



CARRERA DE DERECHO

Trabajo de Investigación de Análisis de Caso

**Previo a la obtención del título de: Abogado de los Juzgados y Tribunales de la
República del Ecuador**

Tema:

Causa No 13337-2018-00657 que sigue Clodovico Cevallos Cedeño y Johana Katherine Arbito Boccanedes en contra de Constructora e Inmobiliaria ESCOA Cía. Ltda. Representada legalmente por el Arq. Gonzalo Oswaldo Escobar Toala: “El debido proceso, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva en el juicio por daños y perjuicios”.

Autor:

Faraday Fabricio Farfán Linzán.

Tutor Personalizado:

Ab. Carlos Alberto Chavarría, Mgs.

Cantón Portoviejo - Provincia de Manabí - República del Ecuador.

2019 – 2020

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Faraday Fabricio Farfán Linzán, de manera expresa hace la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo de investigativo: Causa No13337-2018-00657 que sigue Clodovico Cevallos Cedeño y Johana Katherine Arbito Boccanedes en contra de Constructora e Inmobiliaria ESCOA Cía. Ltda. Representada legalmente por el Arq. Gonzalo Oswaldo Escobar Toala: “El debido proceso, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva en el juicio por daños y perjuicios”, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido realizada bajo su patrocinio institucional.

Portoviejo, 2 de marzo de 2020

Faraday Fabricio Farfán Linzán
C.C. 131090055-8
Autor

ÍNDICE

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....	II
ÍNDICE.....	III
INTRODUCCIÓN.....	IV
MARCO TEÓRICO.....	6
1.2. Principios Procesales.....	7
1.3. La celeridad como principio procesal.....	8
1.4. La garantía del debido proceso.....	9
1.4.1. La seguridad jurídica.....	10
1.4.2. La garantía al derecho a la defensa.....	11
1.4.3. La tutela judicial efectiva, como derecho fundamental.....	12
ANÁLISIS DE CASO.....	16
2.1. Análisis de los hechos.....	16
CONCLUSIÓN.....	56
BIBLIOGRAFÍA.....	61
ANEXOS.....	63

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se basa en el análisis de un proceso civil en el cual están inmersos ciudadanos quienes suscriben un contrato para la construcción de su vivienda con una empresa constructora, instrumento mercantil del cual no derivó problema alguno cumpliéndose con la entrega de la obra en los tiempos determinados.

Los demandantes procedieron a habitar la vivienda presentando de manera progresiva deterioro de manera inexplicable, ya que su construcción por el costo contratado debió de tener no solo una buena cimentación sino también acabados de primera, la constructora basó su explicación alegando que el terreno donde se construyó era de tierra inestable unido a ello que los demandantes habían realizado adecuaciones en el área del patio acondicionando jardineras sin las debidas precauciones de impermeabilización y que además existía infiltración de agua externa en el sector.

Los perjudicados interpusieron demanda en contra de la empresa constructora considerándolos como los responsables por una mala cimentación que provocó que la vivienda se deteriora a tal punto que no se pudo habitar porque corría el riesgo de colapsar, según estudios particulares que se fueron realizados.

En materia de procesos civiles nuestra normativa legal es muy objetiva señalando la procedencia o improcedencia de pretensiones, las mismas que deben de contar con parámetros sujetos a la ley.

Las partes litigantes en todo proceso deben de contar con la posibilidad de poder replicar las demandas interpuestas, otorgándosele a las partes procesales en los momentos oportunos la presentación de pruebas de cargo y de descargo que sean necesarias según lo determina la ley, con lo que se podrá permitir que las partes litigantes gocen de sus plenos derechos procesales, así como también se garantizará que no se vulneren las garantías básicas a un debido proceso.

En esta investigación se analizaron en todo su contexto las instancias judiciales y las decisiones que fueron tomadas, para poder llegar de esta manera a determinar el error incurrido y las consecuencias derivadas por ello.

MARCO TEÓRICO

1.1. Principios de la Función Judicial

Existe una marcada diferencia entre los principios de la administración de justicia que se encuentran normados en la Constitución y los principios de la función judicial determinados en el Código Orgánico de la Función Judicial.

Los principios de la función judicial establecidos en la Constitución se encuentran tipificados desde el Art. 172 al 176, los cuales señalan que los jueces como administradores de justicia están bajo sujeción de la Constitución así como también aplicarán sus resoluciones contemplarán lo determinado en los tratados internacionales y de derechos humano; cumplirán en sus procesos con el principio de debida diligencia; su negligencia, quebrantamiento a la ley o denegación de justicia será de su exclusiva responsabilidad y serán sancionados por el perjuicio que causen por estos actos en los procesos que estén bajo su competencia.

Todo acto administrativo de cualquier autoridad está sujeto a impugnación sea esta por la vía administrativa o por la vía judicial; en lo concerniente a su participación en la vida política están restringidos a hacerlo, así como tampoco podrán realizar proselitismo político o religioso; para ser servidor judicial debe estar debidamente capacitado y haber sido designado mediante concurso de méritos y oposición.

Ávila (2008)¹, sobre la administración de justicia y la función judicial concluye que existe una marcada separación, lo cual permite a la justicia fortalecerse como institucionalidad así como en derecho; pudiendo distinguirse entre la actividad netamente administrativa de la gubernamental, derivando todo ello en que los actores judiciales que actúen de manera proba y en sujeción a las normas implantan los pilares del derecho por principios y no solamente por norma, llegando a ser estos quienes logren fincar el derecho y ser garantistas de ello. (pág. 228)

1.2. Principios Procesales

De la Oliva (2002)², en su libro denominado el Derecho Procesal determina a los principios procesales como norma procesal que tiene como finalidad la de realizar de manera eficaz la tutela de las partes objetivas y subjetivas del derecho. (pág. 36)

La Constitución de la República (2008)³ en su Artículo 169 establece los principios procesales de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación y economía procesal, siendo estos el medio para la correcta realización de la justicia, y que permiten hacer efectiva las garantías del debido proceso. (pág. 95)

1 Ávila Linzán, Luis Fernando. (2008). *La Constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008, La Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito – Ecuador.

2 De la Oliva Santos, Andrés. (2002). *Derecho Procesal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. 2da. Edición. Madrid – España

3 Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial N° 449 20 - octubre - 2008. Montecristi- Ecuador. Editorial: Lexis

1.3. La celeridad como principio procesal

Este principio tiene como principal fundamento la obtención de una justicia eficaz y oportuna, en la que no existan aplazamientos y dilaciones injustificadas; descartando también aquellos términos que de manera excesiva se otorgan en las contestaciones de demandas o en la práctica de pericias y pruebas que en las instancias judiciales son solicitadas.

Principio constitucional que también es aplicado a toda la administración de justicia incluyendo a los jueces; su efectividad se verá reflejada en el momento en el que se supriman trámites insustanciales e inoficiosos, así como pericias que no brindan pruebas contundentes en un proceso; al acoger este principio de manera puntual se estará frente a procesos donde los plazos son cortos, y las diligencias serán únicamente suspendidas por casos extremadamente forzosos o cuando por fuerza de la naturaleza así se requiera.

Existen actuaciones procesales que dan fiel cumplimiento a este principio, acogiéndose de manera estricta a los plazos y límites que la ley determina, así como también existen las penas correspondientes para quienes se excedan.

La economía procesal, la simplificación, la inmediación y la celeridad permiten a la administración de justicia ejercer de manera proba y garantiza sobre todo la efectiva ejecución del debido proceso.

Posso (2013)⁴ manifiesta:

Es evidente que el juicio oral garantiza una mayor eficiencia y le da celeridad al proceso penal en la medida que permite un desarrollo más ágil; esto además le da más fortaleza y equilibrio al proceso, ya que conduce a que el proceso termine en un período razonable, lo que además le da credibilidad a la administración de justicia frente a la sociedad que ve que los procesos terminan ágilmente, evitando que sectores inconformes acudan a mecanismos extralegales para hacerse justicia por su propia mano. (pág. 73)

1.4. La garantía del debido proceso

El debido proceso es un derecho fundamental, que no solo se encuentra enmarcado en la carta magna sino también en los tratados y convenios internacionales suscritos por el estado ecuatoriano en los que se señala el expreso reconocimiento y su garantía.

Principio jurídico legal y procesal normado en la Constitución en el Art. 76, determina el respeto irrestricto de los derechos legales y garantías que posee toda persona, asegurando que en todo proceso judicial se justo y equitativo; permitiendo a las partes a ser oídas y a hacer valer sus pretensiones frente al juez competente.

La Constitución y las leyes rigen a todo estado y a sus ciudadanos, brindando protección y garantizando sus derechos en todo su contexto; una persona considera ser perjudicada por el estado al incumplir las reglas del debido proceso estará en todo su derecho de demandar para que se dé cumplimiento a este mandato de ley.

⁴ Posso Zumárraga, Manuel. (2013). *La prueba en el sistema procesal penal acusatorio*. Recuperado el [28-09-2019]. Disponible en [<https://www.derechoecuador.com/la-prueba-en-el-sistema-procesal-penal-ecuatoriano>]

En la interpretación del debido proceso se lo ha determinado a este como un limitante que tienen los jueces al aplicar las leyes y procedimientos judiciales debiendo definir y garantizar de manera irrestricta todos los principios fundamentales de imparcialidad, justicia y libertad; siendo en muchas ocasiones considerado como un mandato ya que establece la sujeción a principios constitucionales.

1.4.1. La seguridad jurídica

Uno de los principios rectores del debido proceso es la seguridad jurídica, él se encuentra tipificado en la Constitución de la República, Art. 82, fundamentando el respeto a la ley suprema y a las normas jurídicas, así como debida aplicación por las autoridades competentes.

Granja (2014)⁵, precisa que la seguridad jurídica es una norma que permite un debate abierto y eficaz el mismo que se transforma en estricto derecho y abaliza la moral social bajo el amparo de las leyes; abarcado el principio de legalidad en cuanto a la actuación de la administración pública; constituyendo un supra concepto ya que su terminología se la relaciona con el orden y el derecho. (pág. s.p.).

La seguridad jurídica es un principio universal del derecho y una garantía dada a todo individuo por el estado; representa la seguridad que brindan las leyes y procesos, determinando lo prohibido y lo permitido por el poder público. Garantizando la

⁵ Granja, Pedro Javier. (2014). *Seguridad Jurídica y Debido Proceso*. Disponible en: [17/10/2019]. Recuperado el: [http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2014/11/24/-seguridad-juridica-y-debido-proceso]

inviolabilidad de las personas, sus bienes y sus derechos; asegurando la protección y la reparación integral.

