sesenta y tres (63)

I

JUICIO ORDINARIO: Nº 1015-04-B-(2010).

SEÑORES JUECES DE LA SEGUNDA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL E INQUILINATO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS.-

ING. MARIA DEL CARMEN GUEVARA SEVILLA, en mi calidad de representante legal de la Compañía **SUTECSA S.A.**, ante ustedes respetuosamente comparezco para deducir la presente ACCION EXTRAORDINARIA DE PROTGECCIÒN:

DE LA NECESIDAD DE LA INTERPOSICIÒN DE ESTA ACCIÒN.-

Les recuerdo que hoy en día el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, y todos los derechos y garantías establecidos en la Constitución como la propiedad, el debido proceso, la igualdad, la seguridad jurídica, el derecho a la defensa y el goce de una tutela judicial efectiva, son derechos de directa e inmediata aplicación por cualquier servidor público (Art. 10 No. 3 de la Constitución).- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia Y A LA TUTELA EFECTIVA, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; EN NINGUN CASO QUEDARA EN INDEFENSIÓN. EL INCUMPLIMIENTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES SERA SANCIONADO POR LA LEY (Art. 75 Constitución). Así siendo que hoy en día toda gira a rededor de la Constitución y esta goza del efecto de irradiación sobre el resto de derecho (normas reglas o leyes ordinarias), lo ciudadanos estamos dotados de un poderoso instrumento protector que regula la relaciones del individuo con el Estado y las relaciones entre los mismos particulares. Esta protección de la persona tiene su fundamento en la dignidad del ser humano y el libre desarrollo de su personalidad, lo cual impone a todo funcionario no un deber ser, sino un ser,

En este nuevo orden democrático, la legitimidad de la existencia de función judicial y su independencia, radica en la capacidad de ésta consagración efectivamente este modelo " garantista ", pues los distintos desniveles de normas y la incorporación de los derechos fundamentales a nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley, asignándole a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos.

La presente acción extraordinaria de protección se interpone precisamente como eso, como una garantía que demanda el cumplimiento de los derechos fundamentales, y que exige se revea la actuación inconsecuente de los jueces de la Señores Jueces de la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil e inquilinato de la Corte Provincial de Justicia ,del Guayas quienes contrariando los mandatos constitucionales que impone este nuevo paradigma, han negado y desconocido el legítimo reconocimiento de derechos y garantías constitucionales que me fueron conferidos. A saber:

1. NOMBRE DEL ACCIONANTE.-

La accionante es la señora Ing. MARIA DEL CARMEN GUEVARA SEVILLA, casada, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas

2. IDENTIFICACIÒN DE LA DECISION JUDICIAL IMPUGNADA DEL PROCESO Y DE LA AUTORIDAD QUE EXPIDIO TAL DECISIÒN.-

La decisión judicial impugnada es el auto decisorio a especie de sentencia dictada por los jueces de la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, inquilinato y materias residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el día 21 de julio del 2011, a las 15h30, y notificada el dia 04 de agosto del 2011, cuyo texto transcrito de forma literal para los efectos consiguientes:

"Juicio Ordinario 1015-2004-B-2010
Guayaquil, 21 de julio; del 2011; a las 15h30

VISTOS: Para resolver el recurso de hecho interpuesto por Paùl Pastor Chica del auto que se niega el recurso de apelación propuesto de la provincia dictada el 10 de agosto del 2010 a las 16h49, expedida por el juez vigésimo octavo de lo civil del Guayaquil, dentro el juicio reivindicatorio que le sigue la Compañía Sutecsa S.A.s.al efecto se considera; **Primero**: De fjs 288 a 289 consta el auto recurrido, mediante el cual juez a quo, luego de las reflexiones que efectúa, ordena que la demandante SUTECSA S.A. pague al demandado el valor de las mejoras que el perito ha establecido y que se hace mención en el numeral 4 de este auto, para lo cual el perito interviniente Ing.Germàn Fuentes Zambrano, en término de cinco días las valorará; **Segundo**: De fs 297 a 299, consta el escrito de reproche del demandado, en el que haciendo una exposición cita la parte final de la foja 101 que contiene la resolución de la Tercera Sal de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia para reglón seguido citas fs. 103 vta. El mismo fallo y manifiesta que las expensas y mejoras fueron debidamente determinadas y cuantificadas dentro este proceso en una suma aproximadamente de US$ 600.oo tal como consta del informe presentado por el perito designado por el Juez Sexto de lo Civil de Guayaquil, informe cuyos efectos jurídicos se encontraban en firme por estar ejecutoriada la providencia que aprobó y luego de varios años el subrogante por misteriosa recusación del principal lo deja sin efecto, nombra otro perito que en forma inexplicable modifica la cuantía de las expensas y mejoras invertidas en el terreno sujeto a la reivindicación y los reduce prácticamente a la insignificante suma de US$ 20.00; cuyo informe firmado por el Ing. Germàn Fuentes Zambrano, le causa gravamen irreparable de tipo económico y definitivo, por lo que impone recurso de hecho ante la Corte Provincial de Justicia del Guayas; **Tercero**: El gravamen irreparable "se refiere a una situación estrictamente jurídico, que no puede ser modificada en el fallo definitivo porque sería inadmisible conceder la apelación si una resolución final o sentencia pueda modificarla " según el fallo de la extinguida Excelentísima Corte Suprema de Justicia constante en la Gacela Judicial Serie XVII No. 13 Pàg 2030, por cuya razón en el estado del proceso que está ejecutando la sentencia ejecutoriada la decisión recurrida del juez, no puede ser resuelta ni modificada en sentencia por haberse dictado esta con antelación, por tanto es procedente el recurso de hecho interpuesto; **Cuarto**: Analizado los autos, la Sala comprueba que efectivamente el Juez Sexto de lo Civil de Guayaquil ejecutando la

sentencia de este proceso mediante providencia que corre de fjs 124 ,designa como perito al Arquitecto Francisco Andrade Chiriguaya, " para que compruebe y valore lo señalado en el considerando séptimo de la resolución de la segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Honorable Corte Superior de Justicia de Guayaquil para lo cual deberá tomar en cuenta lo señalado en los artículos 951 inciso tres y cuatro, 952, 953 y 957 del Código Civil " concediéndole diez días para que luego de notificada presente el informe respectivo. Notificado y posesionado el perito el 20 de noviembre del 2010 presenta el informe de su examen pericial con fecha 30 de noviembre del 2010, por lo que no se encuentra afectado su nombramiento con ninguna de las causales previstas en el artículo 254 del Còdigo de Procedimiento Civil, sin embargo el Juez Subrogante a los dos años dos meses de notificada la providencia que puso en conocimiento de las partes el informe (fs.167) y sin que mediara impugnación alguna de las partes procesales incluida la parte actora, en providencia expedida el 27 de febrero del 2009 a las 10h00 (fs. 188) deja sin efecto el nombramiento del Arquitecto Francisco Andrade Chiriguaya argumentando que no ha cumplido con el numeral séptimo de la resolución dictada por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil y en su lugar a instancias de la parte actora nombra nuevo perito al Ingeniero Germàn Fuentes Zambrano; **Quinto:** Revisando el informe pericial que obra de fs. 162 a 166 la Sala infiere que es totalmente válido, porque no advierte la procedencia de la justificación del juez a quo, para dejar sin efecto el nombramiento del perito arquitecto Francisco Andrade Chiriguaya, pues este cumplimiento con su trabajo pericial, lo que hace es describir, detallar el estado de conservación y avaluar la construcción con toda su infraestructura existente sobre el bien inmueble mandado a reivindicar, que no son frutos conforme a los numerales 3 y 4 del artículo 971 (anterior) 951 (actual) del Código Civil, sino que a la sazón constituyen expensas necesarias invertidas en obras permanentes y mejoras útiles mandadas a abonar al vencido, al tenor de los artículos 972 (anterior) 952 (actual) y 973 (anterior) 953 (actual) ibídem, que es el resultado de su examen pericial acorde con el numeral séptimo de la sentencia expedida por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la H. Corte de Justicia de Guayaquil, tomado en consideración además, que la calificación de buena fe o mala fe previstas en los Art. 973 anterior 953 actual 974 anterior 954 actual del mismo cuerpo de ley, no corresponde al perito sino al juzgador, que en el caso, la realiza la sentencia de segunda instancia en la primera parte del numeral séptimo aludido. Mas, si existió algún exceso de buena o mala fe del perito al realiza su trabajo al punto que el juez no encontró suficiente claridad en el mismo, debió pedirle las aclaraciones o datos que estimaba necesarios para nombrar a otros que practiquen nueva operación como prevén la fracción final del artículo 257 concordando con el artículo 262 del Código de Procedimiento Civil o si estableció a que adolecía de error esencial probándolo sumariamente, debió ordenar que otro u otros lo corrijan como faculta el artículo 258 del mismo cuerpo de ley o en caso de discordia entre los informes nombrar a otro perito como manda el articulo 259 ibídem, pero no empleo ninguna de dichas alternativas que le permite la ley sino que de plano cuando se encontraba el informe citado en firme surtiendo sus efectos legales por falta de impugnación oportuna de los contendientes, resuelve indebidamente dejar sin efecto el nombramiento del perito a pesar que no existía causa legal alguna para tal efecto violando el trámite normal inherente a la causa con su indebido accionar analizado en el considerando anterior. Sexto: en dicho contexto resulta indiscutible que el

