurso suspende la ejecución de la sentencia. Declarado admisible el recurso, la Sala tiene veinte días para apreciar y decidir su procedibilidad. La resolución que declara procedente el recurso, fija el día y la hora para la vista del caso. La fecha fijada no será antes de los quince días de notificada la resolución con que se informa a los interesados.

Chile

Código de Procedimiento Civil

Art. 773. El recurso de casación no suspende la ejecución de la sentencia, salvo cuando su cumplimiento haga imposible llevar a efecto la que se dicte si se acoge el recurso, como sería si se tratase de una sentencia que declare la nulidad de un matrimonio o permita el de un menor.

La parte vencida podrá exigir que no se lleve a efecto la sentencia mientras la parte vencedora no rinda fianza de resultas a satisfacción del tribunal que haya dictado la sentencia recurrida, salvo que el recurso se interponga por el demandado contra la sentencia definitiva pronunciada en el juicio ejecutivo, en los juicios posesorios, en los de desahucio y en los de alimentos.

El recurrente deberá ejercer este derecho conjuntamente con interponer el recurso de casación y en solicitud separada que se agregará a la carpeta electrónica a que se refiere el artículo 29. El tribunal a quo se pronunciará de plano y en única instancia a su respecto y fijará el monto de la caución antes de enviar la comunicación correspondiente al tribunal superior.

En este caso, se formará cuaderno electrónico separado con las piezas necesarias.

El tribunal a quo conocerá también en única instancia en todo lo relativo al otorgamiento y subsistencia de la caución.

Análisis

De acuerdo al análisis efectuado a las normas procesales antes expuestos, podemos indicar que existen dos posiciones en cuanto al efecto en el que se concede

el recurso de casación. En legislaciones como la colombiana y uruguaya, al igual que la nuestra; mantienen la idea de que la sentencia dictada en segunda instancia es definitiva, por lo que el recurso de casación es autónomo, no vuelve a analizar cuestiones de hecho, es una nueva demanda por lo tanto la sentencia recurrida puede ser ejecutada sin perjuicio de que el recurrente pueda solicitar su suspensión al rendir caución suficiente sobre los perjuicios que la demora pueda ocasionar al vencedor.

En cuanto a legislaciones como la peruana y chilena, mantienen la concepción de que se debe conceder el recurso de casación con efecto suspensivo por considerar el sistema más adecuado de protección de las partes, por cuanto se evitaría la ejecución de una sentencia que contenga posibles errores de derecho agravando la situación del recurrente, además de que impediría que una vez ejecutada tener que dejar sin efecto todo lo realizado en la fase de ejecución causando problemas inclusive a terceros de buena fe. En este caso quien debe rendir caución es el vencedor quien deberá garantizar los perjuicios que le ejecución provisional de la sentencia pueda ocasionar al recurrente.

El punto en común que se ha encontrado es que la facultad de establecer el monto de la caución recae en el juez, por lo que sería un aporte muy interesante por parte del Ecuador, establecer un instructivo en el que se determinen los parámetros a tener en consideración por parte de los jueces al momento de fijar el monto de la caución.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

Corresponde ahora detallar la metodología utilizada en la presente investigación cuya finalidad fue la de identificar la problemática y así mismo establecer una propuesta que permita dar solución al problema planteado respecto a la falta de un instructivo sobre los parámetros que se deben tomar en consideración por parte de los Tribunales de la Corte Provincial, al momento de fijar el monto de la caución al conceder la suspensión de la ejecución de la sentencia al interponerse recurso de casación; para ello se aplicó diversas técnicas de investigación, enfoques y métodos que nos permitió la obtención de datos, que luego de ser analizados, ayudó a la comprobación de la hipótesis planteada.

Es así que la investigación de acuerdo a Robert Hernández, Carlos Fernández y Pilar Baptista (2014) es: “Un conjunto de procesos sistemáticos, críticos y empíricos que se aplican al estudio de un fenómeno o problema” (pág. 4). El cual mediante la aplicación de este proceso estrictamente científico producirá el conocimiento entendido este como: “Un proceso en el cual se relacionan el sujeto que conoce, que percibe mediante sus sentidos, y el objeto conocido o percibido” (Arias, 2012, pág. 13). Este nuevo conocimiento nos permitirá entender adecuadamente la situación jurídica sobre el tema investigado y proponer una adecuada solución.

3.1. Tipos de investigación

Como se mencionó anteriormente la investigación es un proceso científico dirigido a la solución de problemas, mediante el cual se puede llegar a obtener nuevos conocimientos, que permitirán encontrar una solución a las interrogantes planteadas.

Para Robert Hernández et al. (2014), a más de ser considerados como “tipos” son más “alcances” por cuanto cada alcance de investigación ya sea desde el exploratorio puede dar paso al descriptivo, para luego llegar al correlacional y continuar con el explicativo. Es por esto como bien lo indica Fideas Arias (2012): “Al no ser excluyentes, un estudio puede ubicarse en más de una clase” (pág. 23).

Por lo tanto corresponde al investigador determinar el tipo o alcance de investigación de acuerdo a dos factores: “El estado del conocimiento sobre el problema de investigación, mostrado por la revisión de la literatura, así como la perspectiva que se pretenda dar al estudio” (Hernández Sampieri, Fernández Collado , & Baptista Lucio, 2014, pág. 90).

3.1.1. Investigación descriptiva

En el presente trabajo se utilizó un alcance descriptivo mediante el cual: “Se busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis” (Hernández Sampieri, Fernández Collado , & Baptista Lucio, 2014, pág. 92).

Con lo cual mediante este tipo de investigación se buscó recoger información específica en cuanto a la población tomada en consideración en esta investigación (abogados del cantón Guayaquil), además respecto a los causas judiciales que se sustanciaron entre los años 2015 – 2018, en la Corte Provincial del Guayas en las Salas Especializadas de lo Civil, Laboral y Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia; específicamente las que llegaron hasta la Corte Nacional de Justicia mediante la interposición del recurso de casación.

Una vez con la información de los casos antes mencionados, se procedió con la identificación de las sentencias en las cuales se suspendieron su ejecución al ser

solicitadas por los recurrentes al interponer recurso de casación y así mismo que valor fue fijada como caución por parte de los jueces de la Corte Provincial.

3.1.2. Investigación correlacional

Este tipo de investigación es aquella cuya finalidad es de: “Conocer la relación o grado de asociación que exista entre dos o más conceptos, categorías o variables en un muestra o contexto en particular” (Hernández Sampieri, Fernández Collado , & Baptista Lucio, 2014, pág. 94).

Se utilizó, una vez que se identificó variables como la sentencias con sus respectivas condenas susceptibles de ser ejecutadas y los montos de las cauciones fijadas, con la finalidad de establecer qué tipo de relación se dan entre estos dos puntos, con lo cual esta información será beneficioso para la propuesta de solución del problema planteado.

3.1.3. Investigación documental

Como una de las estrategias a seguir para en el presente trabajo recurrimos a la investigación documental la cual es: “Un proceso basado en la búsqueda, recuperación, análisis, crítica e interpretación de datos secundarios, es decir, los obtenidos y registrados por otros investigadores en fuentes documentales: impresas, audiovisuales o electrónicas” (Arias, 2012, pág. 27).

3.2. Enfoque de la investigación

El enfoque de la presente investigación se utilizó el enfoque mixto el cual representa:

Un conjunto de procesos sistemáticos, empíricos y críticos de investigación e implican la recolección y análisis de datos cuantitativos y cualitativos, así como su integración y discusión conjunta, para realizar

inferencias producto de toda la información recabada (metainferencia) y lograr un mayor entendimiento del fenómeno bajo estudio (Hernández – Sampieri y Mendoza, 2008. (Hernández Sampieri, Fernández Collado , & Baptista Lucio, 2014, pág. 534)

3.2.1. Enfoque cuantitativo

En el enfoque cuantitativo se debe seguir un orden riguroso, por lo cual es un conjunto de procesos que se deben seguir de acuerdo al diseño de investigación previamente planificado es así que para Robert Hernández et al. (2014):

Parte de una idea que va acotándose y, una vez delimitada, se derivan objetivos y preguntas de investigación, se revisa la literatura y se construye un marco o una perspectiva teórica. De las preguntas se establecen hipótesis y determinan variables; se traza un plan para probarlas (diseño); se miden las variables en un determinado contexto; se analizan las mediciones obtenidas utilizando métodos estadísticos, y se extrae una serie de conclusiones respecto de la o las hipótesis. (págs. 4-5)

Una de las características esenciales de este enfoque es la recolección de datos que nos permiten medir los fenómenos investigados, los cuales son representados en números y posteriormente analizados con métodos estadísticos. El diseño de investigación utilizado fue el de la recopilación de estadísticas para identificar el número de causas en las cuales se suspende la ejecución de la sentencia mediante la rendición de caución; además de las encuestas realizadas a los abogados de la ciudad de Guayaquil.

3.2.2. Enfoque cualitativo

Dentro del enfoque cualitativo de acuerdo a Robert Hernández et al. (2014): “Las investigaciones cualitativas se basan más en una lógica y proceso inductivo (explorar y describir, y luego generar perspectivas teóricas). Van de lo particular a lo general” (pág. 8). Es decir al analizar caso por caso puede llegar a una idea general.

En este enfoque de investigación cualitativa, no se utiliza un método estructurado para la recolección de datos más bien lo que se busca es obtener perspectivas o puntos de vistas, es así que una de las estrategias utilizadas en este trabajo fue la entrevista realizada a los jueces de la Corte Provincial del Guayas de las Salas Especializadas de los Civil y Laboral, por medio del cual se pudo recopilar información importante de cada uno de ellos y establecer una idea general a partir de los datos obtenidos de cada uno de los entrevistados.

3.3. Métodos de investigación

3.3.1. Método deductivo

Este método, característico del enfoque cuantitativo, fue utilizado con el propósito de llevar a cabo la investigación partiendo desde la hipótesis planteada para, luego del análisis de las encuestas y estadísticas realizadas, llegar a su comprobación.

3.3.2. Método inductivo

Como parte del enfoque cualitativo, este método fue utilizado mediante la observación de los hechos particulares para poder posteriormente llegar a una conclusión general; esto lo podemos observar mediante las entrevistas realizadas a cada juez y de esta manera determinar una idea general en base a las experiencias aportadas fruto de su cargo como jueces de la Corte Provincial del Guayas.

3.4. Técnicas de investigación

3.4.1. Técnica de campo

Para la obtención de datos en la elaboración de este trabajo se utilizó la investigación de campo la cual es:

Aquella que consiste en la recolección de datos directamente de los sujetos investigados, o de la realidad donde ocurren los hechos (datos primarios), sin manipular o controlar variable alguna, es decir, el investigador obtiene información pero no altera las condiciones existentes. (Arias, 2012, pág. 31)

Es así que para la obtención de datos por parte de los sujetos investigados y de los lugares donde ocurren los hechos, utilizamos las estadísticas obtenidas por parte del Consejo de la Judicatura correspondientes a las causas ingresadas en las Salas Especializadas de lo Civil y Laboral de la Corte Provincial del Guayas entre el 22 de mayo del 2015 y el 22 de mayo del 2018; además de las encuestas realizadas a los abogados de la ciudad de Guayaquil y las entrevistas efectuadas a los jueces de la Corte Provincial del Guayas de las Salas Especializadas de lo Civil y Laboral.

3.5 Población y Muestra

3.5.1. Población de abogados

La población seleccionada a tomar en consideración en la presente investigación, a los cuales se les realizará la respectiva encuesta para la obtención de datos fue la de los profesionales del derecho, los cuales de acuerdo a las últimas cifras otorgadas por el Consejo de la Judicatura existen un total de 68912 registrados en el Foro de Abogados del Ecuador.

Tabla 1

Foro de Abogados del Ecuador		
<u>Población</u>	<u>Cantidad</u>	<u>Porcentaje</u>
Abogados del Ecuador	68.912	100%

Fuente: Sistema Informático Foro de Abogados
Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

De esta población nos enfocamos de acuerdo a la delimitación espacial de la investigación en los abogados de la ciudad de Guayaquil los cuales corresponden a un total de 12417.

Tabla 2

Foro de Abogados del Ecuador		
<u>Población</u>	<u>Cantidad</u>	<u>Porcentaje</u>
Abogados del Cantón Guayaquil	12.417	100%

Fuente: Sistema Informático Foro de Abogados
Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

3.5.2. Muestra

La muestra es un subgrupo de la población sobre el cual realizaremos la recolección de datos mediante las encuestas. Los resultados obtenidos dentro de la muestra permitirán que se generalicen a la población, es decir que la muestra debe ser estadísticamente representativa.