Son principios derivados de la seguridad jurídica la irretroactividad de la ley, la tipificación de los delitos, las garantías constitucionales, la cosa juzgada y la prescripción.

El ordenamiento jurídico está integrado por leyes- constitucionales primero y ordinarias después- sentencias, contratos, principios consuetudinarios, interrelacionadas en una totalidad determinada por cierto sentido teleológico unificador. Con prescindencia de sus diversas modalidades, ubicación jerárquica, extensión y efectos, todos estos elementos componentes del ordenamiento jurídico reconocen como común denominador una estructura intelectual específica y peculiar: la norma jurídica.

1.4.2. La garantía al derecho a la defensa

El derecho a la defensa se encuentra garantizado en nuestro sistema jurídico, el cual determina que el Ecuador es un país garantista de los derechos de las personas, este reconocimiento no solo está amparado en nuestra Constitución sino también en los tratados y documentos internacionales suscritos por el Ecuador y que se encuentran en vigencia.

Está considerado como derecho de protección y su procedimiento legal determina que ninguna persona podrá ser privada de este derecho en ninguna etapa procesal o grado de procedimiento, debiendo de estar siempre representado por su

abogado defensor, y en el caso de no tener los recursos suficientes la ley establece defensores públicos para el efecto.

García (2001)⁶, con relación al derecho a la defensa promulga que este es de competencia exclusiva al demandado o accionado, contradiciendo u oponiendo las pretensiones exhibidas por el demandante en el proceso. (pág. 24).

Es también considerado como un derecho de contradicción, ya que este se opone directamente al derecho de acción, es decir que se hace frente a la pretensión expresa que hace una persona contra otra.

Mestanza (2011)⁷, sobre el derecho a la defensa, refiere que:

Siendo el Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia social, éste garantiza sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución de la República, en los instrumentos internacionales y en las leyes ecuatorianas; “De ahí que, nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento como nos explica nuestra Carta Fundamental, así como el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos del cual nuestro país es signatario, cuyas normas por contener derechos más favorables a los constantes en nuestra Constitución, prevalecen sobre cualquier norma jurídica. (pág. 24).

1.4.3. La tutela judicial efectiva, como derecho fundamental

La Constitución de la República del Ecuador, como norma máxima establece en el Art. 1 que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia; este postulado ratifica el valor inalienable de la justicia como parte fundamental en todo

⁶ García, José. (2001). *Las Garantías Constitucionales*. Ediciones Rodin. 1era. Edición. Quito – Ecuador.

⁷ Mestanza Solano, Mesías. (2011). *El derecho a la defensa*. Recuperado el: [29-09-2019]. Disponible en: [<http://lahora.com.ec/noticias/show/1101145719#.WSRS0De202w>].

estado; derivándose de ella las obligaciones y la seguridad brindada a cada uno de los ciudadanos, asumiendo el estado la potestad de resolver los conflictos jurídicos.

Siendo el estado quien asume la titularidad de esta potestad, se precisa establecer los mecanismos para brindar la tutela judicial efectiva debido a los requerimientos ciudadanos a fin de lograr dar solución a las controversias presentadas ante los entes gubernamentales.

Vanesa Aguirre (2010)⁸ en su definición sobre la tutela judicial efectiva plantea que este es un derecho de naturaleza compleja por su jerarquía como componente del debido proceso. (Aguirre, 2004)

Como derecho fundamental la tutela judicial efectiva agrupa a otras garantías como la de ejecución, de libre acceso al proceso, que su proceso sea conocido por jueces y tribunales imparciales y que sea resuelto sin dilación, asistencia profesional gratuita, proscripción de indefensión en la controversia o en la sentencia por falta de motivación u otros vicios in procedendo como la incongruencia; así como también sub temas que determinan legitimidad de intervención, debida postulación, citación o emplazamiento, costos procesales, tasas judiciales, y todo derecho sobre recursos establecidos por la ley.

Aguirre (2011)⁹ manifiesta que el Código Orgánico de la Función Judicial determina los poderes y facultades que tiene el Juez en lo referente a su labor jurisdiccional, esta norma aumenta de manera considerable las facultades y sus

⁸ Aguirre, Vanesa. (2010). *La tutela judicial efectiva como derecho humano: una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Ediciones Abya-Yala. Quito Ecuador.

⁹ *Ibíd*em

atribuciones; teniendo como contraparte la garantía de un ejercicio apropiado, regulando la responsabilidad que tiene el estado al existir una indebida administración de justicia. (pág. 33)

Cuestionamientos que denotan importancia pero que no recibieron por parte del legislador el tratamiento adecuado; una de las diferencias entre el Código Orgánico de la Función Judicial y Ley Orgánica de la Función Judicial no vigente radica en que el nuevo ordenamiento determina principios y detallar los deberes y facultades jurisdiccionales buscando la motivación de los operadores de justicia.

Los artículos 129 a 132 Código Orgánico de la Función Judicial (2009)¹⁰ establecen facultades y deberes que tienen los jueces en la sustanciación de los procesos que tienen a su cargo; los cuales se determinados por: Facultades y deberes genéricos; facultades jurisdiccionales, facultades correctivas y facultades coercitivas.

Los Artículos 129 y 130 determinan el poder de decisión que tienen los jueces en el ejercicio pleno de la potestad jurisdiccional; el Art. 131 establece las facultades disciplinarias del juez las mismas que están ligadas con el principio de autoridad de la función judicial y con el deber de las partes de respetar al tribunal y a los sujetos procesales; en el Art. 132 radica el poder de coerción, complemento indispensable de los poderes de decisión y ejecución; el primero, para ordenar adecuadamente la marcha el proceso y remover los obstáculos que generen indebidamente las partes; el segundo, para sustituir la renuencia del vencido al cumplimiento de las sentencias y otras

¹⁰ Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento N° 544 de 09 de marzo de 2009, última modificación: 22 de mayo de 2015

providencias judiciales, componente del derecho a la tutela judicial efectiva. (págs. 59-61).

Con la instrumentación del Código Orgánico de la Función Judicial se ha dotado a los jueces de poderes para la sustanciación de los procesos, teniendo como principal directriz que no queden en meros enunciados la garantía del debido proceso y los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad, economía procesal de buena fe y lealtad procesal.

ANÁLISIS DE CASO

2.1. Análisis de los hechos

La causa materia de análisis inicia el 1ero de junio de 2018, con la presentación de la demanda interpuesta por Clodovico Cevallos Cedeño y Johana Katherine Arbito Boccanedes en contra de la Constructora e Inmobiliaria ESCOAL Cía. Ltda., radicándose la competencia en la Unidad Judicial Civil con Sede en el Cantón Manta, la misma que fue signada con el número 1337-2018-00657, adjuntando los siguientes documentos: Demanda, copias de cédulas, credenciales de abogados, certificado de solvencia otorgado por el Registro de la Propiedad de Manta, Copia Certificada Contrato de Construcción en, copia certificada de Estudio de suelo, Declaración Juramentada, Informe Pericial Geotécnico, Compulsas de Plano, Informes Periciales, Informe de Avalúo, Escritura Pública, copia de Contrato de Arriendo, Oficio del GAD Manta.

Los hechos se encuentran determinados en la demanda, en la cual los accionantes manifiestan ser los propietarios de un inmueble ubicado en la ciudad de Manta, sector Barbasquillo, Urbanización Manta Beach, vía a San Mateo; signado con el No. 33, de la manzana C-03; circunscrito dentro de los siguientes linderos:

POR EL NOR-OESTE con 18,69 m. colindando con la calle 12,

POR EL SURESTE con 17,63 m. colindando con el lote No. 32 de la manzana C-03,

POR EL NORTE con 18,63 m. que colindando con el lote No.1 de la manzana C-03,

Más al noreste con 14,78 colindando con los lotes 2 y 3 de la manzana C-03M; y,

SUR OESTE con 22.64 colindando con la calle 11.

Presentando un área total de 512,57 m².

Se contrató los servicios de la CONSTRUCTORA e INMOBILIARIA ESCOALCIA. LTDA., empresa con quienes de acuerdo con los requerimientos de los demandantes (propietarios del bien inmueble) se edificaría su vivienda.

La empresa que mediante la suscripción de contrato asumió la dirección de los trabajos de construcción, asumiendo la mano de obra, materiales, trabajo de albañilería pactándose un precio prefijado y acordado por las partes contratantes el 1 de julio de 2008; el costo inmerso en el contrato fue de USD \$220.000,00 (DOSCIENTOS VEINTE MIL 00/100), teniendo como plazo de ejecución y entrega de ocho meses contados a partir de la suscripción del contrato.

La constructora debió entregar la vivienda según versa en el contrato, el 1 de marzo del 2009, es decir ocho meses posteriores al inicio de la obra, previa confirmación de la parte contratante de que estaba conformes con la obra entregada.

Como detalles del bien inmueble que se debía de construir, el contratista debía de levantar una vivienda de dos plantas, cuya estructura sería de hormigón armado, las paredes serían construidas con mampostería, los pisos de concreto revestidos con marmetone, en la parte posterior del bien debería contar con una piscina, un cuarto

donde está una bomba hidráulica para efectos de aumentar la presión del agua en las tuberías, un baño y un pequeño bar; en total la edificación sería construida con un área de 314,23 metros cuadrados.

Una vez cumplido el plazo la constructora entregó a los contratantes la vivienda objeto del contrato, con lo cual se dio fe por ambas partes el cumplimiento de manera formal al contrato.

Los demandantes alegaron que ellos cumplieron con cada una de sus obligaciones, ejecutando con absoluta buena fe todos los deberes que emanaron del contrato, cancelando en su totalidad el precio pactado de USD 220.000,00

Lamentablemente no sucedió lo mismo con la contraparte contractual, pues a pocos meses de la entrega de la edificación esta empezó a presentar grietas en las paredes, escaleras y columnas, además el suelo o piso comenzó a deformarse, las puertas de los dormitorios y otros ambientes cerraban con dificultad, y la piscina presentó hendiduras; este malestar y anomalías fue inmediatamente reportado a los representantes de la empresa demandada, quienes luego de respuestas verbales reconocieron en una carta que ellos suscribieron con fecha 9 de febrero del 2011, la existencia de un asentamiento de la estructura que incidió en los ejes arquitectónicos de la vivienda, provocando todas estas anomalías indicando en la carta que este asentamiento se podría deber a una rotura en la tubería de agua potable, por el cuadro que se presentaba como las rajaduras de aceras y de pavimento, al comprobarse que no era ese el problema, entre el mes de noviembre y diciembre se realizó un seguimiento

hasta la fecha de suscripción de la carta determinándose que el agua que se había venido filtrando se estaba escurriendo hacia el nivel bajo, proviniendo principalmente del exceso de riego de la vivienda ubicada en la esquina del frente, creando inclusive el empozamiento de agua en los dos frentes y además el escurrimiento que proviene de las viviendas de la parte alta de ese sector de la urbanización, esta infiltración a consideración de la compañía es la había estado afectando los cimientos de la vivienda y de las viviendas contiguas.

