

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

JUEZ PONENTE: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

Quito, 05 de marzo de 2013, las 09h37.-

VISTOS: En virtud de que la Jueza y los Jueces Nacionales, abajo firmantes, hemos sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 1-2012 de 30 de enero del 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada; y, conforme la correspondiente acta de sorteo electrónico que consta en el expediente de casación de 21 de marzo de 2012, somos el Tribunal competente y avocamos conocimiento de la presente causa, conforme los artículos 183 y 190 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 1 de la Ley de Casación.-El escrito presentado por José Román Cabrera agréguese al proceso. Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera:

PRIMERO.-Viene a conocimiento de este Tribunal el recurso de casación interpuesto por José Román Cabrera, en representación de ROOTOURS S.A. en contra del auto de 29 de noviembre de 2010, 9h45, dictado por la Segunda Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, por la cual *“la Sala no acoge el recurso de apelación y confirma la providencia del juzgado de origen dictada en fecha 6 de mayo de 2010 las 09h 50m.”*; dentro de la fase de ejecución de sentencia del juicio de reivindicación propuesto por Rootours S.A. en contra de Guido Xavier Carrasco Muñoz y otros.

SEGUNDO.- Con auto de 10 de agosto de 2011; las 15h15, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia atiende el pedido de revocatoria del recurrente y admite el recurso de casación interpuesto por José Román Cabrera, en representación de Routours S.A., que se fundamenta en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

TERCERO.-Este Tribunal tiene claro que la argumentación del recurso de casación así como la contestación que se dé al mismo, debe ser analizada no como se lo haría si éste fuese un recurso de tercera instancia sino que debe analizarse bajo los principios procesales de la casación, donde en inicio no es posible introducir nuevos hechos en el debate, ni discutir los problemas fácticos de la instancia. En efecto, no cabe tratar en su totalidad las cuestiones del pleito, pues la casación recae sobre la legalidad de la resolución de instancia, de suerte que si la decisión impugnada contiene

infracciones legales se la casa y se dicta una nueva, haciendo una correcta aplicación de las disposiciones legales infringidas; en definitiva se intenta restablecer el imperio de las normas de derecho y unificar la doctrina, ante todo con un matiz acusadamente público, porque su concepción revela el propósito de conseguir, por una parte, que las normas jurídicas se apliquen con oportunidad y se interpreten rectamente, y lograr, por otra, mantener la unidad de las decisiones judiciales, como garantía de certidumbre e igualdad para cuantos integran el cuerpo social.

CUARTO.- El casacionista manifiesta que interpone la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

4.1.- El recurrente señala que los jueces debían atenerse al principio dispositivo, previsto por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial y no violentar el mandato del Art. 140 del mismo Código, que señala: *“Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.”*. Sin embargo, el casacionista omite señalar la primera parte del mismo artículo que ordena: *“La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.”*, por tanto, el juez debe atenerse a los hechos que las partes presentan pero así mismo, como conocedor del derecho, debe aplicarlo según corresponda al proceso, aunque las partes no lo hayan invocado.

4.1.1.-La resolución sobre la acción reivindicatoria trae efectos asociados a su propia naturaleza. *“Si el juez da la razón al poseedor y desecha la demanda, este seguirá poseyendo pero, si se acepta la demanda, el juez ordenará la restitución de la cosa al dueño para que éste recupere así la posesión de la que carecía y que es, finalmente el propósito de la acción reivindicatoria. En este evento, en el que el poseedor es vencido y condenado a restituir la cosa al dueño, tiene lugar las prestaciones mutuas, especie de liquidación de cuentas provenientes del hecho de haber sido el poseedor el que ha mantenido la cosa en su poder durante determinado tiempo en el que la cosa puede haber sufrido daños o recibido mejoras, producido frutos, etc.”*, (Genaro Eguiguren, *Derecho de Propiedad en el Ecuador*, CEN, Quito, 2008, p.357; todo aquello se encuentra previsto y regulado bajo el parágrafo IV del Título XIII *“De la reivindicación”* del Libro II del Código Civil, bajo la denominación de *“Prestaciones mutuas”*, en este orden de cosas, no es

procedente lo que afirma el recurrente cuando menciona que no existió reconvención dentro del juicio, por lo que no se podía ordenar el pago de expensas; pero conforme lo antes referido, las prestaciones mutuas no son una acción diferente, sino un efecto directo de la resolución del juez en el juicio reivindicatorio. Por tanto, no es atinente la alegación realizada en ese sentido.