Es por ello que debemos establecer con precisión la muestra, para lo cual utilizaremos la fórmula de población finita, la cual es utilizada en universos de menos cien mil personas constantes.

$$n = \frac{N\sigma^2 Z^2}{(N - 1)e^2 + \sigma^2 Z^2}$$

Descripción de variables en la aplicación de la fórmula:

n = el tamaño de la muestra.

N = tamaño de la población.

σ^2 = Desviación estándar de la población que, generalmente cuando no se tiene su valor, suele utilizarse un valor constante de 0,5.

Z^2 = Valor obtenido mediante niveles de confianza. Es un valor constante que, si no se tiene su valor, se lo toma en relación al 95% de confianza equivale a 1,96 (como más usual) o en relación al 99% de confianza equivale 2,58, valor que queda a criterio del investigador.

e^2 = Límite aceptable de error muestral que, generalmente cuando no se tiene su valor, suele utilizarse un valor que varía entre el 1% (0,01) y 9% (0,09), valor que queda a criterio del encuestador.

El grupo poblacional es el número los profesionales del derecho registrados en el Foro de Abogados del cantón Guayaquil, el cual es 12.417.

$$n = \frac{N\sigma^2Z^2}{e^2(N-1) + \sigma^2Z^2}$$
$$n = \frac{12.417 \cdot 0,5^2 \cdot 1,96^2}{0,05^2(12.417 - 1) + 0,5^2 \cdot 1,96^2}$$
$$n = \frac{12.417 \cdot 0,5^2 \cdot 1,96^2}{0,05^2(12.417 - 1) + 0,5^2 \cdot 1,96^2} = 391$$

Es así que el resultado de la fórmula aplicada para determinar la muestra sobre la cual se realizará las respectivas encuestas fue de 391 abogados de la ciudad de Guayaquil, registrados en el Foro de Abogados

3.6. Formato de encuesta y entrevista

3.6.1. Formato de encuesta

UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO.

Objetivo: Obtener información de los profesionales del derecho como sustento al trabajo de investigación “La caución como medio para suspender la ejecución de la sentencia al interponer recurso de casación en materia”

Lea detenidamente cada pregunta y conteste según su criterio.

RESPUESTAS: A) SI

B) MEDIANAMENTE

C) NO

	PREGUNTA	A	B	C
1	¿Conoce usted sobre la caución como medio para suspender la ejecución de la sentencia al interponer recurso de casación?	100%	0%	0%
2	¿Está usted de acuerdo que los jueces de la Corte Provincial tengan amplias libertades para fijar el monto de la caución que ellos consideren oportuno al momento en que una de las partes solicita la suspensión de la ejecución de la sentencia?	0%	6%	94%
3	¿Considera usted que la falta de un instructivo que permita conocer de manera clara, previa y precisa los parámetros utilizados por parte de los jueces de la Corte Provincial al momento de fijar el monto de la caución vulnera el principio de seguridad jurídica de las partes procesales?	90%	9%	1%
4	¿Considera usted que con la elaboración de un instructivo en la que se establezcan de manera clara y precisa los parámetros para fijar el monto de la caución al suspenderse la ejecución de la sentencia, permitiría a las partes procesales tener la seguridad de que el monto de la caución fijado por el juez es el oportuno?	89%	10%	1%

5	¿Considera usted que se está violentando el principio de motivación cuando los jueces de la Corte Provincial al momento en que una de las partes procesales impugna el monto de la caución, los jueces solo motiven su providencia haciendo mención únicamente del artículo 271 del COGEP y no explicando los parámetros que utilizaron para fijar la caución?	92%	6%	2%
6	¿Considera usted que con la elaboración de un instructivo en la que se establezcan los parámetros para fijar el monto de la caución al suspenderse la ejecución de la sentencia permitiría a los jueces de la Corte Provincial motivar adecuadamente sus providencias en caso de que las partes procesales impugnen el monto de la caución?	96%	4%	0%
7	¿Considera usted que el Consejo de la Judicatura debe elaborar un instructivo en el que se establezcan los parámetros que obligatoriamente deban tomar en consideración los jueces de la Corte Provincial para fijar adecuadamente el monto de la caución para la suspensión de la ejecución de la sentencia al interponer recurso de casación?	100%	0%	0%
8	¿Considera usted que aumentarían las impugnaciones contra los montos de las cauciones al tener un instructivo que permita a las partes tener conocimiento de los parámetros considerados por los jueces de la Corte Provincial para fijar la caución?	1%	8%	91%
9	¿Considera usted que con la elaboración de este instructivo se reducirá las solicitudes de suspensión de ejecución de la sentencia cuya finalidad es dilatoria?	6%	13%	81%
10	¿Considera usted que el instructivo debe contener como tiempo promedio de duración del proceso de recurso de casación el contemplado en el COGEP, para que en base a este tiempo se fijen los perjuicios que ocasiona a la contraparte por la demora en la ejecución de la sentencia?	70%	16%	14%

3.6.2. Formato de entrevista

**UNIVERSIDAD LAICA “VICENTE ROCAFUERTE” DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO.**

Tema: “La caución como medio para suspender la ejecución de la sentencia al interponer recurso de casación en materia”

1.- ¿Con qué frecuencia es solicitada la suspensión de la ejecución de la sentencia mediante la rendición de caución al interponerse recurso de casación?

- 2.- ¿Ante la falta de un instructivo que establezca el método para fijar el monto de la caución, existe algún parámetro legal que determine los montos a fijar?**
- 3.- ¿Qué parámetros usted considera al momento de fijar el monto de la caución?**
- 4.- ¿Considera usted que ante la falta de este instructivo, pueden darse casos en que se fijen montos excesivos que impida al recurrente consignar la caución o montos ínfimos que no permitan cubrir los perjuicios por la demora en la ejecución de la sentencia?**
- 5.- ¿Es frecuente que las partes procesales impugnen el monto de la caución por considerarlos excesivos o ínfimos?**
- 6.- ¿Qué fundamentos utiliza usted para motivar su providencia al momento en que una de las partes procesales no está conforme con el monto de la caución?**
- 7.- ¿Cree usted que con la elaboración de un instructivo en el que se establezcan los parámetros para fijar el monto de la caución aumentarían las impugnaciones a los montos de las cauciones?**
- 8.- ¿Cree usted que la falta de este instructivo podría provocar que el recurrente no consigne el valor fijado como caución, por la inseguridad de no conocer de manera previa, clara y precisa los parámetros que llevaron al juez a fijar esta cantidad?**
- 9.- ¿Está usted de acuerdo que es necesario, en base a lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 264, numeral 16 que el Consejo de la Judicatura, dicte un instructivo para la fijación del monto de la caución a aplicarse en el recurso de casación?**

10.- ¿Cree usted que con la elaboración de este instructivo se reducirá las solicitudes de suspensión de ejecución de la sentencia cuya finalidad es dilatoria?

3.7. Presentación de resultados

3.7.1. Resultados de encuestas

1. ¿Conoce usted sobre la caución como medio para suspender la ejecución de la sentencia al interponer recurso de casación?

Tabla 3

<u>Respuesta</u>	<u>Cantidad</u>	<u>Porcentaje</u>
Si	391	100%
Medianamente	0	0%
No	0	0%

Fuente: Encuestas
Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

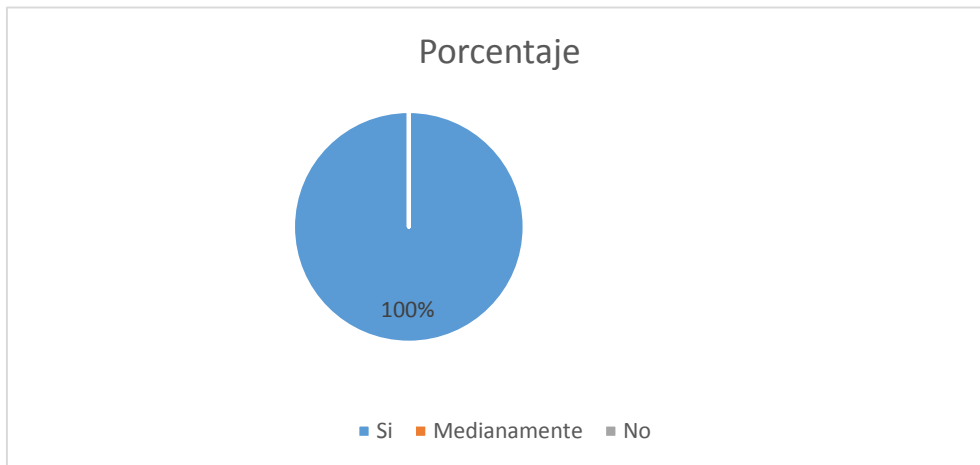


Gráfico 1

Análisis

Del total de encuestados, el 100% afirmó conocer sobre la caución como medio para suspender la ejecución la sentencia.

2. ¿Está usted de acuerdo que los jueces de la Corte Provincial tengan amplias libertades para fijar el monto de la caución que ellos consideren oportuno al momento en que una de las partes solicita la suspensión de la ejecución de la sentencia?

Tabla 4

<u>Respuesta</u>	<u>Cantidad</u>	<u>Porcentaje</u>
Si	0	0%
Medianamente	23	6%
No	368	94%
Total	391	100%

Fuente: Encuestas

Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

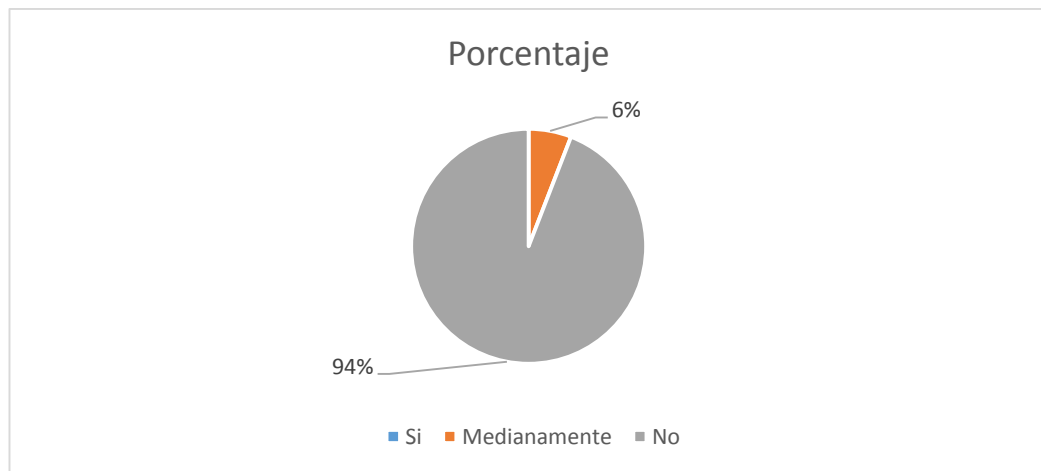


Gráfico 2

Análisis

De acuerdo a la encuesta realizada el 94% de los encuestados manifestaron que no están de acuerdo con que los jueces tengan amplias libertades al momento de fijar al monto de la caución frente a un 6% de los encuestados que respondieron medianamente.

3. ¿Considera usted que la falta de un instructivo que permita conocer de manera clara, previa y precisa los parámetros utilizados por parte de los jueces de la Corte Provincial al momento de fijar el monto de la caución vulnera el principio de seguridad jurídica de las partes procesales?