Manifestaron que de las observaciones e inspecciones realizadas el hormigón de la acera de la vivienda del frente se estaba deteriorando por el exceso de agua que escurría hacia la cuneta; que las cunetas de hormigón se encontraban con sus juntas abiertas, lo que permitía el ingreso de agua que provenía así mismo por el exceso de riego, por las constantes lluvias y por el lavado de vehículos, garajes y otros; que también la infiltración de agua había causado que la calle se haya hundido en un sector y levantado en otro; respaldado lo indicado con fotos.

Recomendando en esta carta que para que se evite que continúe infiltrándose el agua se debería impermeabilizar las juntas de la cuneta y hacer un drenaje superficial para que escurra por estas y no se estanquen, que además se debería reconformar el nivel de la calle y realizar la reposición de la carpeta asfáltica; siendo posible que a través de la administración de la Urbanización se comunicara a los vecinos para que eviten el exceso de riego de las áreas vedes de las viviendas para que no se siga escurriendo el agua hacia la acera y que se construyan jardineras con fondo impermeabilizado, enfatizando que estas recomendaciones se deberían aplicar de manera inmediata para evitar el colapso de la estructura de la vivienda de los demandantes.

El 18 de febrero del 2011, los demandantes contrataron los servicios profesionales del Ing. Civil Javier Moreira Roca para que realizara un estudio del terreno y de la vivienda construida, informe que los demandantes anexaron a la demanda mediante declaración juramentada.

Este informe detalló recomendaciones que en lo principal consistían en que en toda el área del terreno se debía de excavar y desalojar todo el material flojo producto del relleno, esto es entre 0,60 y 0,80 de espesor, para lograr alcanzar el nivel del proyecto se lo haría con material clasificado (lastre) y se colocaría debidamente hidratado y compactado en capas no mayores de 0,20, debiendo de considerar lo siguiente:

- El tipo de cimentación será de zapatas corridas.
- La cota de cimentación será superficial.
- La resistencia del suelo para el cálculo de cimentación será $1.8 \text{ k/cm}^2 = 18 \text{ T/m}^2$.

Además, acotaba en el informe que era importante impedir la filtración del agua en el área de construcción mediante trabajos de impermeabilización, veredas y drenes perimetrales. Así como efectuar un control y pruebas hidrosanitarias de las instalaciones a realizarse. El contra piso se construirá no menos 0,08 m de espesor con malla de refuerzos.

Los accionantes en su demanda manifestaron que el constructor de manera arbitraria e ilegítima no acogió ninguna de las recomendaciones mencionadas lo cual ocasionó que la vivienda se asentara de forma diferencial o intolerable al poco tiempo de haber sido construida.

Con la finalidad de poder fundamentar técnicamente las afirmaciones los demandantes contrataron los servicios del Ing. Alejandro Irigoyen Samaniego, perito acreditado por el Consejo de la Judicatura, para que mediante inspección emita un informe sobre el grado de compactación del material

Informe que en sus conclusiones determino que en base al estudio de suelos y mapas nacionales se identificó que el tipo de suelo donde subyacía la edificación es susceptible a asentamientos elásticos por consolidación; que tanto en los estudios de mecánica de suelos como en los planos estructurales se lograba evidenciar incongruencias en cuanto a lo que se refiere al cálculo de los asentamientos, así como de la capacidad de carga y superposición tanto en los diseños como en la etapa de construcción; que se logró identificar mediante calicatas a cielo abierto que los espesores de mejoramiento con material granular en los sitios explorados son inferiores a los especificados en los estudios, siendo estos variable desde 52 cm a 57 cm no detectando material granular de mejoramiento bajo este nivel; que el predio presentaba condiciones que favorecían a los asentamientos del suelo, los cuales debieron haber sido identificados durante las etapas de diseño y con mayor razón durante la etapa de construcción; que no se identificó durante la pericia ningún sistema de impermeabilización como lo sugiere el estudio de suelos; se identificó que el grado de compactación del relleno es deficiente comparado a las recomendaciones del MOP-001,

lo cual favorece y justifica los asentamientos de los contrapisos; las intervenciones que permitan la recuperación y ocupación de la edificación pueden ser significativas en cuanto a su costo para el grado de afectación de los pisos de mampostería identificados, los mismos que deberían ser estudiados a profundidad de considerarse la reparación de la vivienda; así como también que la vivienda presentaba deficiencias en sus diseños como en su construcción lo cual se ratificaba los problemas de asentamientos presentados, razón por la que la ocupación de la vivienda representaba un riesgo de no ejecutarse las medidas que aseguren la estabilidad de la construcción; que en la pericia realizada no se identificó sistema alguno de impermeabilización como lo sugiere el estudio de suelos.

Los demandantes acotaron que toda la negligencia con que obró la compañía al edificar la vivienda les originó un sinnúmero de problemas; no solo de estabilidad familiar pues no contaban ya con una vivienda habitable, sino también de índole financiero ya que tuvieron inconvenientes con el Banco Internacional entidad que les otorgó un préstamo hipotecario para realizar la construcción, ya que al presentar todas estas deficiencias disminuyó su valor comercial lo cual no llegaría a cubrir el dinero recibido en calidad de préstamo.

Los dueños de la vivienda comunicaron de esta anomalía a la entidad financiera quien también ordenó que un perito acreditado por el banco realizara un avalúo de la casa, realizándose el 18 de junio del 2013, y entre las conclusiones el informe indicaba que la construcción presentaba un diseño arquitectónico moderno, en ella están vinculados acabados de lujo en su mayoría importados, pero que existían problemas estructurales, puesto que esta construcción presentaba fisuras de más de 2 centímetros

que atravesaban toda la construcción, afectando mamposterías recubrimientos de pisos, los vidrios por la presión que ejerce la estructura se había quebrado, existía daño general en cerámicas y paredes, en cuanto a las áreas exteriores también presentan daños, los cerramientos, la piscina se encuentra comprometida, el patio y las demás edificaciones aledañas a la piscina estaban fisuradas y desmoldadas.

Considerando que al no haberse respetado las recomendaciones expuestas en el estudio de suelos las consecuencias son las que presentaba el inmueble teniendo serias fallas estructurales en todo su contorno, paredes, columnas, pisos, paredes de cerramiento, escalera de ingreso a la vivienda, paredes interiores en todos los ambientes, baños, pisos, tumbado falso, cubierta, áreas exteriores, piscina; donde se podía observar verdaderas grietas que no se podían reparar simplemente con un resano sino más bien asegurando el buen comportamiento del suelo de cimentación y reforzando la estructura del inmueble.

Haciendo notar que a pesar de que se recomienda el mejoramiento del suelo de cimentación en los planos correspondientes, no se especifican las características del suelo mejorado, ni el espesor del material pétreo colocado bajo la cimentación; si el suelo no es mejorado y la cimentación no es la recomendada por el estudio de suelos, es fácil colegir que la estructura de la edificación se muestre vulnerable a los asentamientos y las movilizaciones volumétricas del suelo de cimentación; debido a la observación de todas las recomendaciones previstas en el estudio de suelos, la estructura seguirá asentándose y por consiguiente acrecentando el estado de ruina, debido al tipo de suelo que posee y la forma en que fue concebida su estructura.

Por estas razones y para precautelar la salud, integridad y seguridad de los propietarios del inmueble, se recomendó demoler la edificación y volverla a edificar siguiendo los lineamientos que el estudio de suelos recomendó y que no fueron cumplidos, salvaguardando las áreas y elementos estructurales que se puedan recuperar.

El informe hacía referencia que el inmueble no garantizaba el crédito por la condición que presentaba y como sugerencia se proponía que se realizara un estudio desde los cimientos, con la finalidad de determinar el grado del daño desde la estructura y hasta qué punto se podrían resanarlos, con el propósito de que se lleve a efecto un refuerzo de la estructura de manera general y así quede habitable.

Los demandantes alegaron que fueron en varias ocasiones posteriores al primer aviso a solicitar al Arquitecto Escobar en su calidad de Representante Legal de la CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA ESCOAL CIA. LTDA. para que solucionara los problemas que presentaba la vivienda, sin embargo, hasta la fecha de presentación de la demanda no había hecho absolutamente nada, recibiendo únicamente argumentos justificando la negligencia en la construcción.

Las explicaciones que daba el representante a los demandantes era que la actividad de riesgos que realizan los vecinos en sus patios habría provocado y colaborado para producir daños, además que el agua se había filtrado hasta los cimientos originando el daño a la casa.

Los accionantes debido a la poca atención prestada por los representantes de la empresa decidieron realizar mediante requerimiento notarial que la constructora solucionara todos los problemas fruto de su negligencia al diseñar y construir la casa, sin que logran obtener un resultado favorable, constituyendo este desinterés en mora de hacerlo.

Los demandantes fundamentaron su demanda en los Artículos 11 ordinales 2, 3 y 75 de la Constitución; Artículos 1572, 1937, 1938 del Código Civil, Artículo 289 del COGEP; anunciaron como medios de prueba los que fundamentan en su acción; señalando cuantía, y determinando como procedimiento a seguir el Ordinario.

Como pretensión concreta los demandantes solicitan que a través de sentencia se condene a la CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA ESCOAL CIA. LTDA. A la indemnización por todos los daños sufridos, según lo determina el Artículo 1572 del Código Civil, así también los rubros de indemnización de perjuicios como son por DAÑO EMERGENTE y LUCRO CESANTE.

Debido a que la vivienda no sirve para ser habitada y debe de ser demolida según los informes realizados, los demandantes solicitaron como daño emergente la indemnización con la cantidad de USD 220.000,00 dólares estadounidenses, ya que este fue el precio cancelado a la constructora para la construcción de la casa.

Así como también se solicitó que la Constructora los indemnice con la suma de USD 314.958,76 dólares, que equivale a la suma del daño emergente por USD

220.000,00 y el lucro cesante por USD 94.958,76, además de los intereses y costas judiciales.

Demanda que mediante providencia de fecha 13 de junio de 2018 la Juez dispuso a los accionantes sea aclarada y completada, especificando los objetos sobre los que versarán los informes de los peritos anunciados y los objetos a los que se referirán en la diligencia de exhibición solicitada.

