



# REGISTRO OFICIAL

## ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Ing. Lucio E. Gutiérrez Borbúa  
Presidente Constitucional de la República

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Año I -- Quito, Miércoles 19 de Marzo de 2003 -- N° 43

DR. JORGE A. MOREJON MARTINEZ  
DIRECTOR

Quito: Avenida 12 de Octubre N 16-114 y Pasaje Nicolás Jiménez  
Dirección: Telf. 2901 - 629 -- Oficinas centrales y ventas: Telf. 2234 - 540  
Distribución (Almacén): 2430 - 110 -- Mañosca N° 201 y Av. 10 de Agosto  
Sucursal Guayaquil: Calle Chile N° 303 y Luque -- Telf. 2527 - 107  
Suscripción anual: US\$ 200 -- Impreso en Editora Nacional  
3.000 ejemplares -- 40 páginas -- Valor US\$ 0.70

### SUMARIO:

	Págs.		Págs.
<b>FUNCION EJECUTIVA</b>		<b>ACUERDO DE CARTAGENA</b>	
<b>DECRETO:</b>		<b>PROCESOS:</b>	
172-A	2	61-IP-2002	29
Ratificase el "Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo" .....		Interpretación prejudicial de los artículos 81; 82 literales a) y h); 83 literal a); 95 inciso segundo; y, 96 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, formulada por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 1 de la República del Ecuador. Actor: UNILEVER PLC. Marca: LIMPLUS. Proceso Interno N° 1455-94-MP .....	
<b>ACUERDOS:</b>		48-IP-2002 Interpretación prejudicial de las disposiciones previstas en los artículos 81; 82, literales a y h; 83, literales a, d y e; 85 y 95 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador; e interpretación de oficio del artículo 84 <i>eiusdem</i> . Parte actora: Peña Flor Sociedad Anónima. Marca: "RON VIEJO TRAPICHE". Expediente interno: N° 2335-2000-CS .....	
<b>CONTRALORIA GENERAL:</b>			
006 CG	2		
Expídese el Reglamento especial para el manejo de recursos materiales y financieros y la prestación de servicios destinados a solucionar los problemas causados por desastres naturales o antrópicos, que impusieren el estado de emergencia legalmente declarado .....			
<b>PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO:</b>			
04	5		
Expídese el Reglamento de Contrataciones .....			
<b>FUNCION JUDICIAL</b>			
<b>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL:</b>		<b>ORDENANZA MUNICIPAL:</b>	
229-2002	7	-	39
Recurso de casación en el juicio seguido por el Comité "Delfina Torres Vda. de Concha" en contra de PETROECUADOR y otros .....		Cantón Olmedo: Para la aplicación y cobro de la contribución especial de mejoras por adoquinamiento de las vías urbanas .....	

N° 172-A

N° 006 CG

**Lucio Gutiérrez Borbúa**  
**PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA**  
**REPUBLICA**

**EL CONTRALOR GENERAL DEL ESTADO,**  
**SUBROGANTE**

**Considerando:**

**Considerando:**

Que el 10 de enero de 2000, en la ciudad de Nueva York, el Ecuador suscribió el "Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo";

Que mediante Decreto Ejecutivo No. 3156, publicado en el Registro Oficial No. 681 de 11 de octubre de 2002, se derogó el Reglamento especial para el manejo de recursos humanos y financieros y la prestación de servicios destinados a solucionar los problemas provocados por desastres naturales o por el hombre, que impusieron el estado de emergencia legalmente declarado, por parte de la Dirección de Defensa Civil y el uso del Fondo de Contingencias, expedido por la Contraloría General mediante Acuerdo 00048, publicado en el Registro Oficial 674 del 28 de abril de 1987;

Que el Tribunal Constitucional mediante Resolución número 03-2002-CI de 15 de octubre de 2002, dictaminó la conformidad con la Constitución de la República del "Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo";

Que el Honorable Congreso Nacional mediante Resolución número R-24-031 de 11 de febrero de 2003 aprobó el "Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo";

Que los artículos 73 y 111 del Reglamento General a la Ley de Seguridad Nacional, publicado en el Registro Oficial No. 642 del 14 de marzo de 1991, determinan que el Director Nacional de Movilización y las autoridades de los organismos del Sistema de Defensa Civil que reciban recursos de cualquier índole para la ejecución de planes de movilización, rehabilitación de zonas afectadas, justificarán los gastos realizados ante la Contraloría General;

Que luego de examinar el referido convenio lo considera conveniente para los intereses del país; y,

Que es necesario reglamentar, acorde con las nuevas normas jurídicas de la Constitución y de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el manejo de los recursos materiales y financieros; y la prestación de servicios destinados a solucionar los problemas surgidos en el país, en caso de emergencias legalmente declaradas;

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el numeral 12 del artículo 171 de la Constitución Política de la República,

Que los recursos destinados a solucionar los problemas de las emergencias se los debe manejar de conformidad con las disposiciones legales vigentes; y,

**Decreta:**

**ARTICULO PRIMERO.-** Ratifícase el "Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo", suscrito el 10 de enero de 2000, cuyo texto lo declara Ley de la República, comprometiendo para su observancia el honor nacional.

En uso de las atribuciones que le confieren los artículos 211 de la Constitución Política de la República y 31, numeral 22 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado,

**ARTICULO SEGUNDO.-** Procédase a efectuar el depósito del respectivo instrumento de ratificación ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York de acuerdo a lo que estipula el artículo 26 del citado convenio.

**ARTICULO TERCERO.-** Publíquese el mencionado instrumento internacional en el Registro Oficial.

**Acuerda:**

**ARTICULO CUARTO.-** Encárgase de la ejecución del presente decreto al Ministro de Relaciones Exteriores.

Expedir el siguiente Reglamento especial para el manejo de recursos materiales y financieros y la prestación de servicios destinados a solucionar los problemas causados por desastres naturales o antrópicos, que impusieron el estado de emergencia legalmente declarado.