Tabla 5

<u>Respuesta</u>	<u>Cantidad</u>	<u>Porcentaje</u>
Si	350	90%
Medianamente	36	9%
No	5	1%
Total	391	100%

Fuente: Encuestas

Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

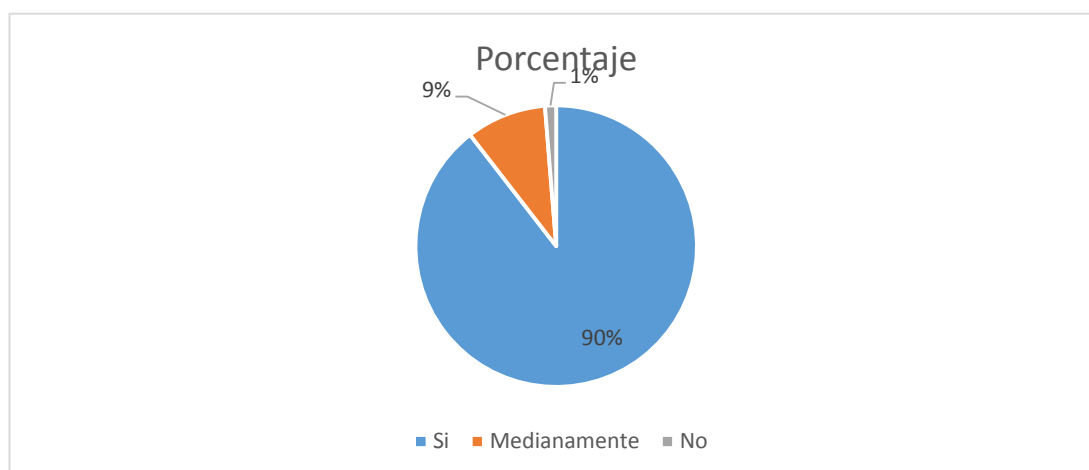


Gráfico 3

Análisis

El 90% de los encuestados opinaron que la falta de un instructivo que establezca los parámetros para fijar el monto de la caución vulnera el principio de seguridad jurídica; el 9% opinó que medianamente y el 1% consideró que no vulnera este principio.

4. ¿Considera usted que con la elaboración de un instructivo en la que se establezcan de manera clara y precisa los parámetros para fijar el monto de la caución al suspenderse la ejecución de la sentencia, permitiría a las partes procesales tener la seguridad de que el monto de la caución fijado por el juez es el oportuno?

Tabla 6

<u>Respuesta</u>	<u>Cantidad</u>	<u>Porcentaje</u>
Si	349	89%
Medianamente	37	10%
No	5	1%
Total	391	100%

Fuente: Encuestas

Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

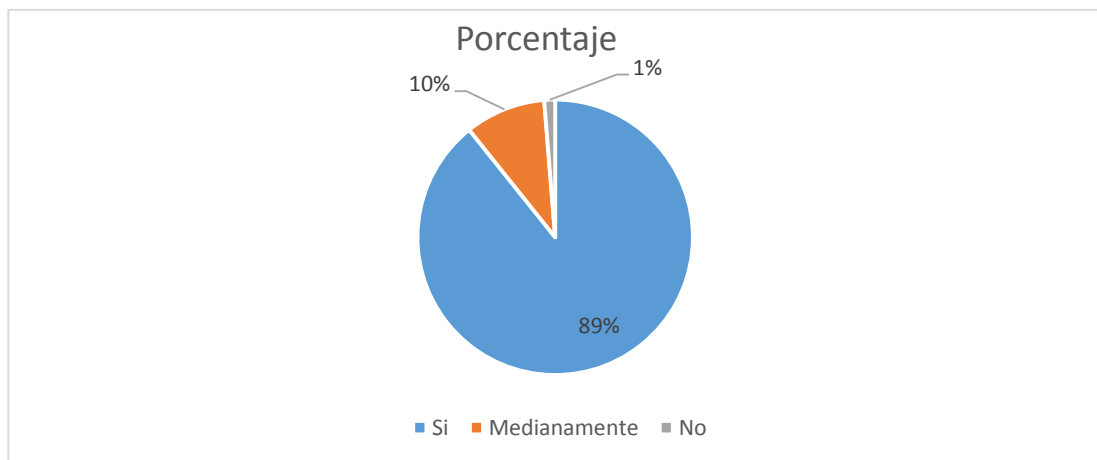


Gráfico 4

Análisis

El 89% de los encuestados opinaron que con la elaboración de este instructivo permitirá a las partes tener la seguridad de que el monto de la caución fijado por los jueces es el adecuado; el 10% consideró que medianamente, mientras que el 1% consideró que no.

5. ¿Considera usted que se está violentando el principio de motivación cuando los jueces de la Corte Provincial al momento en que una de las partes procesales impugna el monto de la caución, los jueces solo motiven su providencia haciendo mención únicamente del artículo 271 del COGEP y no explicando los parámetros que utilizaron para fijar la caución?

Tabla 7

<u>Respuesta</u>	<u>Cantidad</u>	<u>Porcentaje</u>
Si	359	92%
Medianamente	23	6%
No	9	2%
Total	391	100%

Fuente: Encuestas

Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

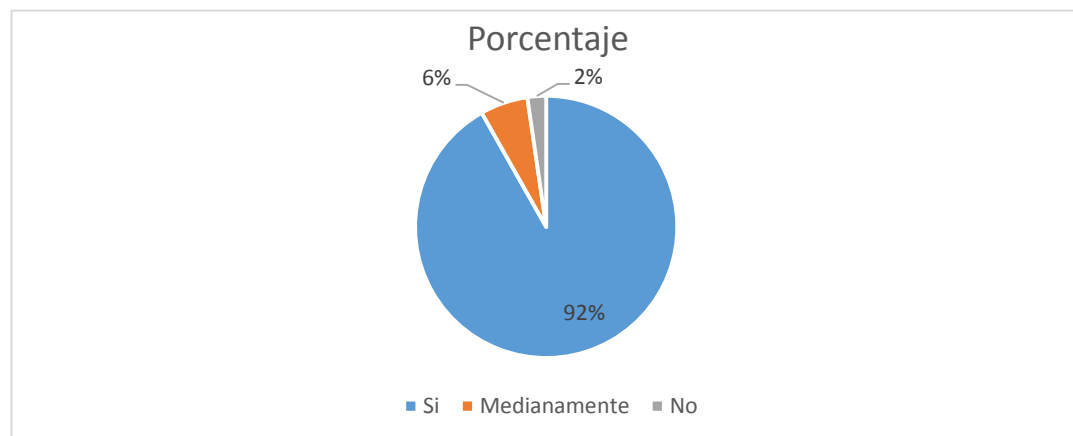


Gráfico 5

Análisis

El 92% de los encuestados opinaron que se vulnera el principio de motivación cuando los jueces solo hacen mención del artículo 271 del COGEP y no explicando los parámetros que utilizaron para fijar el monto de la caución; el 6% opinó que medianamente y el 2% consideró que no se vulnera este principio.

6. ¿Considera usted que con la elaboración de un instructivo en la que se establezcan los parámetros para fijar el monto de la caución al suspenderse la ejecución de la sentencia permitiría a los jueces de la Corte Provincial motivar adecuadamente sus providencias en caso de que las partes procesales impugnen el monto de la caución?

Tabla 8

<u>Respuesta</u>	<u>Cantidad</u>	<u>Porcentaje</u>
Si	376	96%
Medianamente	15	4%
No	0	0%
Total	391	100%

Fuente: Encuestas

Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

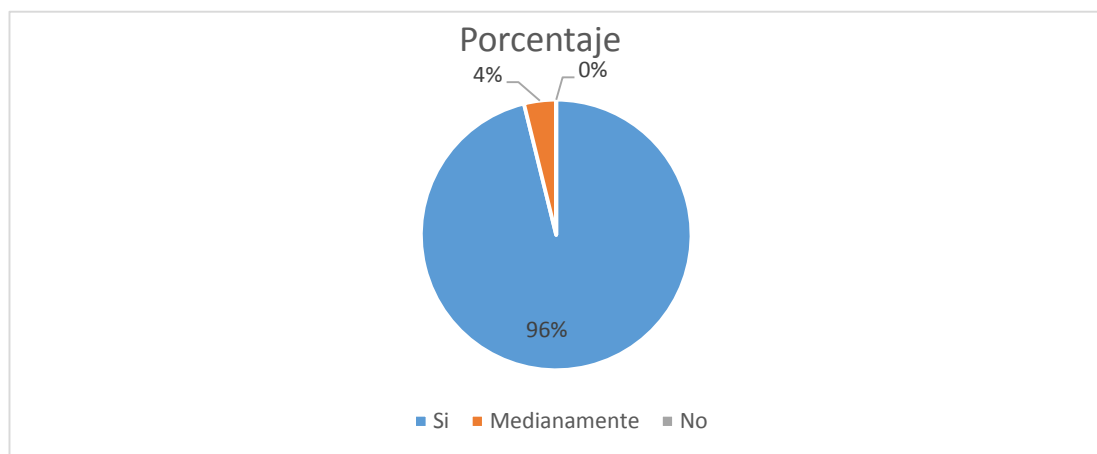


Gráfico 6

Análisis

El 96% de los encuestados opinó que con la elaboración de un instructivo en la que se establezcan los parámetros para fijar el monto de la caución, permitirá a los jueces motivar mejor sus providencias; el 4% consideró que no.

7. ¿Considera usted que el Consejo de la Judicatura debe elaborar un instructivo en el que se establezcan los parámetros que obligatoriamente deban tomar en consideración los jueces de la Corte Provincial para fijar adecuadamente el monto de la caución para la suspensión de la ejecución de la sentencia al interponer recurso de casación?

Tabla 9

<u>Respuesta</u>	<u>Cantidad</u>	<u>Porcentaje</u>
Si	391	100%
Medianamente	0	0%
No	0	0%
Total	391	100%

Fuente: Encuestas
Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

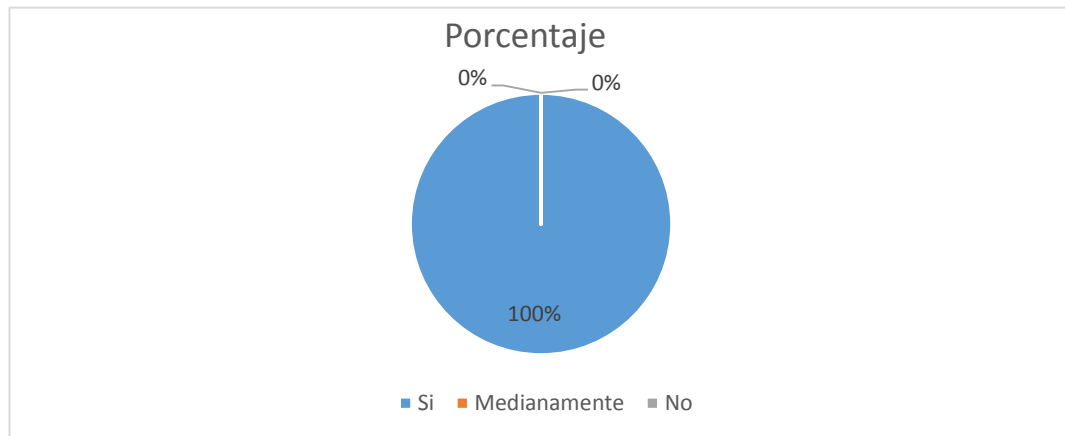


Gráfico 7

Análisis

El 100% de los encuestados estuvieron de acuerdo que el Consejo de la Judicatura debe realizar un instructivo en el que se establezcan los parámetros para fijar el monto de la caución.

8. ¿Considera usted que aumentarían las impugnaciones contra los montos de las cauciones al tener un instructivo que permita a las partes tener conocimiento de los parámetros considerados por los jueces de la Corte Provincial para fijar la caución?

Tabla 10

<u>Respuesta</u>	<u>Cantidad</u>	<u>Porcentaje</u>
Si	3	1%
Medianamente	30	8%
No	358	91%
Total	391	100%

Fuente: Encuestas
Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

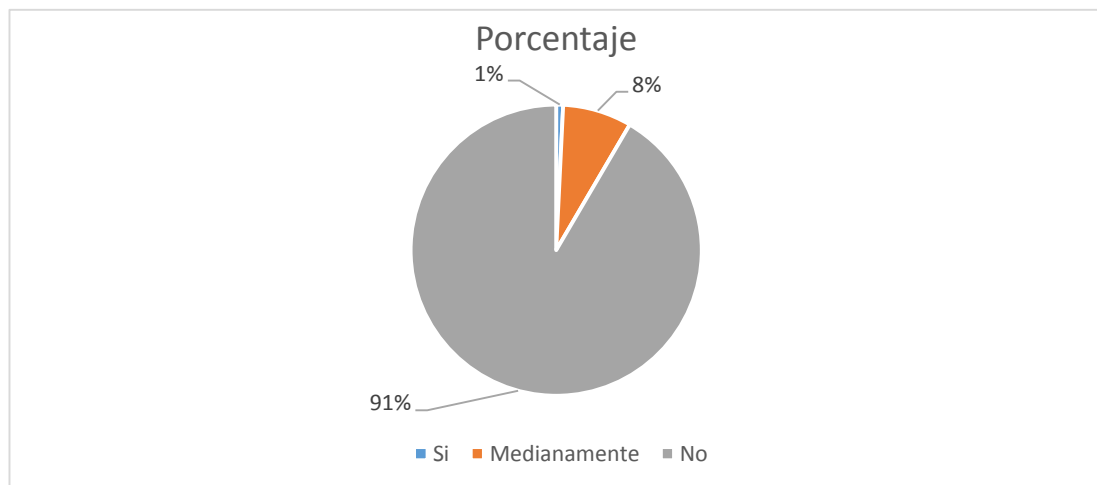


Gráfico 8

Análisis

El 90% de los encuestados consideró que no aumentarían las impugnaciones a los montos de las cauciones si se elabora este instructivo; el 8% consideró que medianamente y el 1% opinó que si aumentarían las impugnaciones.