4.2.-El recurrente sustenta su recurso diciendo que la Sala de la Corte Superior dispuso que el peritaje se lo practique respecto de las mejoras especificadas a fojas 502 y 503 del proceso (que podrá verificarse no son necesarias), no obstante el Perito designado, Arquitecto Molina, se permite incluir en su peritaje, “nuevas y supuestas mejoras”, que jamás fueron consideradas antes y cuyo detalle no constaba especificado a fojas 502 y 503 del proceso, particular que motivo el rechazo del recurrente y que fue subsanado con la merma de una valor considerable, sin embargo de lo cual, el perito incurre en una serie de errores esenciales que no han sido atendidos en su rectificación.

Además, alega el casacionista que el Art. 258 del Código de Procedimiento Civil ordena que si el error esencial en el examen pericial, ha sido probado sumariamente, deberá ordenarse que se corrija por otro perito. Por esa razón se han adjuntado tres informes distintos, *“presentado por tres profesionales de amplia trayectoria, prestigio y muy conocidos en nuestro medio,... todos los cuales, bajo la misma metodología descriptiva utilizada por el Perito actuante, Arq. Molina, proceden a realizar una explicación de cada una de las mejoras y valorarlas, dejando en evidencia los errores esenciales existentes.”*

El recurrente afirma que pese a encontrarse demostrado el error esencial, conforme ordena el Art. 258 del Código de Procedimiento Civil, el Juez A quo no procede a designar un nuevo perito. La Sala especializada de la Corte Superior, en su resolución emitida, revisado el informe pericial del Arq. Molina y la prueba sumaria presentada, señaló que NO encuentra error esencial. *“Conforme se evidencia la Sala no analiza debidamente la prueba sumaria presentada, pues ésta deja en evidencia una serie de errores esenciales que me causan un perjuicio irreparable, errores sustanciales cuyo detalle consta en varios escritos presentados y en la prueba sumaria adjuntada al proceso, particular que lleva a la Sala a la NO aplicación de normas de derecho de manera particular NO aplicación del mandato del Art. 258 del Código de Procedimiento Civil.”*

4.3.- Debemos tener presente que el recurso de casación además de las exigencia de

fundamentación adecuada, en este caso, de la causal tercera, para el propósito debe justifica su pertinencia al tenor del inciso segundo del Art. 2 de la Ley de la materia, esto es, *“si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado.”*

Tratándose de un auto dictado dentro de la fase de ejecución de la sentencia de reivindicación se aprecia que la sentencia de 18 de mayo de 2009, dictada por los Jueces Provinciales de la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en su parte pertinente dentro del fallo dispone: *“... se confirma la sentencia venida en grado respecto de los demás demandados, por cuanto se han justificado los presupuestos establecidos en el Art. 933 del Código Sustantivo Civil; mas, de conformidad con lo dispuesto en la primera parte del Art. 949 del mismo Código, en la restitución del bien que se reivindica, comprenderá las cosas que forman parte de él o que se reputan como inmuebles por su conexión, es decir, las obras comprendidas en el acápite 8 del informe pericial del Art. Luis Cevallos Gualpa, que constan especificadas en fs. 502 a 503, que se lo toma en cuenta por ser más completo, ya que en el informe del Ing. Rómulo Terreros, a fs. 88, algunos rubros constan en forma global; las expensas realizadas en dichas obras se las califica de necesarias según lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 952 ibídem, pero el valor se determinará mediante un nuevo avalúo, tomando en consideración la notable diferencia entre los avalúos de los dos peritos antes referidos.”*. En consecuencia corresponde la liquidación de los valores por los conceptos ordenados en la sentencia, que precisamente al estar así dispuesto no puede decirse que el auto dictado en etapa de ejecución resuelve puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, menos que contradigan lo ejecutoriado.

4.4.- Respecto a la acusación de falta de aplicación del Art. 258 del Código de Procedimiento Civil se debe considerar que al no haberse aceptado que existe error esencial, no cabe su aplicación, pues el presupuesto fáctico de la norma exige la declaración de error esencial en el informe pericial, al no haberse resuelto en tal sentido no se requiere el nombramiento de otro perito que corrija el error, siendo por tal motivo improcedente la alegación realizada por la no aplicación de la norma referida.

4.4.1.- De todas formas, es necesario recordar que lo que pretende el recurrente es que a través del recurso de casación se resuelva un tema fáctico, esto es, la valoración realizada a las expensas, lo

cual escapa de la competencia de este Tribunal de Casación. Siendo un tema de valoración de bienes, entonces no es un asunto de error esencial, pues no tiene relación con la sustancia o naturaleza propia de las cosas, el hecho de que las expensas o mejoras puedan ser mayores al valor del terreno, como reclama el recurrente, tampoco cambia la esencia o sustancia de las cosas, más bien es posible y hasta común que aquello ocurra.