Dado en Quito, en el Palacio Nacional, a los 25 días del mes febrero del año dos mil tres.

f.) Lucio Gutiérrez Borbúa, Presidente Constitucional de la República.

**CAPITULO I**

f.) Francisco Proaño Arandi, Ministro de Relaciones Exteriores, encargado.

**DISPOSICIONES GENERALES**

Es fiel copia del original.

Lo certifico.

**Art. 1.- DE LA ADMINISTRACION PRESUPUESTARIA.-** La Dirección Nacional de Defensa Civil administrará, de acuerdo con la ley, los fondos del presupuesto asignado. Adicionalmente se cumplirán las siguientes normas:

f.) Patricio Acosta Jara, Secretario General de la Administración Pública.

a) El presupuesto ordinario corresponderá a la organización y funcionamiento de sus unidades no directamente vinculadas con las emergencias; y,

- b) El Fondo de Contingencias para Defensa Civil se alimentará con los ingresos previstos en la ley y financiará los gastos relacionados con la prevención, atención y rehabilitación de las emergencias.

**Art. 2.- DEL FONDO DE CONTINGENCIAS.-** La Dirección Nacional de Defensa Civil de conformidad con lo dispuesto en el Art. 111 "Fondo de Contingencias" de la Ley de Seguridad Nacional, dispondrá del "Fondo de Contingencias para Defensa Civil" con cuyos recursos afrontará los gastos de previsión y contingencias.

**Art. 3.- DE LA UTILIZACION.-** El Fondo de Contingencias será utilizado para la realización de obras de previsión de desastres y para cubrir demandas surgidas por emergencias, conforme lo dispuesto en los artículos 104 "Informe de Gastos"; 106 "Catástrofes Sectoriales o Locales"; 111 "Fondo de Contingencias"; y, 112 "Distribución del Fondo de Contingencias" de la Ley de Seguridad Nacional.

**Art. 4.- DEL FINANCIAMIENTO.-** El presupuesto destinado para el Fondo de Contingencias se financiará con: los recursos que constan en el Presupuesto General del Estado, las asignaciones especiales que se realicen en los casos determinados en el Art. 103 de la Ley de Seguridad Nacional "Presupuesto de Emergencia", las donaciones y ayudas que provengan de dentro o fuera del país, y los demás recursos que se destinen para la atención de los desastres, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 112 "Distribución del Fondo de Contingencias" de la Ley de Seguridad Nacional.

## CAPITULO II

### DE LA ADMINISTRACION DEL FONDO

**Art. 5.- DE LA RECAUDACION Y DEPOSITO.-** Los recursos que financien el presupuesto del Fondo de Contingencias se depositarán en el Banco Central del Ecuador en una cuenta especial denominada "Fondo de Contingencias para Defensa Civil".

Las juntas provinciales de seguridad ciudadana y defensa civil serán autorizadas, por el Director Nacional de Defensa Civil para abrir cuentas bancarias en uno de los bancos del Sistema Financiero Nacional, debidamente calificados por el Ministerio de Economía y Finanzas.

Las cuentas bancarias mencionadas en el inciso anterior se alimentarán con los recursos que provincial o regionalmente se acrediten, con los valores transferidos por la Dirección Nacional de Defensa Civil y con aquellos transferidos por otras dependencias o fondos oficiales y privados asignados con los propósitos previstos en este reglamento.

**Art. 6.- DE LA RESPONSABILIDAD.-** De acuerdo con lo establecido en el Art. 104 "Informe de Gastos" de la Ley de Seguridad Nacional y el Art. 112 "Responsable del manejo del Fondo de Contingencias para Defensa Civil" del Reglamento General de la Ley de Seguridad Nacional, será responsabilidad del Director Nacional de Defensa Civil el manejo del Fondo de Contingencias para Defensa Civil.

El monto de los egresos y los funcionarios autorizados para ordenar los gastos y efectuar los pagos se determinará en la reglamentación interna correspondiente que será expedida por el Secretario General del Consejo de Seguridad Nacional.

**Art. 7.- DE LA RENTABILIDAD.-** Los directores nacionales de Defensa Civil y Movilización, en aplicación del numeral 6 del artículo 161 "Objetivos del Sistema de Tesorería" y 186 "Colocación Temporal de Recursos Financieros" de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control vigente, están facultados para disponer la utilización rentable de recursos y la compra de títulos valores de recuperación inmediata y a la vista, siempre que dichas inversiones financieras no afecten la urgencia de disponibilidad de fondos para la Defensa Civil y la Movilización Nacional, de conformidad a las disposiciones legales y normativas pertinentes.

**Art. 8.- DE LA ADMINISTRACION DE RECURSOS.-** La atención de las necesidades de emergencia, en la capital de la República y en provincias, se realizará mediante el Sistema de fondos de reposición (fondos rotativos de emergencia), cuya cuantía la fijará el Director Nacional de Defensa Civil para cada caso y la incrementará o reducirá de acuerdo con las circunstancias.

Los fondos de reposición (fondos rotativos de emergencia) se repondrán según las necesidades, y en general, con anterioridad a la fecha en que los gastos rebasen el 60% del valor del fondo, y, se transferirán en el lapso máximo de 72 horas.

**Art. 9.- DE LA ADMINISTRACION DE PERSONAL.-** La administración de personal de la Defensa Civil se regulará por el Reglamento Interno de Administración de Personal de la Secretaría General del Consejo de Seguridad Nacional y organismos dependientes.

El Director Nacional de Defensa Civil seleccionará el personal para trabajos temporales o permanentes sometiéndose a las normas que consten en el "Reglamento de Régimen de Personal Civil de la Secretaría General del Consejo de Seguridad Nacional"; para ocupar personal voluntario se estará a lo dispuesto en el artículo 115 "Compensaciones Económicas" de la Ley de Seguridad Nacional y los pagos se aplicarán a las respectivas partidas presupuestarias.