Juez a quo altero el trámite inherente a la naturaleza de la causa, violentando la sustanciación del proceso que se esta juzgando, provocando su nulidad al tenor del artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil, al haber actuado prescindiendo de la aplicación de las normas procesales atinentes al caso "ya que la sustanciación procesal no se encuentra sometida a la voluntad de las partes ni del Juez, sino subordinada a expresa regulaciones que atañen al orden público, porque el derecho procesal es de derecho público, formal, instrumental y medio autónomo para alcanzar los postulados de la justicia, de superlativa importancia y de imperativo cumplimiento del juzgador, tal como ha resuelto la Primera Sala de la extinguida Excma. Corte Suprema de Justicia en fallo constante en el Repertorio de Jurisprudencia del Dr. Juan Larrea Holguin Volumen XVI página 776. En consecuencia, esta Segunda Sal de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, aceptando el recurso declara la nulidad procesal a partir de fs 188 inclusive, a cuyo estado deberá reponerse la sustanciación normal del proceso, debiendo tomarse en cuenta el análisis contenido en el considerando quinto precedente y consecuentemente ordena que el juez a quo continúe inmediatamente con el trámite de ejecución de la sentencia en cuyo estado se encuentra el proceso, para no afectar los derechos constitucionales de las partes procesales debido al dilatado tiempo transcurrido. Con costas prorrateadamente entre el Juez Vigésimo Octavo de lo Civil de Guayaquil y la parte actora. Notifíquese.-

3. DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS.-

Sin perjuicio de lo que se explicaré más adelante, que la resolución impugnada del auto decisorio a especie de sentencia y citada en el acápite anterior, es a todas luces inconstitucional porque altera el fallo que causa ejecución a la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte de Justicia del Guayas en fecha 3 de septiembre del 2004, a las 10h05, en lo que dispone en el numeral séptimo lo siguiente "...SEPTIMO.-la mala fe debe probarse salvo los casos, en que la ley la establezca como presunción así lo dispone el Art. 741 del Código Civil. En la especie no se ha probado que el poseedor demandado lo haya sido de mala fe. En tal virtud, tendrá derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación del inmueble, las que serán materia de comprobación y valoración por perito siguiendo lo dispuesto en los Arts. 972 y 973 ibídem. Se le reconocerán también los derechos señalados en los Arts. 9 7 y 3 inciso final, 974 y 978 ibídem. Con relación a los frutos se estará a lo dispuesto en los Art. 971 inciso 3er y 4to y Art. 977 ibídem".

De esta fallo las partes interpusimos el recurso de casación, el que fue tramitado ante la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, el mismo que recibió el número 101-2005, y que no fue casado, Según así se lo resolvió en sentencia de 11 de septiembre del 2005 a las 10h30, encontrándose entonces en firmen el fallo dictado por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior, al que me he referido antes y cuya parte dispositiva he copiado textualmente.