Dándose cumplimiento a ello el 19 de junio de 2018, donde los demandantes indicaron que en base a los antecedente expuestos en la demanda y con el afán de dejar registrado la realidad de la obra realizada por el contratista se solicitaba una inspección judicial a la vivienda, la que permitirá que el Juez reconozca el trabajo realizado, logre examinar y determinar todas aquellas circunstancia que incurrieron para que se produzca las falencias y fallas en la construcción que se están denunciando y por considerarlo necesario es la solicitud para que se nombre un profesional en la rama de Ingeniería Civil con la suficiente experiencia en temas estructurales para que mediante la emisión de un informe razonado emita su criterio técnico.

La Juez de la Unidad Judicial Civil con Sede en el Cantón Manta calificó y admitió a trámite, según lo determinado en los Artículos 142 y 143 del COGEP, ordenando la respectiva citación a la parte demandada Empresa Constructora e Inmobiliaria ESCOAL Cía. Ltda. representada legalmente por el Arquitecto Gonzalo Oswaldo Escobar Tóala, para que conteste la demanda en un plazo no mayor de

TREINTA (30) días; citación que se efectuó mediante tres boletas siendo la última de fecha 2 de julio de 2018.

El 7 de agosto de 2018, el Arq. Gonzalo Oswaldo Escobar Toala da contestación a la demanda, indicando en el oficio que lo realiza como Representante Legal de la Empresa Constructora e Inmobiliaria ESCOAL Cía. Ltda. lo cual es certificado por la secretaria de despacho que se presentó la contestación dentro del término de ley concedido anexando a ella el documento de Registro Mercantil de Manta donde determina su calidad de GERENTE GENERAL, al año 2018, así como también oficio de la Junta General Extraordinaria y Universal de Socios de la Compañía donde se lo ratificaba como GERENTE GENERAL por un periodo de dos años.

En su contestación el Arq. Gonzalo Escobar Toala indicó que no admitía las pretensiones de la parte actora, por cuanto no existe derecho para demandar la indemnización de daños y perjuicios sufridos, conforme lo sostiene, ya que existen tales daños causados por la mano del hombre que es el requisito para el reclamo, lo que demostraría en el momento procesal oportuno.

Entre las EXCEPCIONES que presentó el Arq. Gonzalo Escobar estas están determinadas en el Art. 153 del COGEP, así como también dedujo prescripción de la acción de conformidad con el Art. 2392 por estar extinguidas las acciones y derechos ajenos; recalando que el contrato que presentaron los actores no es el que se celebró originalmente pues por pedido de ellos se hizo uno por un precio mayor para justificar el préstamo que tenían que realizar.

Así mismo el Arq. Escobar manifestó que al no existir fecha de entrega y recepción de la obra se entiende que la fecha que se dio el hecho fue el 18 de agosto del 2008, habiendo transcurrido desde esa fecha más de cuatro años, y en ese año posterior a la entrega no hubo ningún tipo de reclamos por parte de los ciudadanos accionantes, entendiéndose por lo tanto que estaban conformes con la obra.

El demandado presentó otras excepciones de fondo como la negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda; la improcedencia de la acción, que la demanda no debió proponerse en los términos que lo han hecho los actores; la falta de derechos de los demandantes, ya que ellos no ostentan el derecho de ejercer la presente acción por no haber causa para demandar; el ilegítimo contradictor ya que no hay razón para que se demande en los términos constantes en la demanda, al no haber el derecho, no cabe demandar ilegítimamente por creer ostentar el derecho lo que se hace es abusar del derecho.

El 21 de septiembre de 2018 la Juez de la Unidad Judicial Civil con Sede en el Cantón Manta, mediante providencia califica y admite a trámite la contestación de la demanda por ser esta clara, precisa y cumple con los requisitos legales previstos en el Art. 151 del COGEP.

El 3 de mayo de 2018, mediante providencia acogiendo lo solicitado por la parte demandante se autorizó la inspección judicial, la misma que se llevaría a efecto el 13 de mayo de 2018, designándose al Ing. Civil Jorge Jurado Murillo, así como también a un

perito avalado por el Consejo de la Judicatura para que realizara el Informe Técnico Estructural, notificándose a las partes procesales.

En el informe entregado por el Ing. Jurado Murillo en su parte concluyente realiza las siguientes observaciones: vivienda de excelentes acabados, deshabitada por lo que se hace imposible el ingreso a la misma, observándose que por la parte frontal en la fachada y por los costados tiene colocadas cerámicas tipo pizarra.

Concluyendo el informe que de la inspección visual y exploración subterránea se pudo indicar que la vivienda presenta fallas, observando fisuras en las paredes que en algunas partes ya son grietas las cuales son producto del asentamiento diferencial, sobrepasándose los valores aceptables, en este caso por la presencia de abundante agua que proviene del área verde que viene principalmente de la parte exterior donde a simple vista se observó el hundimiento de la vereda y calzada, donde el agua se empoza y por ende se infiltra al subsuelo, siendo esta la razón principal de estos problemas, lo cual se debe a la comprensión y expansión de parte del subsuelo.

El inspector recomendó una re-cimentación para evitar que los movimientos sigan progresando.

El 18 de julio de 2018 se presentó el informe del perito evaluador designado por el Consejo de la Judicatura para que emita Informe Técnico Estructural; informe que en la parte concluyente manifestaba que al momento de la inspección el inmueble no se encontraba habitado y estaba en total descuido; en referencia a los tipos de suelo en

donde se encuentra la edificación estos son relleno granular (lastre fino), arena arcillosa y lutitas arcillosas expansivas; que de acuerdo a la verificación se comprobó que en el sitio no existen trabajos de impermeabilización para evitar filtraciones de agua en el área que está construida la vivienda; las causas de las grietas en paredes, pisos, sala y deformación del piso alrededor de la piscina se debe a los cambios en el volumen del estrato inferior y la presencia de suelo arcilloso debido a la filtración de agua proveniente del exterior por excesivo gasto de agua en mantenimiento de áreas verdes de las viviendas aledañas, lavado de garaje y carros, así como de las precipitaciones ocurridas por la estación invernal, estas aguas exteriores se filtran produciendo deformación en el suelo y por ende se produce el desplazamiento diferencial; que en el recorrido inicial de la Inspección Ocular Técnica se pudo observar en dirección de la calle 11 manzana C-03 humedad, así como también hundimiento en la vía y calzada provocando la filtración de agua acumulada y que justamente en la parte posterior del patio se encuentra la piscina, pudiéndose observar además hundimiento en acera, bordillo y parte del cerramiento perimetral posterior; en lo referente a que si la cimentación es proporcional o no a las descargas que se encuentran sometida la construcción, se manifestó que sí hay proporcionalidad debido a la diversidad de luces, creando diferentes cargas por lo tanto la zapata de la cimentación tiene áreas diversas en base a la carga puntual de la edificación de acuerdo al análisis del plano de cimentación esto basado en el análisis estructural comparativo; en cuanto al asentamiento diferencial se debió a la deformación del suelo causado por el cambio volumétrico debido a la infiltración de aguas exteriores; sobre las fisuras y las grietas que se encuentran en la mampostería de la edificación estas se produjeron por el cambio volumétrico del suelo debido a la infiltración de aguas exteriores y de la estación

invernal pudiéndose dilucidar por su estado que se han producido por mucho tiempo ya que existe mucha humedad.

En este informe el perito mencionó que del estudio y análisis se observó el comportamiento de la estructura de la vivienda, el cual es el adecuado en base a las cargas de la edificación, indicando que la estructura posee un diseño funcional, no así la infraestructura de la vía que no es la adecuada, debido a que la cuneta es prefabricada y posee juntas que cada cierto tramo tienen filtración de agua y humedad, lo que ocasionaría infiltración, permitiendo el empozamiento de agua y por ende filtraciones, por lo tanto la zona afectada en función de su totalidad es menor y se encuentra ubicada en la línea de flujo de agua debido a la pendiente del terreno.

Informó que la estructura de la cimentación es con zapatas arriostradas, que el diseño estructural de la edificación logró soportar el sismo del 16 de abril de 2016, y la construcción demuestra un deterioro causado por el abandono, evidenciando que se pudieron realizar correcciones en su debido momento; además se acotó que la parte actora no brindó documentación relevante como medio de verificación.

En un escrito presentado por los demandantes en referencia al informe pericial estos solicitaron que el perito indique o aclare si realizó perforaciones en el terreno de la vivienda para efectos de extraer muestras del suelo para poder realizar su estudio técnico y corroborar los tipos de materiales que indica en su informe, además de la profundidad de la recolección, el método o técnica empleada y en qué laboratorio realizó las pruebas que le permitieron arribar a la conclusión presentada en su informe; así como

también que aclare porque no adjuntó el estudio de suelo que le permitió arribar a la hipótesis que presentó; porqué considera que el relleno granular es igual al lastre fino, tomando en consideración que estos materiales no tienen características similares, más aún el lastre fino que no es un producto con mayor presentación granular por la presencia de piedras que de tierra o fino; así como también que si el suelo debajo de la vivienda es arcilloso se aclare si este tipo de suelo es el adecuado para edificar una vivienda; si es posible en una excavación previa a la construcción de una vivienda o edificación y detectar presencia de humedad o nivel freático; si al realizar la inspección encontró algún método de impermeabilización; que en su informe aduce que las cunetas de la urbanización podrían aportar a la filtración de humedades que darían pie a los deterioros de la vivienda, siendo que el sistema se encuentra en toda la urbanización y no ha sucedido lo mismo en las otras edificaciones lo cual pudo haber sido observado en la inspección; que aclare cómo llegó a la conclusión de que las humedades provocadas por agentes como el lavado de vehículos y aguas lluvias causaron las filtraciones, si es que existe algún estudio del consumo de agua de las otras viviendas o informe pluviométrico de entidades competentes que permitan arribar a esa conclusión; solicitaron que el perito indique cómo llegó a determinar qué tipo de cimentación había sido utilizada en la construcción de la vivienda y en que se basó para determinar lo dicho; que aclare si las grietas horizontales, verticales, diagonales que existen en la edificación tienen una misma causa;

Con fecha 15 de agosto de 2018 el perito presentó ante el Juez de la Unidad Judicial de Manta oficio donde dio contestación a las observaciones formuladas por la parte accionante en referencia al informe pericial inmobiliario, que en lo referente indicó sobre la perforación del terreno donde se encuentra la edificación no se pudo realizar

debido a que la parte actora no dio las facilidades que el caso ameritaba; para determinar los tipos de materiales del que está conformado el suelo se realizó de acuerdo al principio básico del perito quien debe de buscar la información suficiente y necesaria para llevar tal cometido, recurriendo a la fuente de un ingeniero geólogo el cual le facilitó el estudio de la mecánica de suelo realizada en agosto 2013 por la consultora geotécnica CONGEOTEC S.A., donde informó sobre el perfil estratigráfico del suelo el mismo que está conformado por lutitas arcillosas altamente plásticas, arcilla arenosa de mediana plasticidad y lutita limosa altamente plástica; en referencia a la excavación no se dio la facilidad para realizarla, y se determinó en base a los datos proporcionados por la consultora CONGEOTEC S.A. quienes realizaron tres perforaciones en los estudios presentados; sobre el estudio de suelo es la parte actora quien debió de afrontar los gastos que se ocasionen y no por el perito lo cual no fue afrontado a pesar que el abogado de los accionantes manifestaron que existía un estudio previo realizado con anterioridad estos nunca fueron entregados; en referencia al tipo de suelo que se encuentra bajo el subsuelo de la vivienda, dato que provino del resultado del estudio de suelo presentado por el Ingeniero Javier Moreira Roca así como del laboratorio y la gráfica del perfil de estratigrafía, en el cual se recomendó una re cimentación; determinó que en una excavación previa para una construcción de vivienda se puede considerar los niveles freáticos que tiene el suelo; en lo referente al método de impermeabilización en lo que tiene que ver a las áreas verdes, no existía ningún tipo de impermeabilización; sobre la infraestructura de la vía no es la adecuada, debido a que la cuneta son prefabricadas lo cual está inserto en el informe.