**Art. 10.- DE LA NORMATIVIDAD.-** En todo lo no previsto por este reglamento se observarán los Principios y Normas Técnicas de Contabilidad expedidos por el Ministerio de Economía y Finanzas, las Normas de Control Interno, las Normas Ecuatorianas de Auditoría expedidas por la Contraloría General del Estado y las demás que correspondan ser aplicadas en la gestión y control de los recursos públicos.

## CAPITULO III

### DE LOS EGRESOS EN GENERAL

**Art. 11.- DE LAS MODALIDADES DE PAGO.-** En los casos de emergencia, y dentro de las normas previstas en el Art. 187 "Obligaciones de Pago" de la Ley Orgánica de la Administración Financiera y Control, en la capital de la República el Director Nacional de Defensa Civil, en las provincias el Gobernador por delegación y en su calidad de Presidente de la Junta de Seguridad Ciudadana y Defensa Civil, dispondrán que los pagos se efectúen en efectivo, y con la documentación justificativa y de respaldo correspondiente.

En los casos en los que las exigencias de la emergencia no lo impidan se aplicará la norma general de cubrir los pagos con cheque nominativo, a la orden del acreedor.

**Art. 12.- DE LOS GASTOS EN OBRAS CON CARGO A LOS FONDOS DE CONTINGENCIAS.-** La Dirección Nacional de Defensa Civil realizará y autorizará a las juntas provinciales de seguridad ciudadana y defensa civil, la realización de gastos con cargo a los fondos de contingencias, para financiar todos o parte de los costos de las obras civiles de emergencia, arreglo urgente de vías y puentes y otros trabajos de igual índole.

**Art. 13.- DEL CONTROL DE GASTOS E INVERSIONES.-** Según lo dispuesto en el Art. 104 "Informe de Gastos" de la Ley de Seguridad Nacional, la Dirección Nacional de Defensa Civil ejercerá el control permanente de los gastos e inversiones que efectúen las juntas provinciales de seguridad ciudadana y defensa civil con los fondos de contingencia, y será su obligación mantener la documentación y la información financiera para el control de la Contraloría General del Estado.

**Art. 14.- DEL INFORME DE PAGOS Y GASTOS.-** Para cumplir con el artículo 104 "Informe de Gastos" de la Ley de Seguridad Nacional, el Director Nacional de Defensa Civil rendirá informe detallado de los ingresos y gastos, efectuados con cargo al "Fondo de Contingencias de Defensa Civil" al Secretario General del Consejo de Seguridad Nacional y, por su intermedio al Ministro de Economía y Finanzas de acuerdo con la ley.

**Art. 15.- INFORMACION CONTABLE.-** Para el cumplimiento del artículo anterior, el Jefe Financiero presentará, al Director Nacional de Defensa Civil, el detalle pormenorizado de los pagos y gastos ocasionados con cargo al "Fondo de Contingencias para Defensa Civil".

Las juntas provinciales de seguridad ciudadana y defensa civil, cuando no se trate de fondos de reposición (fondos rotativos de emergencia), tienen la obligación de remitir, a la Jefatura Financiera de la Secretaría del Consejo de Seguridad Nacional, informe mensual del movimiento de ingresos y egresos, incluyendo copias del libro de caja bancos y de los correspondientes estados bancarios.

Los comprobantes originales justificativos y los estados bancarios permanecerán en las juntas para efectos de contabilidad y control, quedando éstas obligadas a la reposición de fondos rotativos a base de las transferencias que realice la Dirección Nacional de Defensa Civil.

Las juntas provinciales de seguridad ciudadana y defensa civil tienen la obligación de registrar el movimiento de las existencias y los bienes de larga duración de las instituciones, y de enviar información semestral a la Dirección Nacional de Defensa Civil. Igual obligación rige en relación con los pasivos de corto plazo de la entidad y respecto de los activos corrientes pendientes de cobro a que hubiere lugar.

**Art. 16.- DE LA DOCUMENTACION SUSTENTATORIA.-** Todo pago o gasto estará sustentado en documentos que justifiquen la operación.

El Director Nacional de Defensa Civil o el Gobernador, según los casos y de acuerdo con los problemas que se

deriven de las emergencias, podrán resolver que se efectúen los pagos con anterioridad a la obtención de los documentos justificativos.

En todo caso, tales documentos se obtendrán y elaborarán necesariamente para respaldar y evidenciar los ingresos y egresos.

**Art. 17.- DE LAS NORMAS CONTABLES.-** La Subsecretaría de Contabilidad Gubernamental del Ministerio de Economía y Finanzas, establecerá el tratamiento contable respectivo, para que el Fondo de Contingencias pueda ser considerado ente contable y funcione de acuerdo con los principios, Normas Técnicas y Manual General de Contabilidad Gubernamental vigentes.

**Art. 18.- DEL PAGO DE SERVICIOS Y COMPRA DE BIENES.-** El pago de servicios de transporte, de viáticos, fletes y otros, se ajustará a las exigencias de la emergencia; las comisiones de servicio podrán efectuarse en días feriados, en los medios de transporte que sean necesarios, según las condiciones imperantes.

Las adquisiciones de bienes de larga duración, de acuerdo con la cuantía, se ajustarán a las normas de excepción que trate la Ley de Contratación Pública.

Por decisión de la autoridad de Defensa Civil Provincial o Nacional correspondiente, podrá eximirse cuando la exigencia de la emergencia así lo imponga, de la obligación de obtener cotizaciones y sus respectivas facturas pro forma.

El Director Nacional de Defensa Civil podrá disponer de gastos de alojamiento y alimentación de particulares, nacionales o extranjeros que participen directamente en los trabajos de la emergencia.