Es decir, el referido juzgador de primera instancia, encargado de sustanciar el juicio principal No. 1055-4-99 tal como lo refiere en el numeral séptimo del fallo en ejecución solicite se sirva disponer la ejecución de la sentencia ya ejecutoriada, disponiendo el nombramiento de perito para que, conforme la sentencia compruebe y valore:

Mediante providencia dictada el 8 de noviembre del 2007, a las 17h38, y que corre a fojas 124 del proceso de ejecución, el juez correspondiente Dr. Franklin Ruiliva Arce, dispuso en la parte pertinente el peritaje lo siguiente:

"... se dispone la ejecución de la sentencia ejecutoriada en última instancia, disponiéndose el nombramiento de perito al Arq. Francisco Andrade Chiriguaya, para que compruebe y valore lo señalado en el considerando séptimo de la Resolución de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Honorable Corte Superior de Justicia de Guayaquil.." perito arquitecto Francisco Andrade Chiriguaya, pues este cumplimiento con su trabajo pericial, lo que hace es decribir, detallar el estado de conservación y avaluar la construcción con toda su infraestructura existe sobre el bien inmueble mandado a reivindicar.." (lo subrayado está fuera del texto original).

El Código de Procedimiento Civil en el Art. 295 que dice la sentencia ejecutoriada NO PODRA ALTERARSE EN NINGUNA DE SUS PARTES; pero puede corregir el error de cálculo. Art. 297 del mismo cuerpo de leyes dice que la sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio. Al respecto, el Dr. Armando Cruz Bahamonde con relación la sentencia dice:

La sentencia, al proyectarse en el seno de la sociedad tiene que surtir efectos que precisa determinar para guiar nuestro pensamiento dentro de las nociones que la explican y dan significado.

Las teorías presentan una problemática dual; o la sentencia es una pura y simple actuación de la ley o, constituye una nueva norma que se origina en el sistema jurídico imperante en la sociedad, pero que puede ser distinta de la ley en su esencia y contenido. Dicho esto en otras palabras, o la sentencia es un ente meramente declarativo o está en capacidad creativa de nuevas situaciones jurídicas.

Al pretender imponer para la ejecución de la sentencia un informe pericial extraño como el presentado por el Arquitecto Francisco Andrade Chiriguaya, lo que están haciendo es REFORMANDO el contenido de la sentencia y sus efectos. Es decir, se está transgrediendo una norma concreta como lo es el contenido de la sentencia, ya que el informe pericial en mención contiene hechos no contemplados en la sentencia. Dicho informe pericial solo se limita a avaluar el inmueble consiste en solar y construcciones. De mantenerse esta conducta por parte de la Sala se estaría dando lugar a un concierto de ilícitos que podría generar figuras jurídicas desde la colusión, el prevaricato, enriquecimiento ilícito y otros

Los Señores Jueces de la sala, usan como argumento justificativo de vuestro auto de fecha 21 de julio del 2011 a las 15h30 en el hecho que el avalúo pericial presentado por el Arquitecto Francisco Andrade Chiriguaya, nunca habría sido impugnado por las partes. Sin embargo, ello no puede ser tomado como limitación fatal que impida corregir el escandaloso yerro que lleva a la injusticia un informe pericial no acorde a la realidad procesal, ya que el perito como era su obligación nunca determinó cuáles son las expensas justificadas , solo se limitó a hacer un avalúo general del bien inmueble reivindicado. De ahí que el informe aunque no hubiere sido impugnado su manifiesta improcedencia que no sirva al proceso y su finalidad. Mas aún cuando es de sobrado conocimiento es que de acuerdo al Art. 262 del Código de Procedimiento Civil dispone que "No es obligación del juez atenerse, contra su convicción, al juicio de los peritos". La tesis argüida por la Sala es tan débil, que ni siquiera existiendo una norma legal que se le sirva de base podría sostener la validez de un informe pericial extraviado con relación a lo que ordena la sentencia en ejecución.

A.- DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA:

La función judicial, por intermedio de las juezas y los jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la TUTELA JUDICIAL JURIDICA EFECTIVA a los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos o establecido en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho a la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones, excepciones y argumentaciones jurídicas que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el estado, la ley y los méritos del proceso.- La desestimación por vicio de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso.