Con fecha 22 de agosto de 2018 los demandantes mediante escrito presentaron observaciones del peritaje realizado, el mismo que consideraron obscuro e impreciso,

ya que ellos solicitaron que el perito aclare las conclusiones emitidas por él en su informe, ya que ellos estiman que lo expuesto no le sirve al Juez por no tener un sustento técnico ya en ningún momento determinó cuáles fueron los motivos o la causas de la ruina de la casa siendo su construcción nueva y solo habían transcurrido tres meses de haber sido entregada cuando inició con la formación de grietas; a manera de reclamo los demandantes indicaron que lo racional era que el profesional en la rama de ingeniería civil emitiese un informe donde se les haría conocer los motivos que incidieron para su vivienda a nivel estructura sufriera daños, pero nunca se imaginaron que el profesional avalado por la Judicatura realizara una inspección al ojo, sin un estudio de suelo que sustente sus aseveraciones, sin realizar perforaciones y recolección de muestras de suelo para ser analizadas en laboratorio lo que le daría a conocer de manera científica la composición del suelo y los materiales utilizados; siendo su indignación más grande sobre lo informado por el perito quien alegó que no se le dieron las facilidades, cuando siempre estuvieron a la disposición de lo que solicitara considerando que al parecer este profesional lo que quería es que ellos tomaran el pico y la pala para excavar y tomar muestras así como también pretendía que ellos analizaran las muestras; el trabajo al que lo habían asignado no lo realizó y brilló por su ausencia.

Hacen énfasis que fue tanto el facilismo del perito que en su primer informe asumió el resultado de un informe del Geólogo Javier Moreira Roca y de la consultora Geotécnica CONGEOTEC S.A. lo que cual no lo indicó sino cuando se le solicitó que lo aclarara; que no fueron a ellos a quienes se les solicitó la realización del estudio sino a él, refutaron el plano estructural que sirvió al perito para el análisis de la estructura ya que no correspondía a su vivienda sino de otra por lo tanto ellos desestiman este

punto; que el informe lo impugnan al considera que la inspección fue realizada al ojo y adolece de error esencial ya que él mismo señaló el informe lo realizó de manera visual.

Mediante escrito de la parte demandada insertado en el proceso el 13 de agosto de 2018, contradecía las pretensiones de la parte actora inadmitiéndolas, por cuanto alegaban que no existía el derecho para demandar por indemnización por los perjuicios sufridos, ya que los daños ocasionados en la vivienda no se debieron por la mano del hombre es decir por una mala o inadecuada construcción, lo cual sí sería objeto de reclamo; que los actores en referencia al daño emergente y lucro cesante se acogieron al Art. 1572 del Código Civil, confundiendo su pretensión ya que la vivienda fue construida como vivienda familiar no vivienda arrendataria, si los actores por situaciones laborales debieron trasladar su domicilio a la ciudad de Guayaquil y dejar de habitar la vivienda eso no fue responsabilidad de la Constructora, por lo tanto tampoco tendría culpa de que los actores no pudiesen arrendarla para obtener lucro; en cuanto al daño emergente este corresponde al valor o precio de un bien o cosa que ha sufrido daño o perjuicio, cuando el bien o la propiedad de una persona ha sido dañada o destruida por otra, ahí se está ante un daño emergente, lo cual en el presente caso jamás ha habido daño de persona o de un bien de otra, entendiéndose que no son acciones del hombre las que han causado daño a la propiedad de los accionantes, sino hechos extraños que no pertenecen a la conducta de una persona; por lo tanto considera el demandado que no hay lugar a reclamo por indemnización.

Sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda, adujo que no eran verdaderos ya que los actores lo que pretendieron fue sorprender a la autoridad con argumentaciones carentes de credibilidad y contradictorias, ya que manifestaron que

después de poco tiempo de habitar la casa esta presentó daños, sí este hubiese sido el caso ellos debieron hacer valer el derecho que les asistía y no dejar pasar los años para de manera antojadiza proponer una demanda inviable, a todo esto se suma el hecho del terremoto del 16 de abril de 2016, catástrofe natural que no afectó la construcción; enfatizó el demandado que los accionantes durante la construcción jamás manifestaron ningún descontento o cuestionamiento alguno sobre las excavaciones o el tipo de construcción.

Exponiendo como consideración en su escrito que los materiales de construcción utilizados tanto en los plintos como en la base; sobre la cimentación indicó que se realizó un estudio de suelo el mismo que dio como resultado que el suelo era bastante bueno y estaba conformado principalmente por arena y era relativamente firme, todo ello previo al cambio de suelo que se debía realizar; para la determinación de las causas de los cuarteamientos y fisuras de la vivienda expresó que se realizó un peritaje estructural de la construcción así como de un técnico, sobre cuyo informe los demandantes sustentan su demanda, estos técnicos debieron de tener en cuenta que:

Realizar perforaciones para extraer material del terreno y con la ayuda de un Proctor se hacía la prueba de resistencia de este material, luego hacer la densidad de campo para compararla con la del Proctor; se determinó que el resultado dado en este ejercicio estaba en 13.23tn/m² lo cual es suficiente para poder resistir este tipo de edificación; el calculista debe garantizar que la fatiga admisible sea menor a 18tn/m³; para suelos malos con carga 0.6 y 0.7 tn/m³ las dimensiones del tipo de cimentación serán mayores; en el estudio no se estableció que se construya sobre un suelo de 18/tn, por consiguiente, toda carga que se aplique deber ser menor a 18/tn.

Sobre los errores estructurales de columnas en la planta baja y alta que los actores alegan, en los informes periciales no se especificaron cuáles son estos, generalizaron como si todas las columnas se desplazaron; la diseñadora del proyecto que es quien tiene la responsabilidad, estableció la pilarización de toda la edificación, enfatizando que no debía de cambiarse la ubicación debido a que se alteraba el diseño arquitectónico, es decir columnas en medio de las ventanas o de las habitaciones, ante este requerimiento arquitectónico el calculista consideró desplazamientos de los ejes de las columnas de planta baja como cargas excéntricas en las vigas de la losa de entre piso

Además reiteró que una vez terminada la estructura y paredes los propietarios sin previo aviso asumieron el control de la obra, es decir contrataron maestros pintores, así como también colocadores de cerámicas en paredes y piso, aluminio y vidrio; contrataron para las obras de jardinería las cuales se realizaron sin ninguna precaución como es la impermeabilización de las áreas mencionadas, realizándose únicamente la estructura y albañilería sin acoger recomendaciones del estudio de suelo en referencia a la protección de las infiltraciones de agua provenientes de las áreas exteriores como son patio, calles, cunetas y las interiores jardinería, aguas servidas, agua potable.

Con relación al informe presentado por el Ing. Javier Moreira Roca, menciona que es cuestionable ya que él no indica el porqué de la falla estructural de la vivienda o si ésta se debió a defectos de suelo o por la infiltración de agua.

Acotando finalmente que todos los estudios estructurales como son: suelo, sanitario, eléctrico, entre otros, fueron previamente presentados y aprobados por los

propietarios, lo cual es verificable ya que constan con la firma suscrita en los planos; refieren que la estructura de la casa soportó de manera satisfactoria el terremoto del 2016 aun cuando estaba deshabitada, abandono que data desde hace algunos años lo que ha contribuido a su deterioro y que se debe de considerar que a la fecha del 16 de abril ya tenía 8 años de construcción lo que prueba que estructuralmente estuvo bien construida.

Alegaron que, para hablar de negligencia, esta fue de parte de los demandantes y de la persona que realizó los planos quien es la experta en proyectos de vivienda, indicaron además en su escrito que desde hace nueve años se les hizo saber la necesidad de ejecutar obras de mitigación por infiltración de agua exteriores y se permita ejecutar trabajos de remediación y prevención, lo cual no lo hicieron ellos no autorizaron nunca la realización del trabajo.

No admitieron ninguno de los hechos, así como tampoco el derecho, ni la pretensión de la parte actora, ya que no existió según lo que ellos consideraron razón lógica para entablar demanda la misma que rayó en la ilegalidad y la ilegitimidad de esta.

Como excepciones previas se acogieron a lo normado en el Art. 153 del Código Orgánico General de Procesos, deduciendo sus excepciones según lo establecido en el Art. 2392 del Código Civil, en materia de prescripción sobre la acción para reclamar la reparación del daño causado por el delito o cuasidelito esta prescribe en cuatro años contados desde la perpetración del hecho constante en el Art. 2415 del Código Civil

considerando que deviene de una obligación contraída mediante un contrato el mismo que fue cumplido no pudiéndose hablar de delito o cuasidelito por no existir ejecución humana ni omisión, ni intención dañina.

Sobre la falta de legitimación la parte demandada manifestó que se encuentra debidamente acreditado como Representante Legal con los documentos que aparejan al escrito; en referencia a los anuncios de pruebas solicitó rindan declaración los demandantes, de acuerdo al interrogatorio que se les formulará en audiencia; así como la recepción de testimonios de los profesionales técnicos quienes responderán al interrogatorio sobre el contenido de las pericias que constan en el expediente de inspección judicial; a los trabajadores que realizaron la obra de construcción cuestionada. Como prueba documental presentaron el contrato de construcción que se celebró, donde constan las cláusulas y en el cual no consta o está estipulado expresa ni tácita la realización de estudios de suelo como tampoco trabajos adicionales; copias certificadas de inspecciones judiciales practicadas al terreno y de la construcción, en las que se concluye que las fallas en paredes, pisos, agrietamiento no son estructurales, sino producidas por causas externas a la ejecución de la obra.