**Art. 19.- DEL PAGO DE REFRIGERIOS.-** La Dirección Nacional de Defensa Civil y las juntas provinciales de seguridad ciudadana y defensa civil quedan autorizadas para brindar refrigerios o su equivalente en dinero, al personal de funcionarios de la institución, de otras entidades oficiales y privadas o personal voluntario, cuando por razones de trabajo requeridas por el sistema permanezcan en las oficinas centrales de la Dirección o de la junta hasta horas avanzadas después del mediodía o en la noche, siempre que exista disponibilidad en el Fondo de Contingencias. El Director Nacional de Defensa Civil determinará el monto de dicho refrigerio.

**Art. 20.- DE LA CONTRATACION.-** La Dirección Nacional de Defensa Civil y las juntas provinciales de seguridad ciudadana y defensa civil, según el caso, pueden celebrar contratos de obras civiles de emergencia, alquiler de maquinaria, medios de transporte, filmación de películas, edición de publicaciones y otros, sobre la acción de Defensa Civil, acogiéndose a las normas contempladas en el artículo 6 "Excepciones" de la Ley de Contratación Pública vigente.

#### CAPITULO IV

##### DE LA ADMINISTRACION DE BIENES Y OTRAS NORMAS

**Art. 21.- DE LA RECEPCION DE BIENES DONADOS.-** La Dirección Nacional de Defensa Civil o las juntas provinciales de seguridad ciudadana y defensa civil,

según el caso, designarán a servidores públicos, o a personal contratado que pertenezcan a la entidad, para que reciban los bienes donados.

Dichos bienes tendrán como respaldo las correspondientes actas de entrega recepción debidamente legalizadas.

El Director Nacional de Defensa Civil decidirá los casos en los que, por la menor cuantía de los bienes donados o recibidos, no se justifique la elaboración del acta de entrega recepción sino la expedición de un recibo, debidamente legalizado.

**Art. 22.- DE LA RECEPCION EN ADUANAS.-** Ha pedido del Director Nacional de Defensa Civil o las juntas provinciales de seguridad ciudadana y defensa civil, en la recepción de mercancías y bienes que vengan del extranjero, se prescindirá de todo trámite aduanero y no se cobrarán tributos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 120 "Casos de Ausencia de Trámites Aduaneros" de la Ley de Seguridad Nacional.

**Art. 23.- DE LA CUSTODIA Y MANTENIMIENTO.-** La Dirección Nacional de Defensa Civil o las juntas provinciales de seguridad ciudadana y defensa civil, según los casos, designarán al funcionario responsable de la recepción, custodia y mantenimiento, así como del transporte y entrega a los beneficiarios de los bienes destinados a solucionar la emergencia.

También designarán al funcionario que mantenga el registro contable debidamente documentado del movimiento de los bienes, para lo cual si la emergencia lo impone bastará con que se mantenga un control documentado de ingresos y egresos de los bienes destinados a solucionar la emergencia.

**Art. 24.- DE LOS RECIBOS.-** La entrega de los bienes y, excepcionalmente dineros, previa autorización del Director Nacional de Defensa Civil, se hará con el respectivo recibo que identifique la cédula de ciudadanía y, si ésta no existiere, la firma o la huella digital del beneficiario y su domicilio.

**Art. 25.- DE LA PROHIBICION DE RECIBIR DINERO.-** La situación de emergencias no justifica por ningún concepto, que el servidor público o personal contratado que pertenezca a la entidad, reciba dinero o bienes de particulares por sus servicios, o por la entrega de bienes y recursos a él confiados para atender la emergencia.

**Art. 26.- DEL USO DE VEHICULOS OFICIALES.-** Los vehículos oficiales podrán utilizarse en días feriados para atender las necesidades que demande la emergencia; para lo cual se tramitarán las autorizaciones de acuerdo a las normas y disposiciones legales vigentes y específicas para el uso de vehículos en el sector público.

**Art. 27.- DEL BUEN USO DE LOS BIENES.-** La Dirección Nacional de Defensa Civil o las juntas provinciales de seguridad ciudadana y defensa civil, según los casos, establecerán los medios que permitan vigilar el buen uso de los bienes, de acuerdo con el destino asignado, así como procurarán su correcto mantenimiento y controlarán la prohibición de su enajenación o comercialización.

**Art. 28.- DE LAS REALES NECESIDADES.-** Para la entrega de los bienes y alimentos, así como para la asignación de servicios se tendrá en cuenta las reales necesidades de la emergencia, y se procederá con sujeción a los programas o planes de asistencia para solventar la o las emergencias.

#### DISPOSICION TRANSITORIA

Las obligaciones por concepto de refrigerios o prestación de servicios, que se hayan contraído con posterioridad a la derogatoria del Acuerdo No. 00048 que contenía el Reglamento Especial para el Manejo de Recursos Materiales y Financieros y la Prestación de Servicios destinados a solucionar los problemas provocados por desastres naturales, serán considerados como pasivos pendientes de pago, y se tramitarán, para su pago, conforme los procedimientos.

**Art. 29.- DISPOSICION FINAL.-** El presente reglamento entrará a regir a partir de su publicación en el Registro Oficial.

#### COMUNIQUESE.

Dado en el Despacho del Contralor General del Estado subrogante, en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a 28 de febrero de 2003.

f.) Dr. Genaro Peña Ugalde, Contralor General del Estado, subrogante.

Dictó y firmó el acuerdo que antecede el señor doctor don Genaro Peña Ugalde, Contralor General del Estado, subrogante, en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los veinte y ocho días del mes de febrero del año dos mil tres.- Certifico.

f.) Dr. César Mejía Freire, Secretario General de la Contraloría (E).