En el presente caso el auto decisorio a especie de sentencia dictado por los Jueces de la Segunda Sala, pretendiendo darle validez a un informe pericial trucho presentado por el Arq. Francisco Andrade Chiriguaya, dizque por no haber sido impugnado dentro del término legal. Pero en el Estado de Constitucional de Derecho en que vivimos, tales inconductas no son permitidas, así el informe no hubiere sido impugnado los señores jueces no pueden dar paso peor acoger un acto abiertamente ilegal que atropella los derechos constitucionales como principalmente el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso. Es tan cierto que ni siquiera aplicando el viejo principio de la legalidad, tampoco es posible, pues hasta este ha cambiado, dejando de lado la sumisión del juzgador y las partes al contenido de la ley, sin importar su contenido. Pues hoy en día este principio está basado en el principio de constitucionalidad y "se reduce a la generalidad y abstracción de la ley, produciendo una heterogeneidad del Derecho, pero sin perder la función unificadora de la Constitución, que va superponiéndose al anterior" (Carlos Arturo Hernández Díaz/Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón.- Hermenéutica Jurídica E Interpretación Constitucional Libro 9 De Filosofía y Teoría del Derecho.- Ara Editores Biblioteca Perú/2010). En otras palabras toda norma y

todo acto debe estar adecuado a los derechos previstos en la Constitución (Art. 84 Constitución). Es por ello que el Juez se ha convertido en el guardián del debido proceso, garantizando con ello el derecho a la tutela judicial efectiva. El Ecuatoriano Jorge Zavala Egas en la obra Derecho Constitucional Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica Edilex S.A. 2010 dice textualmente: "La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de defensa o de protección de toda persona, con capacidad o sin esta, contra la injerencia de cualquier extraño, fundamentalmente del Poder público, en su ámbito jurídico. Aquí no se trata de proteger derechos fundamentales, sino cualquier derecho. Es un derecho fundamental de todo ente con personalidad reconocida por el Derecho exigir tutela judicial para que sus derechos no sean amenazados con lesión o sean efectivamente vulnerados.

La norma de la Constitución, trascrita antes, señala que la tutela judicial comprende el acceso a la justicia, además a que se instaure un proceso por un juez imparcial que impida toda indefensión y que, en el caso planteado, se dicte un fallo que sea efectivamente cumplido.

Por esta razón, bajo este argumento el juez ejecutor Vigésimo Octavo de lo Civil del Guayas, en fecha 10 de agosto del 2010, a las 16h49,dicta la providencia para resolver el incidente con relación al cumplimiento del ejecutorial de segunda instancia en fecha 3 de septiembre del 2004 a las 10h05, en cuanto a las expensas y mejoras a pagarse a la parte vencida, previa comprobación y valoración pericial, para lo cual tenemos 1).- La sentencia en ejecución cuya copia certificada consta a fojas 142y 143, en su parte resolutiva dice textualmente .." confirma la sentencia recurrida reformándola en cuanto dispone que el demandado poseedor restituya el inmueble al propietario actor de esta causa, en el plazo de 90 días a partir de que se ejecutorié de este fallo y una vez satisfecho las expensas y mejoras que se deben abonar teniendo en cuenta para la devolución lo prescrito en el art. 978 del Código Civil: también se reforma el fallo recurrido en cuanto a las prestaciones mutuas a cuyo respecto se manda actuar conforme se indica en la clausula final de los considerandos. Sin costas. Léase y notifíquese". La clausula final de los considerandos del fallo en mención dice: La mala fe debe probarse salvo en los casos en que la ley establezca como presunción. Asi lo dispone el Art. 741 del Código Civil. En la especie no se ha probado que el poseedor demandado lo haya sido de mala fe. En tal virtud, tendrá derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación del inmueble, las que serán materia de comprobación y valoración y 973 ibídem. Con relación a los frutos, se estará a lo dispuesto en el Art. 971 inciso 3o-y 4º- y art. 977 ibídem .."y en el numeral 3).- La judicatura dando cumplimiento al considerando séptimo de la sentencia en ejecución, con providencia de fecha 29 de abril del 2009 a las 10h07, (fjs 197) nombró al Ing. Germán Fuentes Zambrano a fin de que valore las mejoras y expensas a que hubiere lugar, presentando su informe respectivo a fjas 201 hasta la 225, con 15 anexos, en fecha 7 de julio del 2009 presentó su ratificación constante a fjs 247 . entre los sustentos menciona como anexos tenemos: copia certificada del contrato de Unión de Hecho entre Marcos Alcides Rodríguez Estrella y el vencido Paúl Pastor Chica, cinco copias del plano notariado, un plano de ubicación, permiso de construcción certificado, control de construcción certificado, solicito al