9. ¿Considera usted que con la elaboración de este instructivo se reducirá las solicitudes de suspensión de ejecución de la sentencia cuya finalidad es dilatoria?

Tabla 11

<u>Respuesta</u>	<u>Cantidad</u>	<u>Porcentaje</u>
Si	24	6%
Medianamente	52	13%
No	315	81%
Total	391	100%

Fuente: Encuestas

Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

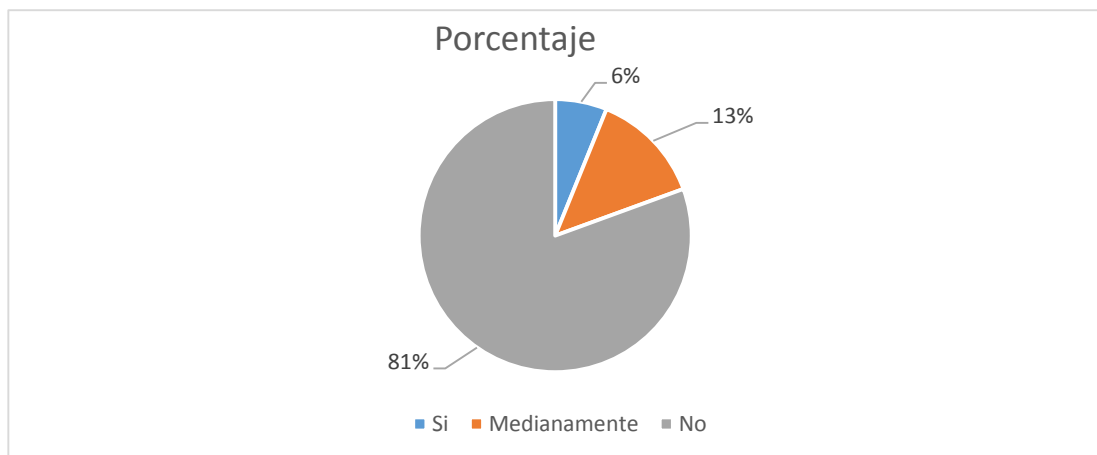


Gráfico 9

Análisis

El 81% de los encuestados opinó que no se reducirán las solicitudes de suspensión de ejecución de la sentencia cuya finalidad es dilatoria; el 13% consideró que medianamente y el 6% opinó que sí.

10. ¿Considera usted que el instructivo debe contener como tiempo promedio de duración del proceso de recurso de casación el contemplado en el COGEP, para que en base a este tiempo se fijen los perjuicios que ocasiona a la contraparte por la demora en la ejecución de la sentencia?

Tabla 12

<u>Respuesta</u>	<u>Cantidad</u>	<u>Porcentaje</u>
Si	274	70%
Medianamente	63	16%
No	54	14%
Total	391	100%

Fuente: Encuestas

Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

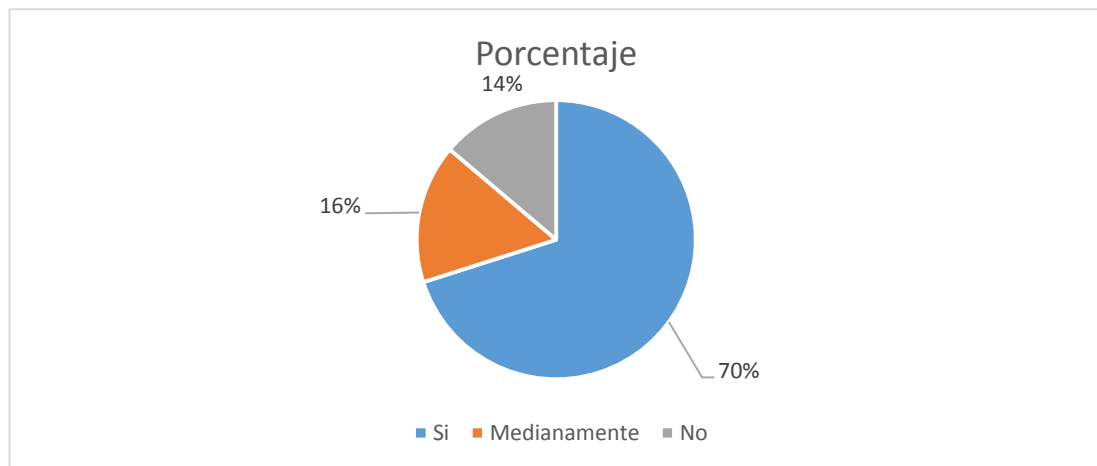


Gráfico 10

Análisis

El 70% de los encuestados opinó que el instructivo sí debe contener como tiempo promedio de duración del proceso de recurso de casación el contemplado en el COGEP; el 16% consideró que medianamente y el 14% opinó que no.

3.7.2. Resultados de entrevistas

Entrevista realizada a jueces de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial del Guayas:

a) Dr. Nelson Ponce Murillo; b) Dra. Adriana Mendoza; c) Dr. Ulises Torres; d) Dra. Dora Moreano Cuadrado y e) Dr. Iván Espinoza Pino

1.- ¿Con que frecuencia es solicitada la suspensión de la ejecución de la sentencia mediante la rendición de caución al interponerse recurso de casación?

a) De los casos en los que como juez ponente yo he resuelto y ante quien han presentado los recursos de casación; yo considero que en los que casos en que es necesario la suspensión de la ejecución, me imagino que un porcentaje de un cuarenta por ciento.

b) Realmente no es muy frecuente, las causas que se van a la Corte Nacional serán de un quince por ciento tal vez mucho menos.

c) No es muy frecuente.

d) En un cincuenta por ciento

e) Del cien por ciento de los casos, un treinta o cuarenta por ciento.

Análisis

De acuerdo a los entrevistados, tres de ellos consideran que es frecuente que se solicite la suspensión de la ejecución de la sentencia, en cambio dos de ellos consideran de acuerdo a su experiencia que no es tan frecuente.

2.- ¿Ante la falta de un instructivo que establezca el método para fijar el monto de la caución, existe algún parámetro legal que determine los montos a fijar?

a) Bueno, si no hay reglamento tampoco hay un parámetro legal. Los jueces hacemos simplemente, tratar de en cierta forma verificar cual es el monto en la obligación que se manda a pagar y de allí hacer un cálculo estimativo de cuál sería más o menos el perjuicio que tendría la parte ganadora de la causa por la suspensión de ese proceso.

b) Bueno realmente el artículo 271 del Código Orgánico General de Procesos refiere que el Tribunal correspondiente establecerá el monto de la caución al momento de expedir el auto que califica la oportunidad del recurso en el término máximo de tres días y refiere que tiene que rendir caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia pueda ocasionar a la contra parte, por lo tanto de acuerdo al monto estimativo de los daños y perjuicios que pudiera de alguna manera ocasionarse sobre eso es un estimativo que el Tribunal lo pone. No existe realmente una tabla fija, específica de los montos, porque justamente esta caución para la ejecución de la sentencia implica lógicamente un riesgo y por lo tanto el legislador ha previsto que tiene que justamente estimarse estos daños y perjuicios para poner la caución. Entonces no existe un juicio igual a otro eso dependiendo lógicamente de la sentencia y de los daños que pudiera ocasionar.

c) No hay por el momento.

d) Es una facultad del juez determinar cuál es el valor que se va establecer como caución.

e) No, realmente el parámetro legal no existe.

Análisis

De acuerdo a los entrevistados, no existe actualmente un parámetro legal para fijar el monto de la caución, por lo que, al hacerlo, establecen el monto en base a lo que contempla el artículo 271 del COGEP, es decir a la libre discrecionalidad del juez.

3.- ¿Qué parámetros usted considera al momento de fijar el monto de la caución?

a) Si yo he mandado a pagar una obligación de cien mil dólares, por ejemplo, yo le impondría del uno al dos por ciento, es decir unos dos mil dólares. Esto es facultad privativa del juez en virtud de que no existe el instructivo o reglamento.

b) Bueno siempre se fijará en un parámetro promedio, en cuanto a daños y perjuicios; siempre será dependiendo del caso.

c) Usualmente tomamos en cuenta el monto que viene sentenciado, condenado o mandado a pagar y de ese pues tomamos en consideración un veinte, treinta por ciento; de tal forma que sea el mecanismo por el cual se conmina a la parte a cumplir con la obligación del cual ya viene vencido en dos momentos.

d) La naturaleza de la causa y el monto.

e) Lo que si hay es un pronunciamiento de la Corte Nacional que en algún momento analizó sobre el tema de que una caución había sido excesivamente fijada; se presentó una acción que llegó a la Corte Constitucional y la cual se estableció el monto de la caución no puede ser tan excesivo que pueda vulnerar el derecho constitucional de las partes a poder recurrir una resolución, entonces si bien no tenemos el instructivo, consideramos en este caso la naturaleza del proceso, si es un ejecutivo u ordinario y establecemos una cuantía que no sea gravosa para que pueda cancelarla como caución la parte que recurrió y así pueda su recurso ser elevado a la Corte Nacional.

Análisis

Ante la falta de un instructivo, tanto el primer como tercer entrevistado aplican porcentajes sobre el monto ordenado a pagar para fijar el monto de la caución. El primer entrevistado aplica entre un uno o dos por ciento sobre el monto de lo ordenado a pagar en la sentencia y el tercer entrevistado de acuerdo a su criterio aplica entre el veinte o treinta por ciento sobre lo ordenado a pagar en la sentencia. El segundo, cuarto y quinto entrevistado indicaron que depende de la naturaleza de la causa y del monto ordenado a pagar en la sentencia. Esto deja en evidencia la diversidad de criterios para establecer este valor por parte de los jueces.

4.- ¿Considera usted que ante la falta de este instructivo, pueden darse casos en que se fijen montos excesivos que impida al recurrente consignar la caución o montos ínfimos que no permitan cubrir los perjuicios por la demora en la ejecución de la sentencia?

a) Puede darse, pero ya eso responde a una situación subjetiva del juez. No olvidemos que quien fija la caución es el juez, y en este caso por tratarse de procesos que van en casación lo fija realmente es el tribunal, que es conformado por tres jueces que componen ese tribunal. Entonces podrían entenderse que se den esos casos, pero tratamos nosotros de que siempre se vea el menor perjuicio posible realmente.

b) Bueno yo creo que los jueces, al menos aquí en la Sala de lo Civil, son jueces que tienen muchos años de experiencia aquí en la Sala, ganadores de concursos; son jueces muy probos y por lo tanto ninguno tiene el ánimo de alguna manera causar o poner un monto que sea totalmente desacertado porque la ecuanimidad y la ponderación de los jueces impide que sean excesivos en cuanto a aplicar un monto que una de las partes no pueda pagar.

c) Claro, podría darse la circunstancia en donde el juez por su poca experiencia fije montos excesivos sin razón justa.

d) Si, porque pudiera ser que en esa facultad discrecional que tiene el juez, se exceda al establecer un porcentaje alto, tornando difícil para la parte no poder consignar. Al no existir en el proceso un parámetro de cuantos días va a tardar el trámite en la Corte Nacional y en que afecta esto a la parte, pudiera ser un valor que no es real.

e) Claro, pueden darse esos casos, porque ya queda a criterio de los jueces del tribunal y entonces puede ser en algún momento en ocasiones un tanto subjetivo el tema, al no establecerse un rango o parámetros para fijarlo.

Análisis

Cuatro de los cinco entrevistados indicaron que si hay la posibilidad de que se fijen cantidades tanto excesivas como ínfimas, por la facultad privativa que tienen los jueces. Esto, de acuerdo al segundo entrevistado, se puede dar también por la falta de experiencia de algunos jueces. Por otra parte, el primer y quinto entrevistado manifestaron que se puede dar esta posibilidad por lo subjetivo del tema al no haber el respectivo instructivo que fije los parámetros a seguir.