Mediante providencia de fecha 21 de septiembre de 2018, el juez informa a las partes que el escrito presentado por la parte demandada se encuentra dentro del término concedido, por ser claro, preciso se lo calificó y admitió al trámite; concediéndole a la parte actora diez días para que anuncie prueba nueva referente a los hechos expuestos de acuerdo con lo establecido en el Art. 151.

El 26 de septiembre de 2018, los actores presentaron ante la Juez la correspondiente contestación, en la que indicaron que no estaban de acuerdo con la providencia emitida por ser violar la ley y la impugnaron, y no se allanaban a ninguna nulidad que se derive por el contenido de esta.

Una vez concluidas las diligencias preparatorias se convocó a audiencia preliminar la misma que se llevaría a efecto el 16 de octubre de 2018, siendo postergada para el 13 de noviembre de 2018; en esta audiencia las partes procesales expusieron sus alegatos.

Los accionantes en la audiencia preliminar intervinieron mediante procuración judicial, y el accionado acompañado de su defensa técnica; audiencia que fue realizada en sus diferentes etapas según lo establecido en los Artículos 240 del Código Orgánico de la Función Judicial; y Artículos 9 y 10 numeral 4 del Código Orgánico General del Proceso, que determina la competencia de la Juez para conocer y resolver sobre estos procesos.

Sobre la comparecencia del demandado, la parte accionante alegó que existía falta de legitimación en causa pasiva, considerando que la suscripción del contrato para la construcción recayó en la compañía ESCOAL, demandándose a la compañía y no a su Representante Legal, por lo tanto a él le faltaba legitimar su intervención en este proceso en causa pasiva, ya que él en calidad de representante no tenía intereses en la causa, ya que él no firmó el contrato, sino el demandado como PERSONA JURÍDICA y a él no se lo demandado a título personal.

La parte actora alegó que no solicitó en ningún momento que se cite al Arq. Gonzalo Escobar, sino a la compañía, ya que él no es el demandado por lo tanto no procedería esa excepción de falta de legitimación que la parte demandada alega y al no comparecer a la audiencia solicitaron que continuase con la diligencia y se declare en rebeldía el accionado compañía ESCOAL; por lo que, en audiencia se envía a sentar razón, y se constató que está el acta de citación verificándose que la Compañía ha sido demandada y debidamente citada como persona jurídica en la persona de su representante legal, además el Arq. Gonzalo Escobar Toala compareció a juicio con su escrito de excepciones, a título personal y no como representante de la Compañía demandada ya que no presentó ningún documento que lo avale como tal, circunstancia por la cual en la audiencia preliminar la Juez determinó que su representación fue por sus propios derechos no por los de la compañía.

Esta audiencia fue suspendida por la juzgadora por quince minutos, conducta que para el demandado fue impropia; la Juez determinó que el demandado perdió la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos, habiendo prelucido el planteamiento de excepciones y anuncio de prueba; no considerando su comparecencia, así como tampoco los fundamentos de hecho y de derecho de la contestación de la demanda acogiéndose a lo señalado en el Artículo 87 numeral 2 del COGEP.

Con providencia del 13 de noviembre de 2018 se convocó a audiencia de juicio señalándose para el 5 de diciembre de 2018.

El 21 de noviembre de 2018 el Arq. Gonzalo Oswaldo Escobar Toala, en referencia al juicio de indemnización por daños y perjuicio interpuesto a la Constructora ESCOAL Cía. Ltda., presentó escrito en el cual señaló actuaciones procesales improcedentes tanto en la sustanciación del proceso como en la Audiencia Preliminar por parte de la Juez, detallando las siguientes:

- Con fecha 11 de junio de 2018 mediante providencia determinó a los demandantes que tenían un plazo de tres días para aclarar la demanda presentada sobre la especificación de los objetos sobre los que versarán los informes de los peritos y la diligencia de exhibición.
- Con fecha 19 de junio, se certifica por secretaría que la parte accionante cumplió con lo ordenado y se califica y admite a trámite mediante procedimiento ordinario; se ordenó se cite a la parte demandada empresa Constructora e Inmobiliaria ESCOAL Cía. Ltda., representada por el Arq. Gonzalo Oswaldo Escobar Toala concediéndole el término de treinta días para que conteste la demanda.
- El lunes 2 de julio de 2018 se sentó razón de la entrega de la citación por tercera ocasión.
- El 21 de septiembre de 2018, secretaria certifica que el escrito presentado está dentro de los términos concedidos y la contestación de la demanda por ser clara, precisa y que cumple con todos los requisitos legales previstos en el Artículo 151 del COGEP, calificándola y admitiéndola a trámite; concediéndole a la parte actora diez días para que presente prueba nueva en atención a los hechos propuestos por la parte demandada.
- Mediante providencia del 11 de octubre de 2018 secretaría sienta razón del escrito presentado por los actores.

- En la audiencia preliminar realizada el 13 de noviembre de 2018, una vez que el secretario constató la presencia de los sujetos procesales, antes de la fundamentación de las excepciones previas deducidas por la parte demandada los actores indicaron a la Juez que ellos demandaron a ESCOAL Cía. Ltda. y que fue a la compañía a quien se citó y no al Arq. Gonzalo Escobar quien ha sido la persona que compareció a juicio y contestó la demanda como persona natural, no siendo parte procesal. La Juez solicitó a Secretaría certifique quien compareció y contestó la demanda, indicando que fue realizado por el Arq. Gonzalo Escobar, con esta certificación la Juez se pronunció manifestando que no dicta Auto Interlocutorio ya que el demandado no compareció ni dedujo excepciones; a la resolución del Juez la parte demandada interpuso RECURSO DE APELACIÓN la que fue negada por la Juez.

Una vez que negó el Recurso de Apelación la Juez continuó con el desarrollo de la audiencia pasando a la etapa de saneamiento, fase de fijación de objeto de la controversia en las que sólo intervino la parte actora y sólo se determinó sus pretensiones; en lo concerniente a la fase de conciliación la Juez manifestó que era innecesaria ya que la parte demandada no había comparecido.

La Jueza continuando con la tramitación de la audiencia preliminar solicitó a los Abogados de la parte actora que fundamenten su acto de proposición, una vez concluida su exposición los Abogados de la parte actora hicieron conocer a la Juez que el Arquitecto Gonzalo Escobar había acompañado su nombramiento en la contestación de la demanda en calidad de Representante Legal de ESCOAL Cía. Ltda., que esta contestación había sido calificada y que se debía declarar la nulidad del proceso por haber dejado en indefensión a la parte demandada y negarle a intervenir en las otras

fases del proceso, ante lo cual la Juez constatando el cuaderno procesal manifestó que ya habían precluido las fases procesales y que debía de continuar con el curso de la audiencia y solicitó a la defensa técnica de los demandantes el anuncio de pruebas, así como también permitió al demandado a contradecir estas pruebas, finalmente admitió a trámite la prueba de la parte actora, mientras que no permitió anunciar el medio probatorio a la parte accionada y dio por concluida la audiencia preliminar.

El demandado solicitó en este escrito se declare la nulidad de lo actuado a partir de la calificación de la contestación de la demanda a fin de garantizar el derecho a la defensa, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica; derechos que no pueden vulnerarse al amparo de decisiones arbitrarias en manifiesta violación de trámites y de derechos, debiendo de enmendarse estos errores judiciales en justicia.

El 28 de noviembre de 2018 el Arq. Gonzalo Escobar Toala presentó un nuevo escrito en el cual solicitó nuevamente que la Juez declare la nulidad de lo actuado, en atención al escrito anterior en el que esgrime argumentos sólidos sobre las irregularidades y violaciones de ley en la tramitación de esta causa, enfatizando que la autoridad no se ha pronunciado al respecto y con su silencio afecta sus derechos y de la empresa representada; solicitó que provea el escrito y declare la nulidad de lo actuado a partir del auto de calificación de la contestación a la demanda conforme lo ha venido requiriendo en derecho; anexando al escrito Escritura Pública de Ampliación del Plazo Social y Reforma al Estatuto de la Compañía Constructora e Inmobiliaria ESCOAL Cía. Ltda. donde consta el nombramiento del Arq. Gonzalo Escobar como Gerente General y como tal Representante Legal y a José Patricio Alvarado Suárez en calidad de Presidente, suscrita el 26 de marzo de 2018; así como también Nombramiento de la Junta de Accionistas donde se los ratifica con el cargo de GERENTE GENERAL por

dos años al Arq. Gonzalo Escobar y PRESIDENTE a José Alvarado, con fecha 12 de octubre de 2018; Registro Mercantil de Manta del 19 de octubre de 2018 con la designación de cargo de GERENTE GENERAL a Escobar y PRESIDENTE a Alvarado; Registro Único de Contribuyentes SRI determinando al Arq. Escobar como Representante Legal; y ampliación de objeto social y reforma al estatuto de responsabilidad limitada del Registro Mercantil de Manta del 27 de marzo de 2018 donde determina al Arq. Gonzalo Escobar como Representante Legal.

El 4 de diciembre de 2018 José Patricio Alvarado Suárez presentó ante la Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en Manta escrito en calidad de TERCERO; escrito en el cual inadmite las pretensiones de la parte actora por cuanto consideró que no les asistía el derecho a demandar por indemnización daños sufridos, manifestando que los daños de la vivienda no fueron ocasionados por la mano del hombre lo cual es el requisito principal para el reclamo; que los daños alegados por los demandantes no son verdaderos y que ellos actúan en franco abuso del derecho tratando de sorprender a la autoridad con argumentaciones carentes de credibilidad y contradictorias señalando que al poco tiempo de habitar ellos la vivienda esta empezó a presentar daños, este debió de ser el momento oportuno para hacer valer los derechos que les asistía y no dejar pasar el tiempo de manera antojadiza e interponer una demanda inviable legalmente, a todo ello está el terremoto de abril de 2016 catástrofe que no afectó la construcción; precisó que los accionantes antes de concluir la obra se tomaron la casa de habitación para colocar cavados aproximadamente cuatro meses después de iniciar la construcción y en todo momento manifestaron estar de acuerdo con las excavaciones y el tipo de construcción, en ningún momento cuestionaron ninguno de los procesos.