---

No. 04

**Dr. José Adolfo Morales Quirós**  
**PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO**  
**SUBROGANTE**

#### Considerando:

Que es preciso actualizar el Reglamento de Contrataciones de la Procuraduría General del Estado, expedido mediante Resolución No. 148 de 5 de abril de 2001, a fin de adecuarlo a las necesidades institucionales y armonizarlo con la Ley de Contratación Pública Codificada y su reglamento general sustitutivo; y,

De conformidad con lo previsto en los artículos 8, 9 y 59 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control,

**Acuerda:**

**EXPEDIR EL SIGUIENTE REGLAMENTO DE CONTRATACIONES.**

**CAPITULO I**

**DISPOSICIONES GENERALES**

Art. 1.- El presente reglamento regula la competencia y el procedimiento al que se someten la adquisición de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios que requiera la institución, de conformidad con la cuantía del presupuesto referencial, según la Ley de Contratación Pública, su reglamento general sustitutivo y el Reglamento General de Bienes del Sector Público.

Art. 2.- El Procurador General del Estado, en base al Plan Anual de Adquisiciones y Prestación de Servicios, autorizará el trámite que corresponda para la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, previa la certificación de fondos de la Dirección Financiera.

La adquisición y el arrendamiento de bienes inmuebles se efectuará de conformidad con lo dispuesto en los capítulos I y II del Título IV de la Ley de Contratación Pública codificada y su reglamento.

Art. 3.- La supervisión de la ejecución de los contratos será de responsabilidad de la Dirección de Control de Contratos.

Art. 4.- Los miembros de la Comisión Asesora y del Comité de Contrataciones percibirán por concepto de dietas por sesión, lo establecido en el Art. 46 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

Art. 5.- La asistencia a las sesiones es obligatoria e indelegable. El voto será afirmativo o negativo.

Art. 6.- El Presidente de la Comisión Asesora y el Presidente del Comité de Contrataciones en su caso convocará a los miembros, por lo menos con un día hábil de anticipación, para tratar los asuntos que consten en el orden del día. A la convocatoria se acompañarán los documentos relacionados con los asuntos a tratarse.

Art. 7.- Los procesos precontractuales están a cargo de las siguientes unidades administrativas:

- a) Dirección Administrativa y de Recursos Humanos, para las contrataciones cuya cuantía esté comprendida entre cero y el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000005 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;
- b) Comisión Asesora de Contrataciones, para las contrataciones cuyo monto supere el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000005 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico y no exceda del valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00002.

Además, intervendrá en las contrataciones exoneradas de los procedimientos precontractuales comunes; y,

- c) Comité de Contrataciones, para las contrataciones cuyo monto supere el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Art. 8.- En materia de garantías se estará a lo previsto en la Ley de Contratación Pública codificada y su reglamento y a las normas que al respecto expida la Contraloría General del Estado.

**CAPITULO II**

**DE LA COMISION ASESORA**

Art. 9.- Son miembros de la Comisión Asesora: el Director de Contratación Pública, quien la preside, el Director Financiero y el Director Administrativo y de Recursos Humanos.

El Jefe Administrativo es el Secretario de la comisión; en su ausencia, el servidor que ésta designe. Le corresponde llevar y custodiar el expediente de cada proceso de contratación, elaborar las actas y, en general, conservar los archivos de la comisión.

Art. 10.- La Dirección Administrativa y de Recursos Humanos elaborará los documentos precontractuales que serán aprobados por la comisión; cumplido lo anterior el Presidente invitará directamente a personas naturales o jurídicas inscritas en el Registro de Proveedores Calificados.

Receptadas y abiertas las ofertas, se designará una Comisión de Apoyo para su análisis, integrada por servidores de la institución, la que elaborará el informe y los cuadros comparativos de las propuestas, en base de lo cual la Comisión Asesora recomendará al Procurador General del Estado la oferta más conveniente para la adjudicación.

Si no se han presentado ofertas o si las presentadas no se sujetan a los documentos precontractuales o no convinieren a los intereses institucionales, la Comisión Asesora resolverá archivarlo, reabrirlo o iniciar un nuevo proceso.

Art. 11.- Realizada la adjudicación por el Procurador General del Estado, el Director Administrativo y de Recursos Humanos solicitará al adjudicatario la presentación de las correspondientes garantías; cumplido este requisito remitirá el expediente a la Dirección de Control de Contratos para la elaboración del proyecto de contrato. Suscrito el contrato por el Procurador General del Estado, el expediente se enviará a la Dirección Financiera para el pago.

**CAPITULO III**

**DEL COMITE DE CONTRATACIONES**

Art. 12.- El Comité de Contrataciones está integrado por el Subprocurador General del Estado, quien lo presidirá, el Director de Contratación Pública y tres técnicos.

Actuará como Secretario el servidor de la Procuraduría General del Estado que designe el comité.

Art. 13.- El Procurador General del Estado designará a dos servidores de la institución, expertos en el objeto de la contratación, como miembros técnicos del comité; si no se contare con dichos servidores, serán designados de fuera de la institución sea mediante contrato o si fueren servidores públicos, por comisión de servicios.

El otro técnico será designado por el colegio profesional a cuya actividad corresponda la mayor participación en el proyecto, de acuerdo con el valor estimado de la contratación.

Art. 14.- En la licitación y concurso público de ofertas, aprobados los documentos precontractuales por el comité, éste procederá de conformidad con la Ley de Contratación Pública y su reglamento general sustitutivo, a la convocatoria, apertura de ofertas, designación de la Comisión Técnica, conocimiento del informe y cuadros comparativos presentados por ésta, traslado de éstos a los oferentes, adjudicación del contrato y solicitud de informes.

Art. 15.- Derógase la Resolución No. 148 de 5 de abril de 2001.

Art. 16.- Este acuerdo rige a partir de la presente fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en el despacho del Procurador General del Estado, subrogante, el seis de febrero de dos mil tres.

f.) Dr. José Adolfo Morales Quirós, Procurador General del Estado, subrogante.