5.- ¿Es frecuente que las partes procesales impugnen el monto de la caución por considerarlos excesivos o ínfimos?

a) Si lo han hecho, pero muy poco; al menos en mi despacho una sola vez me han pedido, diciéndome que por cuestiones económicas que no puede, se ha indicado nada más. En este tipo de impugnaciones yo me he ratificado.

b) Como le indiqué es mínimo el porcentaje en que se solicita suspensión de la ejecución de la sentencia al rendir caución y por lo tanto no es muy frecuente.

c) Si, usualmente la objetan y cuando la objetan esgrimen razones de pobreza de excesiva cantidad del monto.

d) En mi caso específicamente, solo hubo una ocasión en que había una señora que decía que estaba en una situación económica muy precaria y que le era imposible consignar el monto pese a que era bastante bajo y le dispuse a ella que demostrara que estaba en esa situación para poder bajarle porque no había otra alternativa y ella no lo hizo. Normalmente en el procedimiento escrito muchas veces las partes presentaban el recurso de casación como mecanismo dilatorio y realmente sin esperanzas de tener éxito y ellos por ejemplo cuando estaban motivados más para dilatar que por conseguir el recurso, en esos casos específicamente no ofrecen caución porque saben que la van a perder.

e) No es frecuente. No tratamos de hacerlos muy altos los montos, porque tampoco se trata de impedir el derecho a recurrir y tampoco es una indemnización, si bien cierto es por el tiempo, por la demora que se va a llevar el proceso en la Corte Nacional, pero hoy en día los procesos regresan pronto de la Corte Nacional, ya no es como antes que demoraban; hoy en día un proceso puede estar después de dos meses de regreso de la Corte Nacional; entonces ya no es el tiempo que antes se demoraba por lo que no hay como fijar un monto excesivo.

Análisis

Los entrevistados coinciden en que no es muy frecuente que las partes impugnen el monto de la caución.

6.- ¿Qué fundamentos utiliza usted para motivar su providencia al momento en que una de las partes procesales no está conforme con el monto de la caución?

a) Indico que en primer lugar la caución es una facultad privativa del juez y segundo una vez que se dicta ese valor como caución se tiene que cumplir dentro del término que prevé la norma y eso es improrrogable.

b) Bueno lo predispone la misma ley en el artículo 271 porque ahí habla que el Tribunal establecerá el monto, por lo tanto, es facultativo del Tribunal poner el monto de acuerdo a los daños y también es imperativo que el Tribunal ponga el monto porque es mandatorio, lo dice la ley.

c) Usualmente, una de ellas es las razones por las que el usuario vencido debe cumplir lo mandado a pagar sobre la base de que la decisión judicial en la voz del juez debe ser cumplida. Esa caución tiene como propósito conminarlo a pagar, porque en el evento de no conminarlo a pagar siendo que ya viene vencido en dos momentos este tiene como propósito dilatar para precisamente no pagar.

d) Antes de que yo fije una caución yo tomo en consideración que tipo de proceso es y cuál es la cuantía de la demanda; por ejemplo, si se trata de un cobro de cánones de arrendamiento y se puede hacer una valoración de cuantos meses pudiera tardar ese recurso por el canon de arrendamiento, ahí se facilitaría el establecer cuál va a ser el perjuicio, cuantos meses voy a dejar de cobrar. En otros casos, más que nada se trata de un porcentaje racional de la cuantía.

e) El fundamento te lo da la propia parte, porque es la parte que tiene que solicitar la suspensión de la ejecución de la sentencia y ellos tienen que ofrecer, rendir caución. Entonces son ellos los que nos faculta porque nosotros no lo hacemos de oficio sino que ante el pedido de ellos es que lo hacemos, eso es lo que nos faculta.

Análisis

Cuatro de los cinco entrevistados indicaron que al motivar su providencia en el caso de que alguna de las partes impugne el monto de la caución, manifiestan que es potestad privativa del juez, haciendo mención del artículo 271 del COGEP. La cuarta entrevistada manifiesta que hace mención de los parámetros usados al momento de haber fijado determinada cantidad.

7.- ¿Cree usted que con la elaboración de un instructivo en el que se establezcan los parámetros para fijar el monto de la caución aumentarían las impugnaciones a los montos de las cauciones?

a) Entendería que si ya existen unos parámetros establecidos y esos parámetros son socializados por los abogados y por las partes no habría problemas y si hay una tabla en la que me dicen si una cuantía es de cien mil para arriba pagan un tanto por ciento y si yo aplico eso evidentemente no hay ninguna forma de impugnar. Si hay un instructivo las partes tienen que cumplir.

b) Si hay el instructivo la gente tendría que someterse a eso por lo tanto no habría impugnaciones.

c) Yo creo que no.

d) Pudiera ser si es que los montos que se establecen son muy altos, asumo que obviamente si va a ver una queja, pero si son montos manejables que no sean muy excesivos no creo.

e) No, porque ya estarían fijados los parámetros por el instructivo y la gente de antemano va a saber que si está dentro de este rango va a tener que pagar tanto y van a pagar y para mi criterio no va haber impugnaciones.

Análisis

Los entrevistados coincidieron en que las impugnaciones a los montos de las cauciones se reducirían aún más por cuanto las partes tendrían conocimiento previo y claro de los parámetros, por lo que tendrían la certeza de que el monto está conforme al instructivo.

8.- ¿Cree usted que la falta de este instructivo podría provocar que el recurrente no consigne el valor fijado como caución, por la inseguridad de no conocer de manera previa, clara y precisa los parámetros que llevaron al juez a fijar esta cantidad?

a) No lo creo porque finalmente terminan pagándolo y si no lo pagan se sienta una razón. Cuando no lo pagan no es porque sea mayor o menor el monto, sino que simplemente no lo cumplen así de sencillo.

b) Toda providencia, toda resolución debe de ser motivada, por lo tanto, la motivación tiene contemplar los hechos fácticos y también ser congruente con las normas legales y constitucionales por lo tanto los parámetros que el Tribunal considere que debe poner para establecer el monto de la caución tiene que justamente ser motivado en cuanto a porque lo pone.

c) El juez tiene que motivar, es decir dar las razones del porqué; entonces el juez no puede de ninguna manera antojadiza fijar como caución aquella cifra que le nació del estómago, sino que tiene fijar la caución sobre la base de lo que está resolviendo. Si se tratara de un juicio de inquilinato y el valor mandado a pagar por ejemplo diez mil dólares, es justo y razonable que el monto que mandare a fijar como caución asegure una porción del pago, no en su totalidad, pero una proporcional que lo conmine aquel que está queriendo litigar a la Corte Nacional que lo conmine a pagar más adelante,

entonces razonable veinte o treinta por ciento. Otra fórmula que usualmente acostumbramos es cuando se trata de bienes inmuebles y las partes oportunamente agregaron al expediente las cartas de impuesto predial urbano, entonces ahí tenemos un valor que no lo fija cualquier entidad sino que es el municipio, y el municipio entonces nos dice que el bien inmueble ubicado en la calle “a” con la calle “x” tiene un valor promedio de cien mil dólares y sobre ese valor le vamos a poner diez mil dólares en base de que ese bien inmueble que está en disputa tiene un valor de cien mil dólares, la caución fijémosla en un diez o veinte por ciento, calculado en base de eso.

d) Es que la motivación que tiene las partes para ofrecer caución radica en el hecho de que no quieren que se ejecute la sentencia, entonces si ese es el objetivo principal, va a haber una predisposición de depositarlo sea cual sea el monto.

e) No ha ocurrido, porque lo hacen, si consignan. Hoy en día lo están haciendo sin la existencia de instructivo alguno lo hacen, porque lo que quieren es beneficiarse de la no ejecución de la sentencia, porque el tema es que, sino consigno, no rindo caución y se ejecuta; entonces ellos lo que no quieren es que se ejecute y ellos mismos solicitan que se fije la caución para que se suspenda la ejecución.

Análisis

El primer, cuarto y quinto entrevistado, consideran que independientemente del monto de la caución, la necesidad de suspender la ejecución de la sentencia es lo que lleva al recurrente a consignar. El segundo y tercer entrevistado consideran que si la providencia está bien motivada el recurrente no tendría inconveniente en consignar la caución.

9.- ¿Está usted de acuerdo que es necesario, en base a lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 264, numeral 16 que el Consejo de la Judicatura, dicte un instructivo para la fijación del monto de la caución a aplicarse en el recurso de casación?

a) Evidentemente

b) Si

c) Si es obligación legal, si correspondería.

d) Si, tanto es así que cuando ingresé a laborar como jueza provincial y al conocer que no existía el instructivo, para confirmar si existía o no solicité a la presidencia de la Corte y obtuve como respuesta que no había ningún instructivo, no había ningún reglamento y que aplicáramos la facultad discrecional que teníamos para establecer la caución.

e) Debe hacerse, sería bueno que se lo haga.

Análisis

Todos los entrevistados coinciden es que es necesario la elaboración de un instructivo que establezca los parámetros para fijar adecuadamente el monto de la caución.

10.- ¿Cree usted que con la elaboración de este instructivo se reducirá las solicitudes de suspensión de ejecución de la sentencia cuya finalidad es dilatoria?

a) No lo considero dilatoria porque al no haber un instructivo no hay otro parámetro para determinar si es o no dilatorio.

b) Si el instructivo es válido en cuanto al establecer montos de tal rango a tal rango se pondrá tanto y de tal rango a tal rango se pondrá tanto de caución, pienso que sería

muy viable y de alguna manera ayudaría a la administración de justicia para legitimar más su actuación en cuanto a la resolución que pudiera tomar el Tribunal.

c) Si, por supuesto.

d) No siempre es dilatoria.

e) No creo.

Análisis

Tres de los cinco entrevistados consideran que solicitar la suspensión de la ejecución de la sentencia no tiene fines dilatorios, pero tanto la segunda como el tercer entrevistado consideran que si podría mejorar la eficiencia de la administración de justicia.

3.7.3 Resultados del análisis de las estadísticas de causas ingresadas en las Salas Especializadas de lo Civil y Laboral de la Corte Provincial del Guayas

Además de las técnicas de investigación como la encuesta y entrevistas previamente analizadas, se obtuvo datos mediante la solicitud de estadísticas dirigida al Consejo de la Judicatura en la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística; sobre las causas ingresadas en las Salas Especializadas de lo Civil y Laboral de la Corte Provincial del Guayas y sobre las cuales se haya interpuesto recurso de casación; en el periodo comprendido entre el 22 de mayo del 2015 al 22 de mayo del 2018 dando un total de 1579 causas ingresadas las cuales se encuentran organizadas de la siguiente manera:

Tabla 13

Número de causas Ingresadas en la Corte Provincial del Guayas

<u>Sala Especializada</u>	<u>NO-COGE</u>	<u>COGE</u>	<u>Total</u>
Civil	190	94	284
Laboral	963	332	1295

Nota: Las causas corresponden a los periodos comprendidos entre el 22/5/2015 y 22/5/2018

Fuente: Consejo de la Judicatura

Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

Análisis

En este cuadro podemos observar las causas que se tramitaron con el Código de Procedimiento Civil y las causas que se sustanciaron con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos. Esta división se la realiza por cuanto uno de los parámetros a tomar en consideración al momento de establecer el monto de la caución es el tiempo en la demora en la ejecución de la sentencia, por ende al pasar de un sistema procesal que predominaba lo escrito el cual regía con el Código de Procedimiento Civil hacia un sistema procesal en la que se aplica el principio de oralidad con el Código Orgánico General de Procesos y por lo tanto se promueve la celeridad en la sustanciación de las causas, se entiende que el tiempo en la tramitación de estas se reduciría y consecuentemente se fijaría una cantidad menor como caución.

3.7.3.1 Causas en las que se solicitó suspensión de la ejecución de la sentencia al interponer recurso de casación

De las causas anteriormente expuestas corresponde ahora indicar en cuantas de ellas se solicitó la suspensión de la ejecución de la sentencia mediante el ofrecimiento de caución, el cual es el tema principal de la presente investigación.

De las 1579 causas ingresadas se solicitó la suspensión de la ejecución de la sentencia en 376 causas organizadas de la siguiente manera.