alcalde para la autorización del funcionamiento de la gasolinera existente, entre otros anexos, el mencionado perito n su informe ecàpite "conclusión" indica entre otras cosas: textualmente; "5.- dejo constancia señor Juez, que la construcción fue iniciada en el año 1981, posteriormente se realizaron adecuaciones en el año 1995, según documentos habilitantes que adjunto, determinando que no existen mejoras realizadas posteriores a esta fecha. "4).- Consta del proceso el contrato de la sociedad de hecho celebrada en fecha 2 de agosto de 1991, entre Marcos Alcides Rodríguez Estrella por una parte y por otra el economista Paúl Pastor chicha, en lo que se deja establecido que el señor Marcos Alcides Rodriguez Estrella es propietario de la Gasolinera Petromar, que comprende los solares 1 y 2 de la manzana 114 parroquia urbana Febres Cordero, y construido con su dinero edificaciones de dos plantas, cerramiento, pavimentación naves para máquina y surtidores de combustible en número 7 con todas sus instalaciones de tubería para combustible, tanques de almacenamiento con todos los permisos de la entonces Dirección Nacional de Hidrocarburos PETROECUADOR Y PETROCOMERCIAL, para la venta de combustible. Además, consta en copias certificadas agregadas al proceso a fjs 276 hasta 282, la demanda de Amparo Posesorio (respecto al inneble materia de ejecución) presentada por el Economista Paùl Pastor Chica presentado el 17 de octubre de 1996 ante la Sala de Sorteos de Causas y Casilleros Judiciales, recayendo dicha demanda ante el juzgado Décimo de lo Civil de Guayaquil, en que afirma el vencido haber entrado en posesión del bien raíz en fecha 2 de agosto de 1991.**Numeral 5).-** La judicatura para mayor verificación ordenó la pràctica de una inspección judicial al inmueble materia de la reivindicación, efectuándosela en fecha 29 de abril del 2010 a las 15h39, constatando el juzgado su estado como se aprecia en el acta de fjs 283 y 284 dando lugar posteriormente al informe pericial que corre a fjs 286 y 287, en donde el perito interviniente llega entre otras conclusiones a determinar que el inmueble inspeccionado " se encuentra en estado regular". Con lo que queda desvirtuada la existencia de expensas que hay que pagarse al accionado, con mayor razón si no la demostró dentro de la inspección judicial que para tal efecto ordeno la judicatura, constatando màs bien pericialmente el estado irregular en que se encuentra el inmueble poseído por el demandado. Por lo tanto, en fiel cumplimiento de la sentencia en ejecución se ordena que la demandante Sutecsa S.A., pague al demandado el valor de las mejoras que el perito ha establecido y que se le hace mención en el numeral 4 de este auto, para lo cual el perito interviniente Ing. Germàn Fuentes Zambrano, en el término de cinco días las valorará.

Por todo esto ha sido desconocido en la resolución impugnada, la cual contiene yerros estructurales en la metería de garantía de derechos fundamentales asì como lo exige la norma constitucional, revocando el auto dictado en fecha 10 de agosto del 2010 a las 10h49, Por el Juez Vigésimo Octavo de lo Civil del Guayas, diò cumplimiento del ejecutorial de segunda instancia dictada en fecha 3 de septiembre del 2004 a las 10h05, en que cumple la ejecución de la sentencia de ejecución dictada por la Segunda Sala de la Corte Provincial de Justicia del Guayas declarando la nulidad procesal a partir de fjas 188 inclusive, a cuyo estado deberá reponérsela sustanciación normal del proceso, debiendo

tomarse en cuenta el análisis contenido en el considerando quinto precedente y consecuentemente que el juez a quo continué inmediatamente el tràmite de ejecución de la sentencia en cuyo estado se encuentra el proceso. Sin embargo, en el fondo, no menciona con coherencia las razones y principios que puedan justificar la privación y detrimentos de mis derechos fundamentales reconocidos de Cosa Juzgada Material.