---

**N° 229-2002**

En el juicio ordinario (Recurso de Casación) N° 31-2002 que por indemnización de daños y perjuicios, sigue José Luis Guebara Batioja, por sus propios derechos y como representante legal del Comité "Delfina Torres Vda. De Concha" en contra de: el Presidente Ejecutivo y representante legal de PETROECUADOR, Ing. Luis Alberto Román; el Gerente General y representante legal de PETROCOMERCIAL, Econ. Marco Rivadeneira Salazar; el Gerente General y representante legal de PETROINDUSTRIAL, Ing. Carlos Arias; y, el Gerente General y representante legal de PETROPRODUCCION, Ing. Luis Albán, en forma solidaria por sus propios derechos y por los que representan, se ha dictado lo siguiente:

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**

Quito, 29 de octubre de 2002; las 08h40.

VISTOS: José Luis Guebara Batioja, por sus propios derechos y como representante legal del Comité "Delfina Torres Vda. de Concha" interpone recurso de casación de la sentencia dictada el 22 de octubre de 2001 por la Sala Unica de la H. Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio ordinario que, por indemnización de daños y perjuicios, propuso contra: el Presidente Ejecutivo y representante legal de PETROECUADOR, Ing. Luis Alberto Román, el Gerente General y representante legal de PETROCOMERCIAL, Econ. Marco Rivadeneira Salazar; el Gerente General y representante legal de PETROINDUSTRIAL, Ing. Carlos Arias; y, el Gerente

General y representante legal de PETROPRODUCCION, Ing. Luis Albán, en forma solidaria por sus propios derechos y por los que representan. Dicho recurso fue negado por lo que se interpuso recurso de hecho, que permitió suba el proceso a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, habiéndose radicado la competencia, por el sorteo de ley, en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, la que aceptó el recurso de hecho y admitió a trámite el recurso de casación; hallándose concluida la etapa de sustanciación de este proceso, para resolver se considera: PRIMERO: José Luis Guebara Batioja interpone el recurso por sus propios derechos y por los que representa del Comité "Delfina Torres Vda. de Concha". Pero el recurrente no fue actor por sus propios derechos ya que la demanda la interpuso Segundo Patricio Reyes Cuadros, por sus propios derechos y por los que representaba del comité antes mencionado, que tiene personalidad jurídica diferente de la de sus miembros, de tal manera que sus actos no son actos de sus integrantes, por lo que José Luis Guebara Batioja carece de legitimación activa para interponer el recurso extraordinario, al tenor de lo que dispone el artículo 4 de la Ley de Casación, por lo que se desestima el presentado por el nombrado José Luis Guebara Batioja por sus propios y personales derechos, siendo procedente resolver el recurso que ha presentado a nombre del Comité "Delfina Torres Vda. de Concha". SEGUNDO: El recurrente, en su escrito de interposición y fundamentación del recurso de casación (fojas 268 a 272 vuelta del cuaderno de segundo nivel), expresa que se han infringido las normas contenidas en los artículos 23 N° 15 de la Constitución Política de la República; 71 N° 4, 83, 273, 277, 278, 279, 280, 284 y 355 N° 3 del Código de Procedimiento Civil; 583, 584, 586, 589 del Código Civil; y, 12 de la anterior Ley de la Procuraduría General del Estado; y fundamenta su impugnación en las cinco causales del artículo 3 de la ley de la materia. Estos son los límites dentro de los cuales se desenvolverá la actividad jurisdiccional de este Tribunal de Casación. TERCERO: El recurrente acusa al fallo "de errónea interpretación y por lo tanto aplicación indebida del artículo 23 de la Constitución Política de la República, numeral 15, que prohíbe dirigir quejas y peticiones a las autoridades «en nombre del pueblo», lo cual no ha ocurrido en el presente caso.". Para fundamentar este cargo dice además que la demanda la ha propuesto, por sus propios derechos y como Presidente y representante legal del Comité "Delfina Torres Vda. de Vargas", y que en ninguna parte de ella consta que la haya iniciado a nombre del pueblo, como así lo ha concluido la sentencia de última instancia, que este error en la interpretación que ha conducido a la aplicación indebida del artículo 23 N° 15 de la Constitución, ha llevado al Tribunal ad quem a aceptar la excepción de ilegitimidad de personería deducida por los demandados, aplicando indebidamente el artículo 335 N° 3 del Código de Procedimiento Civil; que el Tribunal ad quem "no tuvo tiempo de leer" los estatutos del comité que el actor representa, en cuyo artículo 23, letra a), se otorga a su Presidente la representación legal, judicial y extrajudicial de dicho comité, el cual tiene personería jurídica aprobada por el Ministerio de Bienestar Social; agrega el recurrente que esa errónea interpretación e indebida aplicación de la norma constitucional ha conducido a la falta de aplicación de los artículos 583, 584, 586 y 589 del Código Civil, pues "no se toma en cuenta que nuestro Comité es una persona jurídica, al tenor de esas disposiciones, con la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser presentada judicial y extrajudicialmente. Esto somos nosotros. Una persona jurídica, una corporación de derecho privado, no