Tabla 14

Número de causas en la que se solicitó la suspensión de la ejecución de la sentencia

<u>Sala Especializada</u>	<u>NO-COGE</u>	<u>COGE</u>	<u>Total</u>
Civil	48	26	74
Laboral	223	79	302

Nota: Las causas corresponden a los periodos comprendidos entre el 22/5/2015 y 22/5/2018

Fuente: Consejo de la Judicatura

Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

Análisis

Es decir que del 100% de las causas analizadas se solicitó la suspensión de la ejecución de la sentencia en el 24% de los casos. A pesar de que no es un porcentaje considerable podemos observar que el derecho por parte del recurrente a evitar que una sentencia que considere que la causa agravo por contener error de derecho sea ejecutada, está siendo ejercido por parte de los sujetos procesales independientemente de la existencia o no de un instructivo que les permita conocer de manera previa, clara y pública los parámetros que usa el tribunal para fijar el monto de la caución.

3.7.3.2 Causas en las que el recurrente consignó o no el monto de la caución

Otro de los puntos a analizar es el número de causas en las que a pesar de haberse fijado el monto de la caución en cuantos de estas causas se consignó y en cuantas no se consignó.

Tabla 15

Número de causas en las que se consignó el valor de la caución

<u>Sala Especializada</u>	<u>Consignó</u>	<u>No consignó</u>
Civil	60	14
Laboral	269	33

Nota: Las causas corresponden a los periodos comprendidos entre el 22/5/2015 y 22/5/2018

Fuente: Consejo de la Judicatura

Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

Análisis

De acuerdo a los números expuestos observamos que en las causas en las que se solicitó suspender la ejecución de la sentencia y que posteriormente el Tribunal correspondiente fijó el monto de la caución, nos encontramos con la situación de que no siempre es consignado el valor establecido.

3.7.3.3. Montos fijados como caución en las causas laborales y civiles

Uno de los aspectos esenciales de la presente investigación es referente a los montos fijados por los jueces de los Tribunales de la Corte Provincial; facultad que le es otorgada debido a lo establecido en el artículo 271 del Código Orgánico General de Procesos. A pesar de que el Código Orgánico de la Función Judicial incluye entre su normativa como función del pleno la elaboración del instructivo para determinar los parámetros a considerarse al fijar el monto de la caución, esto hasta la presente fecha no se ha realizado; lo que consecuentemente ha conllevado que los jueces apliquen una diversidad de criterios al establecer el valor a consignar por parte del recurrente generando una serie de inconvenientes que serán analizados posteriormente. En las siguientes tablas observaremos, tanto en las causas laborales como civiles y a su vez de estas las que se tramitaron con el Código de Procedimiento Civil y las que se tramitaron posteriormente con el Código Orgánico General de Procesos; la condena que dictó el Tribunal y así mismo el monto de la caución que se fijó, con el objetivo de verificar si existe relación entre la condena y la caución y si influye que se haya tramitado con un código procesal distinto.

Tabla 16

Condenas y Montos Fijados como Caucción en Juicios Laborales

<u>Laboral NO-COGE</u>			<u>Laboral COGEP</u>		
<u>ID Juicio</u>	<u>Condena</u>	<u>Caucción</u>	<u>ID Juicio</u>	<u>Condena</u>	<u>Caucción</u>
0931820140006	\$969,63	\$45	09359201701955	\$769,65	\$40
0935220140750	\$1.033,82	\$123,40	09359201603052	\$928,40	\$46
09359201601248	\$1.253,58	\$65	09334201600817	\$1.340,80	\$325
0935820120603	\$1.284,64	\$120	09359201603123	\$1.776,48	\$90
0935420140383	\$1.568	\$36	09359201700852	\$2.030,43	\$70
09359201601438	\$1.573,60	\$400	09359201700945	\$2.823,32	\$60
09359201600771	\$1.672,95	\$80	09359201602815	\$2.892,23	\$140
09319201600159	\$2.814,42	\$1.400	09315201600662	\$2.903,05	\$55
09359201601369	\$2.832	\$142	09359201701313	\$2.908,84	\$150
09359201503044	\$5.023,75	\$250	09359201701075	\$3.107,88	\$250
09359201501608	\$5.135,72	\$80	09359201701215	\$3.968,56	\$200
0935120140755	\$5.771	\$500	09359201701886	\$4.263	\$200
0935120140805	\$6.411	\$105	09359201700190	\$4.867,92	\$131
0935920150966	\$6.657,81	\$340	09359201602931	\$5.773,25	\$865,98
09359201502772	\$8.047	\$400	09359201701046	\$5.971	\$290
0935420121133	\$8.346,23	\$200	09359201701438	\$6.118,20	\$300
09359201501870	\$13.438,46	\$672	09359201700663	\$7.326,57	\$200
09359201502793	\$14.026,50	\$300	09359201604133	\$7.767,41	\$70
09359201504481	\$15.000	\$800	09359201701666	\$7.900	\$395
09359201602222	\$15.065,72	\$590	09359201701120	\$8.054,37	\$400
09359201504251	\$15.068,89	\$753	09359201702471	\$9.964,52	\$500
0935520140126	\$16.230	\$1.600	09359201603318	\$10.003,82	\$500
0935820120298	\$17.695,82	\$600	09359201700880	\$10.165,65	\$101,65
09359201600741	\$18.000	\$950	09359201701178	\$11.855,50	\$600
0935820120536	\$19.044,08	\$384	09330201600507	\$11.922	\$180
0935120130816	\$19.143,07	\$950	09359201700292	\$11.924,92	\$95
09359201504041	\$20.061,81	\$1.203	09359201603325	\$13.969,26	\$690
09333201500307	\$21.240	\$500	09330201600625	\$19.958,33	\$500
09359201503704	\$22.230,82	\$1.111	09359201700660	\$20.174,32	\$1.010
0935420140137	\$22.565,06	\$565	09359201602795	\$22.436,11	\$1.122
0935420130427	\$23.558,91	\$1.000	09359201702561	\$23840	\$298
0931820150290	\$23.730	\$500	09359201702313	\$30.258,06	\$1.500
09359201501652	\$143.980,37	\$851	09359201700463	\$46.971,25	\$400
09359201505476	\$228.777,16	\$12.000	09359201603093	\$140.609,92	\$7.030,49

Nota: De las 302 causas en los juicios laborales en la que se solicitó la suspensión de la ejecución de la sentencia se tomaron los que reflejaban una diferencia considerable en cuanto al monto de la caucción.

Fuente: Consejo de la Judicatura
Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

Tabla 17**Condenas y Montos Fijados como Caucción en Juicios Civiles**

<u>Civil NO-COGE</u>			<u>Civil COGEP</u>		
<u>ID Juicio</u>	<u>Condena</u>	<u>Caucción</u>	<u>ID Juicio</u>	<u>Condena</u>	<u>Caucción</u>
0940620150004	\$1.367	\$180	09332201702023	\$350	\$100
09332201513625	\$1.746,17	\$115	09332201702383	\$2.800	\$500
09406201501036	\$1.980	\$330	09332201609488	\$3.450	\$300
09332201463897	\$4.769,98	\$300	09332201700976	\$5.500	\$400
09330201500823	\$4.892,83	\$200	09332201609503	\$7.174	\$660
09332201417610	\$5.262,10	\$500	09332201611857	\$10.000	\$500
0932020140248	\$8.000	\$500	09319201700174	\$13.105,50	\$400
0933020150169	\$9.877,80	\$500	09332201610621	\$13.586,57	\$1.000
09332201511687	\$9.953,04	\$300	09332201701786	\$15.269,72	\$600
0933220146480	\$10.104,11	\$500	09332201610610	\$52.241,90	\$1.200
09332201411139	\$10.381,47	\$500	09332201700083	\$79.350	\$1.500
0933220140677	\$11.212,77	\$500	09332201607462	\$85.900	\$4.000
0933220151795	\$14.760	\$738	09332201611440	\$118.210,38	\$2.500
0933220149797	\$15.124,60	\$350	09332201610609	\$185.160	\$1.200
0931820140934	\$15.600	\$300	09335201600358	\$230.000	\$2.500
09332201454216	\$22.322,67	\$800	09332201610000	\$367.191	\$1.000
09332201508176	\$47.199,32	\$400			
09332201510226	\$57.600	\$2.800			
09335201500781	\$60.000	\$1.200			
0933220141033	\$112.768,51	\$2.000			
0933220146785	\$174.322,50	\$5.000			
09332201509180	\$681.491,98	\$3.000			
09332201441770	\$5.333.333,33	\$3.000			

Nota: De las 74 causas en los juicios civiles en la que se solicitó la suspensión de la ejecución de la sentencia se tomaron los que reflejaban una diferencia considerable en cuanto al monto de la caucción.

Fuente: Consejo de la Judicatura

Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

Tabla 18

Condenas y Montos Fijados como Caución en Juicios Civiles de sobre bienes inmuebles

<u>Civil NO-COGE</u>			<u>Civil COGEP</u>		
<u>ID Juicio</u>	<u>Condena</u>	<u>Caución</u>	<u>ID Juicio</u>	<u>Condena</u>	<u>Caución</u>
0927220140487	Restituir bien inmueble superficie 211,78 m2	\$250	09332201607948	Restituir bien inmueble superficie de 900 m2	\$100
09326201500457	Restituir bien inmueble superficie 35,91 hectáreas	\$500	09332201608204	Restituir bien inmueble superficie 240 m2	\$500
09332201427253	Restituir bien inmueble superficie 97,41 m2	\$600			
09332201428647	Restituir bienes inmuebles superficie 225 m2 y 200 m2	\$1.000			
09332201412804	Expropiación (bien \$553.766,98)	\$3.000			
09332201453447	Restituir bien inmueble superficie 420 m2	\$1.000			
09332201464629	Restituir bien inmueble superficie 142,78 m2	\$300			
0933220147080	Restituir bien inmueble superficie de 320 m2	\$400			
09334201502200	Restituir bien inmueble bien superficie 327,50 m2	\$1.000			

Nota: De las 74 causas en los juicios civiles en la que se solicitó la suspensión de la ejecución de la sentencia se tomaron los que reflejaban una diferencia considerable en cuanto al monto de la caución.

Fuente: Consejo de la Judicatura
Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

Análisis

De los datos mostrados podemos observar principalmente que no existe un criterio generalizado por parte de los jueces, tanto de la Sala Especializada de lo Laboral como la de lo Civil, al momento de fijar el monto de la caución. Vemos un claro ejemplo en el proceso laboral 09334201600817 en el que se condenó a pagar la cantidad \$1340,80 y se fijó como caución el valor de \$325, mientras que en el proceso

laboral 09359201603123 se condenó a pagar la cantidad de \$1.776,48 y se fijó un valor de \$90. Así mismo en el proceso laboral 09359201700663 se condenó a pagar \$7.326,57, fijándose como caución \$200, y en un valor de condena similar de \$7.767,41 en el proceso laboral 09359201604133, se fijó como caución \$70. En materia civil la situación es similar, en el proceso 09332201702383 se condena a pagar la cantidad de \$2800 y se fija como caución \$500, en cambio en el proceso 09319201700174 donde se ordena el pago de \$13.105,50 se fija como caución \$400. Estos son solo un par de ejemplos de entre varios que se puede observar en la tabla mostrada con anterioridad, lo que demuestra una falta de seguridad jurídica al desconocer exactamente que parámetros toman en consideración los jueces de la Corte Provincial para fijar los valores de la caución generando una falta de coherencia. Uno de los parámetros principales para fijar el monto de la caución que se menciona tanto en las providencias revisadas como en las respuestas dadas en las entrevistas, es el del tiempo que se demora al sustanciar el recurso de casación en la Corte Nacional, así mismo se indica que actualmente con este nuevo sistema procesal en el que se aplica el principio de oralidad, y a diferencia del sistema procesal escrito a través del Código de Procedimiento Civil, el recurso de casación tarda menos en resolverse y por lo tanto las cauciones que se deben fijar son menores. Sin embargo, de la revisión de las estadísticas, podemos observar que tampoco se suele utilizar este criterio, para lo cual tenemos el proceso laboral 0935420121133 que se tramitó previo al COGEP, en el cual se ordenó pagar \$8.346,23 fijándose como caución \$200; mientras que en el proceso laboral 09359201701120 que se sustanció con el COGEP, se condenó a pagar \$8.054,37, para lo cual se fijó como caución \$400. En cuanto en el proceso civil 0933220149797 tramitado previo al COGEP, se condenó al pago de \$15.124,60 fijándose caución de \$350, mientras que en el proceso civil 09332201610621

sustanciado con el COGEP la condena fue de \$13.586,57 y se fijó \$1000 como caución.