B.-SEGURIDAD JURIDICA:

La resolución dada por los miembros de la Segunda Sala de lo Civil, los cuales mencionan que "el demandado manifiesta que las expensas y las mejoras fueron debidamente determinadas y cuantificadas dentro de este proceso en la suma de aproximadamente de $600.000,oo tal como consta del informe presentando por el perito designado por el Juez Sexto de lo Civil de Guayaquil, Informe cuyos efectos jurídicos se encontraban en firme por estar ejecutoriada la providencia que lo aprobó y luego de varios años el subrogante por misteriosa recusación del principal lo deja sin efecto, nombra otro perito que en forma inexplicable modifica la cuantía de las expensas y mejoras invertidas en el terreno sujeto a la reivindicación y los reduce prácticamente a la insignificante suma de $20.000,oo dólares; cuyo informe firmado por el Ing. Germán Fuentes Zambrano, le cause gramen irreparable de tipo económico y definitivo el demandado imaginariamente cuantifica el valor de $ 20.000.oo por las mejoras a cuantificarse conforme se encuentra señalado en la última parte de la providencia dictada en fecha 10 de agosto del 2010, a las 16h49, por el Juez subrogante 28 de lo civil quien dispone que la actora pague el valor de las mejores previo a la valoración del perito.

El propio perito con escrito 168 dice que su trabajo se trata de "peritaje y avaluò del bien inmueble compuesto de dos solares y las instalaciones de la gasolinera PETROMAR en ningún momento el informe pericial cumple con lo ordenado en sentencia de ejecución ni con la providencia dispuesta por el Juez Ruilova, es decir, avaluar y valorar EXPENSAS, por gastos de mejoras necesarios supuestamente invertidos para la conservación del bien inmueble. Lo que el perito ha hecho es un simple avalúo de la totalidad del inmueble

Cosa distinta sería si la sentencia en ejecución, estuviere mandado a pagarse al demandado el valor de la infraestructura levantada sobre los solares materia de la reivindicación, pero no lo dice la sentencia. Cosa que tampoco sería posible, ya que con abundante documentación ha quedado demostrado que quien ha construido y adecuado las instalaciones para el funcionamiento del premiso de construcción constante a fojas 209, fue al anterior propietario de los solares señor Marcos A. Rodríguez. La sentencia materia de ejecución emitida en fecha 3 de septiembre del 2004, a las 10h05, es de condena emitida en un juicio de conocimiento por lo que sus efectos de son de cosa juzgada material, es decir, goza de inimpugnabilidad inmutabilidad, lo que quiere decir, que la sentencia como tal, no puede impugnada o atacada por algún medio legal tendiente a revisar de nuevo lo ya

juzgado; y, la inmutabilidad, es el hecho que la sentencia no puede ser alterada por ningún juzgador ya sea a petición de parte o de oficio.

Es decir que la Segunda Sala de lo Civil desatendió la decisión tomada, movida, totalmente fundamentada por parte del Juez Vigésimo Octavo de lo Civil en razón a las normas previas, claras, públicas del Código Civil.

c.- EJERCICIO DE LOS DERECHOS:

El ejercicio de los derechos debe desarrollarse con plena certeza de que lo adquirido en cuanto a derecho y a justicia, me corresponde, y que en ninguna instancia posterior pueden mermarlos por el simple motivo de que son derechos existentes, por algo fueron reconocidos anteriormente, y una ve siendo derechos existentes al vulnerarlos se viola el principio de humanidad que me ampara, es decir, continuar el proceso con todas las garantías que como persona o parte actora me asisten.

Claramente lo consagra así la ley suprema en su Art. 11 que reza lo siguiente:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

8.- El contenido de los derechos se desarrollara de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El asado generara y garantizara las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

Según la doctrina en cuanto a derechos fundamentales se tratase no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de este tipo de derechos reconocidos, debido a que la permisibilidad de esta acciones de carácter regresivo por parte de quienes ostentan el `poder, implicaría una inconstitucionalidad vulnerada el proceso judicial, ya que en el caso de que se hayan reconocido derechos, como lo es el mío, si en una instancia posterior se suprimieren de una forma injustificada, esto sería claramente una restricción y un menoscabo a mis derechos pero sobre todo un gran retroceso en los logros jurídicos obtenidos, violando así lo alcanzado en el transcurso del juicio.

Lo derechos deben desarrollarse de manera progresiva, impulsando así la protección jurídica y al certeza comprendida en la tutela judicial efectiva.