Indicó el tercero en su escrito que la parte actora anexó a su demanda informes sobre peritajes estructurales los que determinan la existencia de errores estructurales, aunque nunca realizaron excavaciones para poder realizar pruebas de resistencia, enfatizando lo determinado en la contestación de la demanda realizada por el Representante Legal; de igual forma determinó la prescripción de la acción establecida en el Art. 2392 del COGEP; acogiéndose al Art. 46 de esta misma norma legal para intervenir como Tercero Involucrado y rechaza la conducta de la Autoridad Juzgadora con decisiones y criterios arbitrarios y antojadizos que les causa graves perjuicios a él y a la compañía al dejarlos fuera del proceso, provocando con ello la nulidad de lo actuado a partir del auto de calificación de la contestación a la demanda. Presentando como pruebas las diferentes certificaciones de nombramientos, acciones, participaciones, certificación de presidente y representante legal de la compañía, contrato de construcción, copias certificadas de inspecciones judiciales practicadas en el terreno y la vivienda en las cuales se concluye que estas fallas NO SON ESTRUCTURALES, sino a consecuencia de causas externas a la ejecución de la obra. Sobre testimonios solicitó se les recepten a los profesionales que participaron en la obra detallando sus nombres, a los demandantes y a los profesionales técnicos quienes deberán responder al interrogatorio que se les formulará.

El 5 de diciembre de 2018 se llevó a efecto la audiencia de juicio con la comparecencia de las partes procesales, una vez practicadas las pruebas anunciadas y admitidas en la audiencia preliminar, así como los pedidos de nulidad y escuchado los alegatos de las partes y de un tercero interesado propuesto por José Patricio Alvarado Suárez, argumentando que las providencias dictadas le afectan directamente como Presidente de la entidad demandada, lo que a consideración del Juez fue presentada

fuera del término que señalan los Artículos 46 y 48 del COGEP, por lo que resolvió que no aceptar la comparecencia de un TERCERISTA.

En su resolución oral la juzgadora condenó a la compañía CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA ESCOAL CIA. LTDA. en la persona de quien legalmente le represente, al pago como indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a los actores de esta causa, en la cantidad de USD 220.000,00 por daño emergente; y, USD 94.958,76 como lucro cesante, más los honorarios de la defensa técnica de la parte actora. Resolución que fue elevada a sentencia el 18 de diciembre de 2018.

La parte demandada con fecha 21 de diciembre de 2018 presentó ante la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Manta, Solicitud de Aclaración y Ampliación, que fue contestada el 25 de enero de 2019 mediante providencia de la juez y en su parte resolutive dispuso sobre los puntos reclamados dejando aclarado que por un error de escritura se determinó en la sentencia escrita como valor a cancelar “220” cuando lo correcto es “USD 220.000,00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica”, subsanándose de esa forma un error de escritura; además por no existir nada que aclarar o ampliar, se negó la solicitud de ampliación hecha por el accionado.

El 4 de enero de 2019 el accionado, Gonzalo Oswaldo Escobar Tóala, como Representante Legal y José Patricio Alvarado en su calidad de presidente de la Constructora e Inmobiliaria ESCOAL Cía. Ltda. interpusieron RECURSO DE APELACIÓN, anexando los documentos habilitantes que determinan su

Representación Legal y Presidencia; recurso que es admitido a trámite el 18 de febrero de 2019.

Como fundamentación para la presentación de este recurso Gonzalo Escobar refiere que la autoridad no dio ninguna respuesta a los cuestionamientos realizados a ella sobre las irregularidades y vicios de procedimiento que se cometieron en la tramitación de la causa, solicitando la declaratoria de nulidad ya que se evidenció violación directa de normas procesales, tales como el no haber enviado la Juez a aclarar o completar la contestación de la demanda si no cumplía con evidenciar su representación legal de la compañía; en la audiencia preliminar una vez que la parte actora interviene e indica que a quien se está juzgando es a la compañía y no a Gonzalo Escobar como persona natural y este no solo contestó la demanda sino también acudió a la audiencia preliminar sin estar habilitado legalmente, la Juez solicitó que la parte demandada fundamente sus excepciones previas una vez realizada las fundamentaciones la Juez sin ningún sustento legal suspendió la audiencia por quince minutos violando lo normado en el Art. 81 del COGEP, lo cual produjo el reclamo por parte del demandado siendo inobservado por la Juez quien no declaró la nulidad como la establece la norma, volviéndose a reinstalar la diligencia dando paso a las fundamentaciones previas para posteriormente decidir mediante auto interlocutorio apartarlo de la diligencia de audiencia preliminar aduciendo que no es parte procesal que la demanda fue contestada por una persona natural, prosiguiéndose con la tramitación y se dispuso que solo actúe la parte actora sobre los vicios de procedimiento, con lo cual fundamentó su recurso de apelación de sentencia que declaró con lugar la demanda, refiriendo que fueron vulnerados el derecho constitucional del debido proceso en la garantía del derecho a la defensa, Art. 76 de la CRE, violación del derecho a la seguridad jurídica y a la tutela

judicial efectiva Artículo 82 de la carta magna, así como también las garantía de motivación constantes en el Artículo 76, numeral 7 literal l).

De igual manera José Patricio Alvarado Suárez interpuso Recurso de Apelación el 4 de enero de 2019, manifestando sobre la reparación de daño el Código Civil dispone la prescripción por daño o dolo en cuatro años desde la ejecución del daño, Art. 2235; y la acción para reclamar perjuicios por incumplimiento contractual prescriben en cinco años, Art. 2415 de la misma norma legal; recalando que el contrato de construcción que acompañaron a la demanda los actores no es el que se celebró originalmente ya que este se realizó por solicitud de los demandantes para realizar trámites financieros y se solicitó que se suban los rubros; el contrato al cual se sujetaron las partes fue suscrito el 18 de abril de 2008 y la fecha de entrega de la obra fue el 18 de agosto de 2018, por lo tanto transcurrieron desde esa fecha más de cuatro años en los cuales se entendía que no había ninguna queja de la obra. Fundamentó su recurso en lo instituido en el Art. 46 de COGEP y en las garantías básicas del derecho al debido proceso como son el derecho a la defensa, el derecho a ser escuchado en cualquier estado de la causa, el derecho a contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa, el derecho a contradecir, el derecho a presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistido y replicar los argumentos de las otras partes, presentar pruebas y contradecir las que se presuman en su contra. Solicitó que previa declaratoria de nulidad se lo tenga como tercero perjudicado.

El 25 de enero de 2019, con el contenido de ambos escritos que fundamentan su Recurso de Apelación, se corrió traslado a la contraparte para que de contestación en el término de diez días.

Los cónyuges Clodovico Cevallos Cedeño y Johana Arbito Boccanedes, mediante su procurador judicial dieron contestación el 8 de febrero de 2019 a la fundamentación del recurso de apelación que realizó la parte demandada, indicando que era improcedente la aplicación de este recurso ya que los demandados realizaron a la Juez el pedido de aclaración o ampliación de la sentencia el mismo que fue contestado el 25 de enero de 2019 y es a partir de esa fecha que se podría interponer el recurso no antes según lo determinado en el Art. 255 del COGEP, lo que no fue realizado ya que el escrito con la fundamentación interpuesto no se encuentra en los tiempos determinados como está normado.

En lo concerniente a la contestación sobre la fundamentación del recurso de apelación de la negativa de declaratoria de nulidad los esposos refirieron que es una falacia que haya comparecido a contestar la demanda en representación legal de la compañía el Arq. Gonzalo Escobar según lo esgrimido por él en su recurso; en ese escrito él determinó que comparecía por sus propios derechos sin indicar que lo hacía a nombre de la empresa y sin adjuntar nombramiento que acreditara como tal; circunstancia que fue acogida por la Juez de primera instancia en la audiencia preliminar declaró que no se consideraba como demandado y por lo tanto todas las excepciones y declaraciones que él a título personal había interpuesto no se las debía considerar y a esta decisión el Arq. Escobar interpuso recurso de apelación que fue negado por la Jueza, pudiendo haber interpuesto posteriormente recurso de hecho lo que no realizó; mencionando que demandaron indemnización de perjuicios porque la casa está en ruinas por culpa del constructor lo que ha sido demostrado con los peritajes geológicos y estructural con los cuales los peritos hicieron conocer las causas de la ruina de la vivienda, la empresa demandada tenía el derecho de realizar una pericia y defender con

la misma su tesis pero no lo hizo porque al no contestar la demanda tampoco podía presentar los medios probatorios para defenderse. Sobre el Tercero Perjudicado presentó su intervención extemporáneamente ya que la propuso fuera del término de diez días después de la convocatoria a audiencia de juicio según lo determinado en el Artículo 48 del COGEP.

Por sorteo de fecha 20 de marzo de 2019 la competencia del Recurso de Apelación se radicó en la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Manabí; los jueces de la Sala convocaron a Audiencia de Apelación para el miércoles 8 de mayo de 2019.

Los Jueces en su resolución hacen un llamado de atención a la Juez “A quo” y en su análisis y respectiva motivación determinaron la falta de acuciosidad por parte de la operadora de justicia quien vulneró las garantías básicas del debido proceso, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva de la parte accionada al inobservar lo determinado en la Constitución de la República del Ecuador Art. 76, numeral 1, 169 y Código Orgánico de la Función Judicial, Artículos 3 y 29.

Los Jueces refieren que la parte actora cuando comparece el Arq. Gonzalo Escobar se le corrió traslado en aplicación del Art. 151 del COGEP; dando contestación los demandantes sin realizar ningún tipo de objeción con respecto a la calidad en que comparecía el accionado Gonzalo Oswaldo Escobar Toala, momento procesal oportuno que tenían los accionantes, para observar la calidad en que este comparecía y al no haberlo hecho significaba la conformidad de lo señalado en el escrito de comparecencia del accionado, contraviniendo el principio de buena fe y lealtad procesal conceptualizado

en el Art. 26 del Código Orgánico de la Función Judicial; así como también la Jueza “A-quo” erró al no aplicar el Art. 156 del COGEP siendo esta su obligación.

En cuanto a la comparecencia del tercero de acuerdo con el Art. 46 del COPEG que señala que en todo proceso podrá intervenir un tercero que se considere que las providencias judiciales le causen perjuicio directo; considerando los miembros de la Sala que debió ser procedente su comparecencia al proceso en la calidad que señala.

Además observaron que la señora Jueza de primera instancia concedió indebidamente el Recurso de Apelación del auto interlocutorio que no dio procedencia, incurriendo en el mismo error al no conceder el recurso de apelación también del auto de negativa del tercero, pese haberlo negado en dos ocasiones anteriores y sin haber interpuesto la parte accionada el recurso de hecho, de la revisión realizada por el tribunal a los escritos de fundamentación del recurso de apelación presentados por el accionado y el tercero interviniente, estos han sido presentados dentro del término concedido en el Art. 257 del COGEP; siendo deber del Tribunal considerar lo previsto en el Art. 111 del COGEP, que se refiere a la nulidad y apelación el mismo que establece en su parte pertinente: “Si encuentra que hay nulidad procesal y que la misma ha sido determinante porque la violación ha influido o ha podido influir en la decisión del proceso, la declarara a partir del acto viciado y remitirá el proceso a la o al juzgador de primer nivel”.