«pueblo», en el sentido empleado en la sentencia. No se toma en cuenta que el comité se ha establecido con la aprobación del Ministerio de Bienestar Social... No se toma en cuenta que el Art. 589 del Código Civil, permite que el comité como corporación que es, sea representado por el Acuerdo de la corporación, constante en el estatuto aprobado por esta...». Igualmente en la fundamentación señala: «También al apuro, sin hacer señalamiento de las disposiciones legales expresas, en la brevísima sentencia, se dice que, «además en esta causa, debía haberse contado con el señor Procurador General, siendo esta omisión una solemnidad procesal que afecta la validez procesal». No se sabe a qué «Procurador General» se refiere, pues en este juicio ha comparecido una y otra vez el «Procurador General de PETROECUADOR», según escritos que firma su titular, Dr. Luis Berrazueta Subía. Se revisarán los autos. Pero se dirá que esa mención corresponde al Procurador General del Estado, se hace necesario examinar las disposiciones legales pertinentes para establecer si procede o no tal afirmación. Realmente el Art. 83 del Código de Procedimiento Civil no puede aplicarse al caso, pues dice que «toda demanda contra el Estado, se citará en forma legal al Procurador General del Estado, quien podrá contestarla directamente o dar instrucciones para la defensa al respectivo Ministro o Agente Fiscal del lugar en donde se hubiera propuesto la demanda...». En la especie, la demanda fue propuesta directamente por sus derechos y los que representan, en contra del Presidente Ejecutivo y representante legal de PETROECUADOR; y en contra de los Gerentes Generales y por tanto representantes legales de PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL y PETROPRODUCCION. Es decir, fueron citados los representantes de esas instituciones del Estado. Entendemos que el Procurador General del Estado debe ser citado solamente cuando una ley especial así lo determina y no necesariamente en todos los casos en que se demanda a instituciones del sector público. Por ello, el Art. 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, promulgada con anterioridad a la presentación de la demanda (R.O. N° 335, martes 9 de junio de 1998), dice que «el ejercicio del patrocinio de las entidades con personería jurídica, incumbe a sus representantes legales, directores, síndicos, asesores jurídicos o procuradores judiciales...». Esto, señores Ministros, en el caso de que en este juicio no se hubiere citado al Procurador General del Estado. Pero como la sentencia fue dictada con irresponsabilidad, los señores Ministros no tomaron en cuenta que aquel funcionario fue legalmente citado en su despacho, por deprecatorio enviado a la ciudad de Quito. En providencia de 12 de agosto de 1998, 9H10m., el Juez Tercero de lo Civil, ordena que también se cuente con «el señor Procurador General del Estado, a quien también se lo citará por medio de deprecatorio librado a uno de los Jueces de lo Civil del Cantón Quito». Esta es la verdad procesal, y no lo que afirma el Tribunal, de que no se ha contado con el Procurador General del Estado...». CUARTO: El Tribunal de última instancia dice en su sentencia (fojas 266 a 267): «Respecto de la ilegitimidad de personería alegada por los demandados al actor de este juicio, se hace imprescindible analizar el alcance jurídico y legal que tiene el estatuto del Comité, para iniciar la acción a nombre del conglomerado que dice ha sido perjudicado por las Instituciones representadas por los demandados, efectivamente que la acción propuesta, se opone a los principios constitucionales contenidos en el Art. 23 Numeral 15 de la Constitución Política de la República, que prohíbe comparecer a nombre del pueblo dirigiendo quejas y demandas, lo cual

efectivamente constituye una solemnidad sustancial que afecta a la validez procesal, contenida en el Art. 355 Nral. 3 del Código Adjetivo Civil; además en esta causa, debía haberse contado con el Sr. Procurador General, siendo esta omisión una solemnidad sustancial que afecta la validez procesal... Por todo lo expuesto y sin que sea necesario analizar las otras excepciones alegadas por la parte demandada, la Sala... aceptado la excepción de ilegitimidad de personería formulada por los demandados y de conformidad con lo dispuesto en el Art. 355, regla 3ra. del Código de Procedimiento Civil, se rechaza la demanda y la apelación de la parte actora...». Dos son, pues, las razones jurídicas aducidas en el fallo de última instancia para desestimar la acción, las cuales han sido impugnadas por el recurrente: a) Que el actor ha deducido su acción «a nombre del pueblo», incurriendo en ilegitimidad de personería; y, b) Que se ha omitido una solemnidad sustancial que ha viciado el proceso de nulidad insanable, que ha influido en la decisión de la causa y que no ha quedado convalidada legalmente, al no haberse contado con el «Señor Procurador General», debiendo interpretarse el fallo recurrido en el sentido de que se trata del Procurador General del Estado, ya que las empresas demandadas se rigen por la «Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) y sus Empresas Filiales, (Registro Oficial 283 de 26 de septiembre de 1989), en la cual no se establece siquiera el cargo de Procurador General y menos que la representación judicial de dicha empresa o sus filiales la ejerza dicho funcionario. QUINTO: Se analizará la afirmación de que se ha deducido la acción «a nombre del pueblo»: El artículo 23 N° 15 de la Constitución Política de la República dice: «Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:... 15. El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso en nombre del pueblo; y a recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado...». En la especie, la demanda (fojas 80 a 83 del cuaderno de primera instancia) ha sido deducida por Segundo Patricio Reyes Cuadros, por sus propios derechos y como Presidente del Comité Pro-Mejoras «Delfina Torres Vda. de Concha», que es una corporación de derecho privado con personería jurídica aprobada mediante Acuerdo N° 874 dictado por el Ministerio de Bienestar Social el 5 de junio de 1996, cuya copia certificada obra a fojas 128 vuelta de los cuadernos de primera instancia, en contra de PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL y PETROPRODUCCION, así como en contra de sus representantes legales, en forma solidaria por sus propios derechos y por los que representan; la pretensión aparece formulada de la siguiente manera: «COSA, CANTIDAD O HECHO QUE SE EXIGE.- Sobre la base de los fundamentos de hecho y de derecho mencionados, demandamos: DAÑOS Y PERJUICIOS.- Por lo expuesto demandamos a los funcionarios nominados en el N° 2, bajo el título de DEMANDADOS, por sus propios derechos y los que representan, y a todos solidariamente entre sí, para que sean condenados mediante sentencia al pago de daños y perjuicios ocasionados en el Comité Pro Mejoras «Delfina Torres Vda. de Concha», Propicia N° 1, incluidos los daños morales, sobrepasando su monto la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES DE DOLARES AMERICANOS o su equivalente en sucres a la fecha del pago.» (fojas 82 vuelta). La demanda es muy clara, sin dar lugar a confusión. El juzgador de último nivel confunde entre la postulación y el contenido concreto de la pretensión, o sea entre quien