3.7.3.4. Impugnación ante el monto fijado como caución

Un tema importante es el de los argumentos que exponen los jueces al momento en que una de las partes procesales impugna el monto de la caución, es así que previo a analizar este aspecto, indicaremos en cuántos casos se impugnó este valor.

Tabla 19

Número de causas en las que se impugnó el monto de la caución

<u>Sala Especializada</u>	<u>No impugnó</u>	<u>Impugnó</u>
Civil	68	6
Laboral	295	7

Nota: Las causas corresponden a los periodos comprendidos entre el 22/5/2015 y 22/5/2018

Fuente: Consejo de la Judicatura

Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

Análisis

El número de impugnaciones que las partes procesales realizaron en contra del monto de la caución es mínimo, a pesar de esto de los casos revisados, la falta de un instructivo impide que las partes puedan tener como fundamentos jurídicos a la hora de exponer al juez las razones por las cuales no se debió fijar esa cantidad sino otra más adecuada. Es por esto que, ante esta falencia, los argumentos que expone especialmente el recurrente son meramente subjetivos, es decir, razones como la mala situación económica del país, falta de recursos económicos del recurrente, etc. Lo que conlleva a que el tribunal rechace esas impugnaciones y se mantenga el monto fijado perjudicando a las partes por no tener a su disposición argumentos necesarios para poder rebatir los fundamentos del tribunal.

3.7.3.5. Motivación por parte de los jueces ante la impugnación de las partes sobre el monto de la caución

En la tabla anterior verificamos la mínima cantidad de impugnaciones que se realizan ante la providencia que califica el recurso de casación en la cual se fija el monto de la caución. Pero es importante observar cual es la motivación de los jueces ante estas impugnaciones, porque recordemos que la Constitución indica en su artículo 76 numeral 7 literal m el principio de motivación mediante el cual los jueces no solo deben enunciar las normas jurídicas en que se funda, sino que se debe explicar la pertinencia de su aplicación a los hechos, lo que consecuentemente se vulneraría este principio constitucional. Es por esta razón que analizaremos las providencias en las que los jueces motivaron su rechazo a las impugnaciones de los montos de la caución realizada por las partes procesales.

Tabla 20

Motivación de los jueces en los casos en que se impugnó el monto de la caución

<u>Número de causa</u>	<u>Motivación</u>
09319201600159	Solo hace mención a la norma
09330201600625	Solo hace mención a la norma
09335201600358	Solo hace mención a la norma
0935920151193	Solo hace mención a la norma
0935920150966	Solo hace mención a la norma
09319201700174	Solo indica que es potestad de los juzgadores fijar el valor
09332201509180	Solo indica que es potestad de los juzgadores fijar el valor
09359201700329	Solo indica que es potestad de los juzgadores fijar el valor
09332201610000	Solo Indica que el monto fijado obedece a los perjuicios por la demora
09334201502200	Solo Indica que el monto fijado obedece a los perjuicios por la demora
09359201501203	Solo Indica que el monto fijado obedece a los perjuicios por la demora

Fuente: Consejo de la Judicatura
Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

Análisis

De las causas antes expuestas podemos observar que no se cumple con el principio de motivación respecto a las providencias en las cuales los tribunales resuelven las impugnaciones a los montos de la cauciones realizadas por las partes procesales, por cuanto en ningún caso se mencionó cual fue el procedimiento aplicado para obtener el valor fijado como caución, solo se limitan a indicar que es potestad de los jueces fijar el monto debido a la falta de un instructivo; en otros casos solo hacen mención de la norma que actualmente es el artículo 271 del COGEP; también se utiliza como argumento para motivar el hecho de que el monto fijado si cumple con asegurar los perjuicios por la demora en la ejecución de la sentencia y por último que existe un criterio generalizado de aplicar determinado porcentaje sobre el valor ordenado en la sentencia para establecer el monto de la caución. Todos estos argumentos son insuficientes para explicar las razones de los valores fijados como caución vulnerando a las partes su derecho constitucional de protección en cuanto a una de las garantías básicas del debido proceso el cual es el principio de motivación.

3.7.3.6 Problemas adicionales hallados al momento de fijar el monto caución

Al observar las causas en las cuales se solicitó la suspensión de la ejecución de la sentencia mediante la rendición de caución, se observó problemas que va más allá del monto fijado de la caución. Anteriormente se habló respecto de las sentencias en las que no se requiere de la suspensión de la ejecución por cuanto no hay nada que ejecutar, esto es en los procesos en que se dicten sentencias meramente declarativas. Habíamos mencionado que la pretensión del actor en estos procesos se satisface con la sola ejecutoria de la sentencia en la que se declara la certeza del derecho litigado, como por ejemplo en los casos de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. En las siguientes tablas expondremos las causas en que el Tribunal aceptó la solicitud de suspensión de la ejecución de la sentencia fijando caución al respecto.

Tabla 21

Causas con procesos meramente declarativos

<u>Civil COGEP</u>	<u>Caución</u>	<u>Consignó</u>
09326201700285	\$300	Si
09330201600392	\$1500	Si

Fuente: Consejo de la Judicatura
Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

Tabla 22

Causas con procesos meramente declarativos

<u>Civil NO-COGE</u>	<u>Caución</u>	<u>Consignó</u>
0931520110143	\$200	Si
0933220142545	\$292	Si

Fuente: Consejo de la Judicatura
Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

Además, otro tema que preocupa es a parte del inconveniente de que se fije caución para suspender la ejecución de una sentencia meramente declarativa, es que se encontró causas en las que se dictaron sentencias desestimatorias e inhibitorias y de

estas se solicitó la suspensión de su ejecución, cuando podemos decir no hay exactamente nada que ejecutar. Sería subsanable esta preocupación si los jueces inadmitiesen este tipo de solicitudes que llega al punto de lo absurdo, pero increíblemente el Tribunal de una manera desafortunada fija monto de la caución y el recurrente la consigna.

Tabla 23

Causas con sentencias desestimatorias o inhibitorias

<u>Civil NO-COGE</u>	<u>Sentencia</u>	<u>Caución</u>	<u>Consignó</u>	<u>Casación</u>
09315201500160	Inhibitoria	\$100	Si	Inadmitió
09315201500246	Desestimatoria	\$150	Si	Pendiente por resolver
0931820140939	Inhibitoria	\$200	Si	Inadmitió
09332201430576	Desestimatoria	\$200	Si	Inadmitió
09332201411466	Desestimatoria	\$300	No	Pendiente por resolver
09332201415645	Inhibitoria	\$4000	No	Inadmitió
09332201434879	Desestimatoria	\$300	Si	Inadmitió
09332201435087	Desestimatoria	\$500	Si	Inadmitió
09332201451291	Inhibitoria	\$200	Si	Inadmitió
09332201464008	Inhibitoria	\$280	Si	Inadmitió
0933220148046	Desestimatoria	\$800	No	Inadmitió
09332201502381	Desestimatoria	\$300	Si	Pendiente por resolver
2033120130140	Desestimatoria	\$200	Si	Pendiente por resolver

Fuente: Consejo de la Judicatura

Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

Tabla 24

Causas con sentencias desestimatorias o inhibitorias

<u>Civil COGEP</u>	<u>Sentencia</u>	<u>Caución</u>	<u>Consignó</u>	<u>Casación</u>
09315201600667	Desestimatoria	\$500	Si	Inadmitió
09332201607565	Inhibitoria	\$200	Si	Inadmitió
09332201608293	Desestimatoria	\$100	Si	Inadmitió
09332201610734	Desestimatoria	\$1000	Si	Pendiente por resolver
09334201700209	Auto de abandono	\$400	No	Inadmitió

Fuente: Consejo de la Judicatura

Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

También se pudo observar como un inconveniente y a su vez un perjuicio al vencido en segunda instancia, es el hecho de que al interponer recurso de casación y solicitaba la suspensión de la ejecución de la sentencia, el juzgador fijaba el monto de la caución, sin advertir que la otra parte también recurrió la sentencia, y al emitirse la el fallo por parte de la Corte Nacional en la que inadmitía el recurso o no casaba la sentencia, se dispuso entregar a la contraparte la caución consignada por el vencido, aun cuando la contraparte también había recurrido la sentencia. por lo tanto esto no debió haber ocurrido, en base a la jurisprudencia emitida en el Registro Oficial No. 105 de fecha 11 de enero de 1999; Sentencia No. 102-98 por parte de la Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Laboral y Social, en la que en su parte pertinente indica: “Como en la especie, ambas partes litigantes han recurrido en casación, lo que evidencia interés mutuo en la tramitación del recurso y por lo mismo responsabilidad compartida en la demora, ni siquiera fue procedente la fijación de caución, peor su entrega al demandante, por lo que el valor respectivo deberá ser devuelto a la empresa accionada”.

Tabla 25

Causas en que las dos partes recurrieron la sentencia

<u>NO-COGE</u> P	<u>COGE</u> P
09359201504637	09359201701313
09359201600628	09359201701046
0935920150973	09359201701659
0935120140268	09359201602284
09359201501955	
0935820140330	
09359201600575	
0935120140805	
09359201505469	
0935320130068	

Fuente: Consejo de la Judicatura
 Elaborado: Cristian Suriaga Sanabria

Análisis

De acuerdo a las tablas antes expuestas podemos determinar que la falta del instructivo no solo genera inconvenientes respecto del monto que se debe fijar, sino que además con respecto a la pertinencia de la caución, es decir si es necesario fijar caución ante una sentencia meramente declarativa o en el peor de los casos ante sentencias desestimatorias o inhibitorias en donde no hay nada que ejecutar y por lo tanto no generará ningún perjuicio a la contraparte; o en el caso de que ambas partes recurrieron la sentencia, ocasionando si un perjuicio económico al recurrente al rendir una caución innecesaria y esta ser entregada a la contraparte de manera injusta. Además, esto demuestra que los jueces de la Corte Provincial fijan el monto de la caución en base a ningún parámetro, por cuanto lo hacen sin considerar ningún tipo de perjuicio a la contraparte que no recurrió debido a que no hay nada que ejecutar; provocando una total falta al principio seguridad jurídica y al principio de motivación.

4. CONCLUSIONES

Luego de la investigación realizada en el presente trabajo podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. Hasta la presente fecha, desde la promulgación de la Ley de Casación en el año de 1993, pasando por su reforma en 1997 donde se incluyó la disposición de que sea la ex-Corte Suprema de Justicia quien sea la encargada de elaborar un instructivo para la fijación del monto de la caución a aplicarse en el recurso de casación; llegando hasta la promulgación del Código Orgánico General de Procesos en el año 2015, el cual derogó a la Ley de Casación y de esta manera la disposición de crear este instructivo paso a ser una función del pleno del Consejo de la Judicatura; no se ha elaborado este instructivo.

2. Se pudo demostrar que la falta de un instructivo en el que se determinen los parámetros a seguir por parte de los jueces de la Corte Provincial, al fijar el monto de la caución, cuando se solicita la suspensión de la ejecución de la sentencia por parte de quien interpone recurso de casación en materia civil; vulnera el derecho a la seguridad jurídica, demostrado con la investigación documental en la que se recogió criterios de diversos autores que permitió entender que la seguridad jurídica radica en el hecho de la certeza, de tener conocimiento de normas de forma clara, previa y pública, y así mismo mediante este derecho que las personas pueden prever las consecuencias jurídicas, de antemano, de las decisiones judiciales a las que son sujetos y así mismo de conocer los derechos que les asisten.

3. Con la investigación de campo, se pudo comprobar que el criterio de los profesionales del derecho es que el 94% de ellos no está de acuerdo que los jueces de la Corte Provincial tengan amplias libertades para fijar el monto de la caución y por lo

tanto el 90% de los abogados considera que ante la falta de este instructivo se vulnera el derecho a la seguridad jurídica por no poder saber previamente los parámetros utilizados por los jueces al momento de fijar este monto.

4. Con las entrevistas realizadas a los jueces de la Corte Provincial, se pudo constatar que hay una diversidad de criterios al momento de fijar el monto de la caución, por lo que no hay una verdadera certeza tanto de conocimiento de legalidad como de previsibilidad respecto de los parámetros utilizados.

5. De acuerdo al análisis de las estadísticas de los casos en las que se suspendió la ejecución de la sentencia al interponerse recurso de casación, se pudo observar que no hay un criterio generalizado al establecer el monto de la caución; debido a que en sentencias de mayor condena se fijaban montos menores de caución, y en casos sentencias con menores condenas se fijaba un monto mayor.