D.- PRINCIPIOS DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA:

Si analizamos profundamente la resolución realizada por la Segunda Sala de lo Civil podemos observar que revoca y desconoce mi derecho a la tutela judicial efectiva otorgado por mediante sentencia ejecutada dictada por la Segunda Sala de la Corte de Justicia del Guayas en fecha 3 de septiembre del 2004, a las 10h05, en la ~~que dispone en el~~ numeral "...SEPTIMO.-la mala fe debe probarse salvo los casos, en que la ley la establezca como presunción así lo dispone

el Art. 741 del Código Civil. En la especie no se ha probado que el poseedor demandado lo haya sido de mala fe. En tal virtud, tendrá derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación del inmueble, las que serán materia de comprobación y valoración por perito siguiendo lo dispuesto en los Arts. 972 y 973 ibídem. Se le reconocerán también los derechos señalados en los Arts. 9 7 y 3 inciso final, 974 y 978 ibídem. Con relación a los frutos se estará a lo dispuesto en los Art. 971 inciso 3er y 4to y Art. 977 ibídem".

Lo que quiero dar a conocer es que la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil e inquilinato de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, sacrificó los derechos constitucionales por la simple emisión de formalidades de leyes jerárquicamente inferiores a la Norma Suprema. Como podemos observar indican que el juez a quo continúe inmediatamente con el trámite de ejecución de la sentencia en cuyo estado se encuentra el proceso.

A tal extremo se ha llegado, y tanta es la privación de mi derecho a la administración de justicia, que se me niega la revocatoria, ampliación y aclaración del auto dictado en fecha 21 julio del 2011 a las 15h00, mediante providencia de fecha 12 de septiembre del 2011; a las 10h17 y notificada el 21 de septiembre del 2011, invocando los artículos 282 Art.292 ibídem y el Art. 295 del mismo cuerpo de ley que nos dice que la sentencia ejecutoriada no puede alterarse en ninguna de sus partes ni por ninguna causa.

4.- DEMOSTRACION DE HABER AGOTADO LOS RECURSO ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS.

Debido que el auto decisorio a especie de sentencia emitido en fecha 21 de julio del 2011, a las 15h30, por la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial del Guayas, aceptando el Recurso de Hecho interpuesto, declara la nulidad procesal a partir de fjas 188 inclusive, **a pesar que no procede interponer Recurso de Hecho en contra de un auto o sentencia dictada por la Corte Suprema en el Cual se rechaza un Recurso de Casación, por cuanto se trata de providencias definitivas no susceptible de ser impugnados ante ningún otro Tribunal así lo reza el Art. 374 del Código de Procedimiento Civil.** (lo subrayado es mío)

5.- PETICION CONCRETA. Con todo lo expuesto anteriormente amparado en el Art. 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador, como también 58 de la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, solicito que la Presente Corte Constitucional en sentencia declare y deje sin efecto el auto decisorio a especie de sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil e inquilinato de la Corte Provincial del Guayas, en fecha 21 de julio del 2011 a las 15h30, dentro del juicio Ordinario 1015-04– B – (2010), por cuanto se vulneraron los derechos a la tutela judicial efectiva consagrada en la Constitución, por todas las causas que determine en líneas anteriores, y que se disponga al Juez ejecutor subrogante continué sustanciando con la ejecución de la sentencia ya ejecutada, tal como reza en auto de fecha 10 de agosto del 2010, a las 16h49.

XII setenta y cuatro (74)

6.- TRAMITE.- La presente acción extraordinario de protección deberá tramitarse conforme a lo que establece el Art. 86 de la Constitución de la República, como también el Art. 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

AUTORIZACIÒN Y NOTIFICACIONES

Autorizo a los profesionales del derecho abogado HERNAN NIEVECELA y Dr. DAVID MORIANO, para que presenten los escritos que estimen pertinentes y asistan a las diligencias necesarias, de acuerdo a las exigencias de la defensa.

Señalo como domicilio Judicial para efecto de recibir las notificaciones que me correspondan en la Casilla Constitucional No. 391.

Ing. María del Carmen Guevara Sevilla.

HERNAN NIEVECELA
ABOGADO
REG. 5220

PRESENTADO: En Guayaquil, a los veintiocho dias del mes de Septiembre del dos mil once, a las dieciseis horas con dieciocho minutos, con copias igual a su original. Adjunta 1 anexo notariado y un anexo en copia simple Lo Certifico.

Ab. Belgica Acosta Carvajal
SECRETARIA RELATORA (E) DE LA SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS
República del Ecuador
Guayaquil
SECRETARIA DE LA 2DA. SALA CIVIL Y MERCANTIL