De cualquier forma, si se pudiese considerar que se refiere a un asunto de “error esencial” en el informe pericial, este tema no es materia de casación, pues supone una convicción del juez sobre lo que trata el peritaje, antes que una regla de valoración probatoria, así lo ha reiterado la jurisprudencia ecuatoriana, por ejemplo, en el fallo 306 -2001 (Registro Oficial 627, 26 de Julio del 2002), que en su parte pertinente dice: *“En caso de discordia en los informes periciales el juez de considerarlo necesario para tomar su criterio, nombrara otro perito. Estas disposiciones no contienen, en rigor, preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba a los que debe someterse el juez en forma obligatoria. Son, más bien, normas que le confieren al juez facultades discrecionales para que la prueba pericial sea eficaz y útil para establecer la verdad de los hechos que se examinan o discuten en el proceso. Así, en el artículo 261, se determina que el juez, de oficio o a petición de parte, podrá pedir explicaciones al perito, si el informe fuere “oscuro o insuficiente”, calificación sin duda discrecional; en el artículo 262, se establece la posibilidad de que el juez ordene la corrección del informe, si se ha probado un error esencial en el mismo, apreciación que corresponde también a su libre convicción; y en el artículo 263 se abre la posibilidad de nombrar otro perito, siempre que el juez lo considere necesario. Todas estas facultades discrecionales se complementan finalmente con lo que dispone el segundo inciso del artículo 266: “No es obligación del juez atenerse, contra su convicción, al juicio de los peritos”. Respecto a estas facultades discrecionales escribe el tratadista Fernando de la Rúa: “Dentro de los poderes de la valoración jurídica del hecho competen al juez ciertas facultades para cuyo ejercicio tiene una suerte de poder dispositivo sobre el contenido de la norma. Estas facultades discrecionales que le son acordadas no se ejercen a través de una declaración valorativa que pueda ser generalizada, sino individualizando concretamente una consecuencia particular derivada del encuadramiento jurídico del hecho comprobado. Su ejercicio depende de la apreciación de circunstancias de hecho que sólo el juez de mérito puede apreciar en el debate. El ejercicio de estos poderes discrecionales, en principio, no puede ser controlado en casación. Son,*

más bien, normas que le confieren al juez facultades discrecionales para que la prueba pericial sea eficaz y útil para establecer la verdad de los hechos que se examinan o discuten en el proceso.”

4.5.- La jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, y de la Corte Suprema de Justicia, ha sido coincidente y reiterada en señalar el carácter estrictamente formal, especial y restringido que tiene este recurso, cada causal debe ser debidamente sustentada y justificada en la acusación que se realiza, pues la mera mención de las normas que considera como vulneradas no es suficiente. Puntualmente la causal tercera se refiere a lo que la doctrina denomina violación indirecta de la norma sustantiva. Siendo necesario, que para que pueda admitirse esta causal, el recurrente debe identificar con precisión el medio de prueba que considera no ha sido valorado en forma legal dentro de la sentencia; además requiere indicar la norma procesal sobre la valoración de la prueba que estima se ha vulnerado; demostrar en qué forma esa vulneración normativa que acusa tiene relación con el medio de prueba respectivo; y finalmente, señalar en forma precisa la norma sustantiva o material que se ha violado por consecuencia de la equivocada valoración probatoria. Lo cual, de modo alguno ha realizado el casacionista, que ha fundamentado su recurso en la falta de aplicación del Art. 258 del Código de Procedimiento Civil, que no es una norma de valoración de la prueba, lo que hace improcedente la causal invocada.

QUINTO: Por todo lo anterior, y sin que sea necesario más consideraciones, este Tribunal de Casación, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA: NO CASA** el auto de 29 de noviembre de 2010, las 9h45, dictado por la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.- Sin costas que regular.- Notifíquese, devuélvase y publíquese.- f) Drs. Álvaro Ojeda Hidalgo, Paúl Iñiguez Ríos y Paulina Aguirre Suárez JUECES NACIONALES y Dra. Lucía Toledo Puebla, SECRETARIA RELATORA que certifica.- ES FIEL COPIA DE SU ORIGINAL. Quito, 05 de marzo de 2013. Lo que comunico para los fines de ley.-

Dra. Lucia Toledo Puebla
SECRETARIA RELATORA