6. Los jueces de la Corte Provincial, tienen el criterio de que la caución no debe ser un obstáculo para la interposición del recurso de casación por lo que procuran no fijar montos elevados para el recurrente; lo cual considero que no es el verdadero objetivo de la caución en el recurso de casación, por cuanto su finalidad es la de garantizar los perjuicios que la demora en la ejecución de la sentencia pueda ocasionar a la contraparte independientemente del valor fijado.

7. Tanto en la revisión de las estadísticas, como en las entrevistas realizadas se comprobó que los jueces de la Corte Provincial en su mayoría no motivan adecuadamente sus providencias, tanto al momento de fijar el monto de la caución como al momento de rechazar cuando una de las partes impugna el valor fijado. Los argumentos que recurrentemente se usan son:

- Hacer mención solo a la norma, artículo 271 del COGEP.

- Indicar que es potestad de los juzgadores fijar el valor
- Indicar que el monto fijado obedece a los perjuicios por la demora

8. De acuerdo a los abogados encuestados, el 96% considera que se violenta el principio de motivación; al momento en que una de las partes procesales impugna el monto de la caución y los jueces solo motiven su providencia haciendo mención únicamente del artículo 271 del COGEP y no explicando los parámetros que utilizaron para fijar la caución. Además, el 92% considera que con la elaboración de un instructivo los jueces motivarán mejor este tipo de providencias.

9. No solo se pudo demostrar inconvenientes respecto de los montos fijados por los jueces; sino que luego del análisis de las estadísticas se comprobó un perjuicio económico al recurrente debido a que se fijaban cauciones con el objetivo de suspender la ejecución de sentencias donde no había nada que ejecutar, por ejemplo:

- Sentencias declarativas
- Sentencias desestimatorias
- Sentencias inhibitorias

10. Respecto si se debe realizar el instructivo tal como lo establece el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 264 numeral 16; el 100% de los encuestados afirmaron que es necesario; de la misma manera los 5 jueces de la Corte Provincial coincidieron en que se debe elaborar el respectivo instructivo; con esto queda demostrado que es una necesidad imperante para evitar cualquier tipo de inconveniente a las partes procesales.

5. RECOMENDACIONES

Luego del análisis de la investigación realizada considero oportuno las siguientes recomendaciones:

1. La imperiosa necesidad de que sea elaborado por parte del Consejo de la Judicatura el respectivo instructivo para la fijación del monto de la caución a aplicarse en el recurso de casación.
2. Que se aplique de mejor manera la jurisprudencia respecto al tema de la caución en el recurso de casación emitida en el Registro Oficial No. 105 de fecha 11 de enero de 1999; Sentencia No. 102-98 por parte de la Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Laboral y Social la cual manifiesta de que no es necesario la fijación de caución cuando ambas partes recurren la sentencia de segunda instancia; por cuanto se entiende que hay una necesidad tanto del actor como del demandado de que no se ejecute una sentencia que posiblemente contenga un error de derecho, y por ende comparten la responsabilidad por la demora en la ejecución de la sentencia no habiendo ningún tipo de perjuicio.
3. Que se realice un mejor análisis por parte de los Jueces respecto de la pertinencia de la caución en los casos en que no sea necesario la fijación del monto a consignar, concretamente en las causas en donde no haya nada que ejecutar como por ejemplo en las sentencias: meramente declarativas, desestimatorias e inhibitorias.
4. Que hasta la elaboración del respectivo instructivo los jueces de la Corte Provincial en sus providencias en las que fijen el monto de la caución especifiquen el cálculo realizado para determinar dicho monto y no solo hacer mención del artículo 271 del Código Orgánico General de Procesos.

6. PROPUESTA

En base a las conclusiones y recomendaciones antes expuestas, para evitar una vulneración tanto al derecho a la seguridad jurídica como al principio de motivación, se debe establecer la mecánica jurídica a efecto de calcular el monto de la caución, que se debe consignar para suspender la ejecución de la sentencia en el recurso de casación; con la finalidad de que las partes tengan certeza del cálculo efectuado por el juez y a su vez este pueda motivar adecuadamente la providencia en la que fija el monto de la caución, o en el caso de que alguna de las partes impugne el monto fijado.

Para ello hemos considerado que el instructivo en su parte pertinente contemple el método para el cálculo del interés simple; esto en base a la jurisprudencia publicada en el Registro Oficial No. 101 de fecha 4 de Julio de 1997 por parte de la ex-Corte Suprema de Justicia – Segunda Sala de lo Civil y Mercantil en la sentencia No. 27-97, una de las que más detalla respecto a la caución en el recurso de casación; la cual indica que: «A ello debe añadirse que los “perjuicios” que se avalan no son otros que los generados por la demora o retardo en la ejecución del fallo que en tratándose de cantidades de dinero se traducen generalmente en intereses».

La fórmula para el cálculo del interés simple es la siguiente:

$$I = C * i * t$$

En la cual:

I = Interés

C = Capital

i= Tasa de interés

t = Tiempo

En base a esta fórmula y aplicando a las variables que se deben considerar al fijar el monto de la caución tenemos la siguiente fórmula:

$$\text{Caución} = \text{Importe de la condena} * \text{tasa activa referencial} * \frac{90 \text{ días}}{365 \text{ días}}$$

Descripción de variables en la aplicación de la fórmula:

El importe de la condena será en bases a las siguientes normas de graduación:

- a) Al importe de la condena, cuando se trate de prestaciones en dinero.
- b) Al valor de los bienes, cuando se demande la entrega de estos.

La tasa activa referencial, será la que establezca la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, tal como lo establece el artículo 14 numeral 23 del Código Orgánico Monetario y Financiero; la misma que será de conocimiento público mediante el acceso a la página del Banco Central del Ecuador.

El tiempo sobre el cual se efectuará el cálculo del monto de la caución se establecerá en 90 días que es el tiempo aproximado que indica el COGEP, para la sustanciación del recurso de casación. No se puede considerar un tiempo mayor, por cuanto a diferencia del sistema escrito efectuado con el Código de Procedimiento Civil derogado; actualmente estamos frente a un sistema judicial en el que se aplica el principio de oralidad, por lo tanto, el tiempo en la sustanciación de los procesos son menores.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri Rodriguez , A. (1983). *Teoría de las Obligaciones*. Bogotá : Librería del Profesional.
- Arias, F. (2012). *El proyecto de investigación*. Caracas: Editorial Episteme, C. A.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (20 de octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Recuperado el 24 de junio de 2018, de <http://www.lexis.com.ec/wp-content/uploads/2017/09/CONSTITUCION-DE-LA-REPUBLICA-DEL-ECUADOR.pdf>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (9 de marzo de 2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Recuperado el 10 de julio de 2018, de <http://www.lexis.com.ec/wp-content/uploads/2017/09/CODIGO-ORGANICO-DE-LA-FUNCION-JUDICIAL.pdf>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (22 de mayo de 2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Recuperado el 12 de junio de 2018, de <http://www.lexis.com.ec/wp-content/uploads/2017/09/CODIGO-ORGANICO-GNERAL-DE-PROCESOS-COGEPE.pdf>
- Cabanellas de Torres, G. (1998). *Diccionario Jurídico Elemental*.
- Calamandrei, P. (1945). *La casación civil*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.
- Carnelutti, F. (1997). *Biblioteca Clásicos del Derecho Procesal: Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Mexico D. F.: Mexicana.
- Chiovenda, G. (1997). *Biblioteca Clásicos del Derecho Porcesal: Curso de Derecho Procesal Civil*. Mexico D. F.: Mexicana.
- Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012). *Código General del Proceso*. Recuperado el 14 de Agosto de 2018, de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- Congreso de la República del Perú. (s.f.). *Código Procesal Civil*. Recuperado el 14 de agosto de 2018, de http://spij.minjus.gob.pe/Leg_Basica/spij_VerDemo1.asp?tipo=1&hdnCodigoPagina=01004

- Congreso Nacional de Chile. (s.f.). *Código de Procedimiento Civil*. Recuperado el 14 de agosto de 2018, de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740&idParte=0>
- Congreso Nacional del Ecuador. (24 de junio de 2005). *Código Civil*. Recuperado el 5 de julio de 2018, de <http://www.lexis.com.ec/wp-content/uploads/2017/09/CODIGO-CIVIL.pdf>
- Cornejo Aguiar, J. S. (2016). *Teoría general de los recursos y remedios procesales en el Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. Recuperado el 16 de julio de 2018, de <http://ebookcentral.proquest.com/lib/ulaicavrsp/detail.action?docID=5046112>
- Coronel Jones, C. (Noviembre de 1993). La Casación: Estudio introductorio. *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil*, 49-67. Recuperado el 28 de Junio de 2018, de https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1993/09/08_La_Casacion.pdf
- Cueva Carrión , L. (2014). *El Debido Proceso*. Ecuador: Cueva Carrión.
- Cueva Carrión, L. (2011). *La Casación en Materia Civil*. Ecuador: Ediciones Cueva Carrión.
- De la Plaza, M. (1944). *La casación civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Devis Echandía, H. (2004). *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- División Estudios Legislativos Cámara de Senadores República Oriental del Uruguay. (s.f.). *Código General del Proceso*. Recuperado el 14 de agosto de 2018, de <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/codigos?page=1>
- Duda Suscitada en Relación con el Contenido de la Disposición General Primera del Código Orgánico Integral Penal una vez que ha entrado en vigencia el Código Orgánico General de Procesos, Resolución No. 04-2016 (Corte Nacional de Justicia 23 de septiembre de 2016).
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Trotta S. A. Recuperado el 25 de Agosto de 2018, de

<https://ebookcentral.proquest.com/lib/ulaicavrsp/detail.action?docID=3209463&query=democracia+y+garantismo>

Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías*. Trotta S. A. Recuperado el 22 de Agosto de 2018, de

<https://ebookcentral.proquest.com/lib/ulaicavrsp/reader.action?docID=3219244&query=ferrajoli>

Flor Rubianes, J. (2015). *Teoría general de recursos*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. Recuperado el 16 de Julio de 2018, de

<http://ebookcentral.proquest.com/lib/ulaicavrsp/detail.action?docID=5046113>

García Falconí, D. (1998). *Manual Teórico Práctico en Materia de Casación Civil*. Quito: RODIN.

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014).

Metodología de la investigación. Mexico D. F.: McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S. A. DE C. V.

Juicio Civil, 27-97 (Corte Suprema de Justicia – Segunda Sala de lo Civil y Mercantil 13 de febrero de 1997).

Juicio investigación de paternidad (Corte Suprema de Justicia – Primera Sala de lo Civil y Mercantil 17 de junio de 1998).

Juicio Laboral (Corte Suprema de Justicia - Sala de los Social y Laboral 23 de junio de 1994).

Juicio Laboral, 102-98 (Corte Suprema de Justicia - Tercer Sala de lo Laboral y Social 17 de noviembre de 1998).

Martinez Roldán, L., & Fernández Suárez, J. (2005). *Curso de teoría del Derecho*.

Barcelona: Ariel S. A. Recuperado el 25 de Agosto de 2018, de

<https://ebookcentral.proquest.com/lib/ulaicavrsp/reader.action?docID=3160446&query=>

Naranjo Godoy, L. (2006). Consecuencias de la ejecución de la sentencia que ha sido impugnada en casación. *Revista de Derecho Universidad Andina Simón Bolívar*, 95-143. Recuperado el 26 de Junio de 2018, de

<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1507/1/RF-06-TC-Naranjo.pdf>

- Nuñez Santamaría, D. M. (2014). *La casación en el Estado Constitucional del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. Recuperado el 16 de julio de 2018, de <http://ebookcentral.proquest.com/lib/ulaicavrsp/detail.action?docID=4945362>
- Ossorio, M. (s.f.). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. (D. S. A., Ed.) Guatemala. Recuperado el 13 de Agosto de 2018, de https://conf.unog.ch/tradfraweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf
- Paz y Miño, O. (1991). *Caución en el Derecho Civil Ecuatoriano*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 16 de Agosto de 2018, de <http://dle.rae.es>
- Sarmiento, R. M. (2009). *Derecho Procesal Civil Práctico*. Guayaquil: Edilex S.A.
- Somarriva, M. (1943). *Tratado de las Cauciones*. Ediar-ConoSur Ltda.
- Tama, M. (2011). *El Recurso de Casación en la Jurisprudencia Nacional*. Guayaquil: EDILEX S. A.