Al observar los miembros de la Sala que en el proceso no se le permitió a la parte accionada ejercer el derecho a la legítima defensa, dejándolo en completa indefensión, violándose los presupuestos del Art. 76, numeral 7, literales a), b) y c) de la Constitución

de la República del Ecuador que determina en su parte principal que se debe de asegurar el cumplimiento del debido proceso el mismo que incluye garantías básicas como del derecho a no ser privado de una legal y debida defensa en cualquiera de las etapas del proceso, que se le brinde no solo el tiempo sino también los medios para poder realizar un efectiva defensa, con igualdad de condiciones debiendo de ser escuchado en los tiempos procesales que el proceso determine.

En lo que corresponde al debido proceso en lo relativo al derecho a la defensa la Jueza de primera instancia colocó a la parte accionada en indefensión al no haber mandado a aclarar el escrito de comparecencia de Gonzalo Oswaldo Escobar Tóala, como era su obligación hacerlo, más aún cuando del proceso obran documentos que demostraban ser el representante legal de la empresa Constructora e Inmobiliaria ESCOAL Cía. Ltda., así como claramente se lo hace constar en la demanda y actas de citación, violentando el principio de la tutela judicial, al no aplicar el Art. 156 del COGEP; o, en su efecto haber convalidado dicho acto en la audiencia preliminar en aplicación del Ar. 130 numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial, situación que conlleva a que la parte demandada empresa Constructora e Inmobiliaria ESCOAL Cía. Ltda., a través de su representante legal no haya tenido la posibilidad de contestar la demanda y presentar las pruebas de descargos respectivas en el tiempo oportuno, escenario que demuestra la vulneración de la garantía prevista en el Art. 76 numeral 1 de la Constitución de la República, que prescribe que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá la garantía básica de que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

En este sentido, es obligación de los operadores de justicia, aplicar las garantías básicas del debido proceso, y específicamente tutelar su cumplimiento en las diferentes actuaciones judiciales, ya que su desconocimiento acarrearía la vulneración de derechos constitucionales como el derecho a la defensa y la seguridad jurídica.

El Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí resolvió declarar la nulidad de oficio a partir del auto que admite a trámite la contestación de la demanda para que se reponga el proceso y la Jueza “A-quo” aplique lo dispuesto en el Art. 156 del COGEP; además le realizan llamada de atención para que sea en sus actuaciones más prolija y acuciosa, garantizando a las partes procesales los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, así mismo que aplique las normas procesales conceptuadas en el COGEP.

La parte accionante solicitó en la audiencia oral se aclare o amplíe la resolución emitida por el tribunal, ante lo cual la Sala negó dicho pedido al determinar que fue debidamente motivada y estar clara y precisa.

Los accionantes mediante procuración judicial solicitan por escrito se aclare o amplíe la resolución del Recurso de Apelación emitido por de la Sala ante lo cual señalaron los miembros de la Sala que al haberse solicitado la aclaración en la Audiencia donde se adoptó la decisión y negado dicho pedido de aclaración, este deviene de improcedente por interponerlo por segunda vez, conforme lo dispone el inciso segundo del Art. 251 del COGEP.

A esta resolución de apelación la parte accionante interpuso Acción Extraordinaria de Protección ante la Corte Constitucional el 16 de julio del 2019, la misma que fue inadmitida ya que la acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.

CONCLUSIÓN

En la presente investigación fueron vulnerados los principios constitucionales del debido proceso, derecho a la defensa, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva por parte del juez de primera instancia, así como también los principios de celeridad y lealtad procesal, lo indicado se pudo determinar mediante el análisis de las actuaciones procesales desde la contestación a la demanda por parte del accionado.

En cuanto a la autoridad juzgador sus actuaciones fueron contradictorias, pudiendo constatar en el proceso la flagrante violación a trámites y procedimientos ya que quien contesta y comparece a la demanda es el Arq. Gonzalo Escobar, como persona natural y Representante Legal de la empresa ESCOAL Cía. Ltda., considerando como ya se indicó que son los mismos accionantes quienes en su demanda lo manifiestan; además en el acta de citación dice “se ordena la citación a la parte demandada empresa CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA ESCOAL CIA. LTDA. Representada legalmente por el Arq. Gonzalo Oswaldo Escobar Toala, en el domicilio señalado en esta ciudad de Manta...”, por lo cual comparece y manifiesta su calidad como representante entendiéndose que compareció a juicio por ser el demandado y legítimo pasivo; la juez calificó y admitió a trámite la contestación de la demanda; con lo actuado por la Juez se puede apreciar que no existió firmeza en sus decisiones e inestabilidad lo cual genera desconfianza en la administración de justicia.

Una vez que se da por recibida la contestación de la demanda el juzgador deberá de calificarla y una vez que sea examinada si cumple con los requisitos legales se la tramitará y se dispondrá la práctica de las diligencias solicitadas; en el caso que se

considere que no se han cumplido se ordenará la aclaración de la contestación o la reconvencción o que sea completada en el término de tres días con la advertencia de tenerlas por no presentadas, según lo determina el Art. 156 del COGEP; lo cual no fue realizado por la Juez de primera instancia, al contrario la calificó y la admitió a trámite por considerar que comparecía el demandado Gonzalo Escobar Toala en representación de la empresa, acreditando su representación legal los documentos anexos como el Registro Único de Contribuyentes y la Certificación de representación de la compañía.

En cuanto a la audiencia preliminar en esta se dejó en indefensión al demandado al alegar la parte actora que quien compareció a juicio fue Gonzalo Escobar como persona natural y no en representación de la Compañía, para acto seguido y sin sustento legal la juzgadora suspende la audiencia de manera injustificada, conducta impropia de un juez que viola el Art. 81 del COGEP el mismo que obliga a permanecer los juzgadores ininterrumpidamente en audiencia, actuación por la que se debió declarar nulidad como lo determina la norma citada; una vez que fue reinstalada la audiencia el juez manifestó que no dicta auto interlocutorio toda vez que el demandado no compareció ni dedujo excepciones previas, siendo esta decisión por parte del juez otra violación al trámite ya que cualquier decisión de la autoridad debe realizarse mediante auto conforme lo establece el Art. 88 del COGEP el mismo que exige a los juzgadores que se pronuncien y decidan a través de sentencias y autos sabiendo que la sentencia es la decisión sobre asuntos sustanciales del proceso y el auto interlocutorio es la providencia que resuelve cuestiones procesales que no siendo materia de sentencia pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento.

Por ser procedente, correcto en derecho y en fiel cumplimiento con la ley se dio paso en esta audiencia preliminar a la fundamentación de las excepciones previas a fin de proseguir con la tramitación de la causa y evacuar en su integridad la pruebas, es en esta fase de saneamiento que correspondía declarar la nulidad de la actuado a partir del auto de admisión a trámite de la contestación a la demanda y luego de ejecutoriado el auto y cumpliendo con la ley procesal conceder el término a la parte demandada para que aclare y complete la contestación pidiendo se defina en que calidad comparece Gonzalo Escobar Toala, esta sería la actitud de un verdadero administrador de justicia y garantista de los derechos de las partes, entendido correctamente que los juzgadores manifiestan sus decisiones a través de sentencias, autos interlocutorios y providencias, el juzgador en este estado declaró mediante auto interlocutorio apartar de la diligencia de audiencia preliminar al demandado aduciendo que no era parte procesal y que la demanda fue contestada por una persona natural más no por el representante legal de la compañía demandada.

Es así como se procede a la audiencia de juicio en la cual también se determinó que Gonzalo Escobar comparecía a título personal y como pronunciamiento del juez este determinó en favor de la parte demandante.

Todo este accionar el juez de primera instancia fue observado y criticado por la Sala quienes enfatizaron que en todo proceso se debe de hacer efectivo el derecho de la personas a obtener una resolución de fondo basada en derecho, según lo determinado en el Art. 82 de la Constitución de la República en armonía con los Artículos 25 y 130.1 del Código Orgánico de la Función Judicial que consagran el principio del debido proceso, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, fundamentadas en el respeto a la

constitución y normas jurídicas previas, claras, públicas y que deben ser aplicadas por las autoridades competentes.

La Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial y el COGEP establecen como deber de los juzgadores cuidar que se respeten los derechos de las partes, especialmente que ninguna de ellas queden en indefensión, conforme lo previsto en el Art. 76 numeral 7 literales a, b y c, resaltado que la Corte Constitucional se pronunció a favor de precautelar el derecho a la defensa de la parte demandada la misma que se la dejó en indefensión por el juez “A-quo”, violentando el principio de tutela judicial efectiva establecido en el Art. 156 del COGEP, o en su efecto haber convalidado dicho acto en la audiencia preliminar aplicando el Art. 130 numeral 8 del COFJ; resolviendo declarar la nulidad de oficio a partir del auto que admite a trámite la contestación de la demanda.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre, V. (2004). *La tutela judicial efectiva como derecho humano: una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador*. Quito: Ediciones Abya Yala.
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 del 20-October-2008*. Quito: Lexis Finder. Recuperado el 18 de abril de 2019
- Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial N° 544*. Quito: Lexis.
- Avila Linzán, L. (2008). *La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008 en el contexto andino*. Quito: Ministerio de Justicia y derecho humanos.
- Cabanellas de las Cuevas, G. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Heliastra S.R.L.
- Cabanellas de Torres, G. (2003). *Diccionario Jurídico Elemental*. Perú: Heliasta.
- Cabanellas, G. (2012). *Diccionario de Ciencias Jurídicas*. Buenos Aires: Heliasta.
- De la Oliva Santos, & De la Oliva Santos, A. (2002). *Derecho Procesal* (2da. Edición ed.). Madrid - España: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- García, J. (2001). *Las Garantías Constitucionales*. Quito: Rodín.
- Granja, P. (2014). *Derecho Ecuador*. Recuperado el 17 de octubre de 2019, de Seguridad Jurídica y Debido Proceso:

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2014/11/24/-seguridad-juridica-y-debido-proceso>

Mestanza Solano, M. (2011). Diario La Hora. *El derecho a la defensa*. Recuperado el 29 de septiembre de 2019, de [\http://lahora.com.ec/noticias/show/1101145719#.WSRSDe202w

Pozo Zumárraga, M. (2013). *La prueba en el sistema procesal penal acusatorio*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/la-prueba-en-el-sistema-procesal-penal-ecuadoriano>

ANEXOS