deduce la pretensión, que es el Comité Pro-Mejoras “Delfina Torres Vda. de Concha” y el destinatario del contenido material de la misma, es decir, el pago de los daños y perjuicios que afirma ha sufrido la corporación actora, mediante la realización de las siguientes obras públicas: red de alcantarillado sanitario, planta de tratamiento de alcantarillado sanitario, planta de tratamiento de aguas lluvias, enrocado base en riveras de los ríos, muro de contención de hormigón armado, dispensario médico, equipamiento dispensario médico, aceras y bordillos y escalinatas, canchas de uso múltiple con graderío, adoquinado vehicular de calles, alumbrado de parque forestal y público, adecentamiento del parque forestal, pasos peatonales y desnivel, colegio secundario moderno y equipamiento, es decir, exige a las empresas demandadas y a sus representantes legales, solidariamente, la ejecución de una serie de obras públicas. El juzgador de instancia, al resolver sobre el fondo del asunto, estaba en el deber de analizar si hay o no legitimación en la causa, esto es, desde la parte activa si la corporación actora tiene o no el derecho a deducir la pretensión, y desde la parte pasiva si puede formular el reclamo contra las empresas demandadas. En virtud del derecho constitucional a la jurisdicción, conocido también como derecho a la acción, consagrado en el artículo 23 N° 27 de la Constitución Política de la República, el actor puede formular toda clase de pretensiones, fundada o infundadamente, para sí o para terceros determinados o indeterminados, y el demandado puede oponerse a tales pretensiones, esto es justamente el ejercicio del derecho a la jurisdicción, y el debate procesal se centrará en analizar a cuál de las partes procesales le asiste la razón y el derecho; pero el deducir una demanda no significa que se esté presentando quejas y peticiones a las autoridades a nombre del pueblo; el artículo 23 N° 15 de la Constitución Política de la República dice: “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:... 15.- El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso en nombre del pueblo; y recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado”; ahora bien, el derecho de petición es fundamentalmente de naturaleza político-administrativa, sirve de vía para formular reclamaciones a la administración pública seccional o nacional por la falta de atención de aquellas necesidades que deben ser atendidas por las mismas, así como a denunciar abusos e incorrecciones y a formular propuestas y sugerencias para la mejor marcha de la cosa pública, tiene dos vertientes: las quejas, que consisten en reclamos por ilegalidades, desatenciones y atropellos, y las peticiones, que comprenden las sugerencias de los particulares para el mejor funcionamiento de un servicio público y la solicitud de decisiones discrecionales y graciabiles de la Administración Pública; la limitación constitucional al derecho de petición se refiere a la hipótesis de que se presenten quejas o peticiones atribuyéndose la falsa calidad de representantes directos del pueblo, suplantando a quienes, de conformidad con nuestro sistema de democracia representativa, han recibido en las urnas el mandato de la ciudadanía. Con frecuencia se sostiene que el derecho a la acción se fundamenta en el derecho de petición, pero del examen atento de la Constitución Política de la República, se concluye que no es así; en efecto, el derecho a la acción, o derecho a la jurisdicción como con más propiedad se le denomina a partir de los trabajos de Couture, se encuentra reconocido en el artículo 23 N° 27 de la Constitución Política de la República, y siendo parte del derecho al

debido proceso y a una justicia sin dilaciones, aparece como la garantía 17ª del artículo 24 ibidem que dice: “Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”. En ningún caso, cuando se presenta una demanda se está violando la norma constitucional consagrada en el N° 15 del artículo 23; además, teniendo en cuenta que en la actualidad existen muchas acciones populares, en las que no es necesario acreditar el interés personal y directo para accionar, y que igualmente se van abriendo paso las llamadas “acciones de clase” que pueden proponerse por cualquier persona o grupo humano para actuar en defensa o resguardo del derecho de un conjunto claramente identificable de individuos con una misma comunidad de intereses, a fin de dar viabilidad a la plena aplicación del inciso final del artículo 91 de la Constitución Política de la República, que dice: “Sin perjuicio de los derechos de los directamente afectados, cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, podrá ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente.”. En ninguna parte de la demanda aparece que quien la deduce se haya atribuido la calidad de vocero y representante del pueblo, sino que invoca la calidad de representante legal de una persona jurídica de derecho privado y además sus propios y personales derechos. Si se hubiera deducido la acción pretendiendo ser representante legal del “pueblo”, o sea del conglomerado social, indudablemente se habría configurado el vicio de falta de legitimación en el proceso, o ilegitimidad de personería según la terminología de nuestro Código de Procedimiento Civil, ya que aún no se recoge en nuestro sistema de derecho positivo las llamadas “acciones de clase”, y el proceso habría sido nulo por hallarse incurso en la situación prevista en el N° 3 del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil. Pero si se demanda por los propios derechos, sin que se pruebe que el actor se halla incurso en una de las incapacidades legales, y además se lo hace a nombre y en representación de una persona jurídica de derecho privado, cuya existencia legal se ha acreditado así como la representación, no hay el vicio de falta de legitimación al proceso o ilegitimidad de personería. En la especie, consta de fojas 128 a 133 la copia certificada del Acuerdo del Ministerio de Bienestar Social aprobatorio N° 874 de 5 de junio de 1996 y los estatutos legales del Comité Pro Mejoras “Delfina Torres viuda de Concha”, en cuyo artículo 23, letra a) se confiere la representación legal, judicial y extrajudicial al Presidente de la corporación, y a fojas 135 consta la nómina aprobada de directivos del comité, incluido su Presidente señor Patricio Reyes Cuadros, quien es la persona que dedujo la demanda; además, a fojas 33 del cuaderno de segunda instancia consta el nombramiento del nuevo Presidente del comité señor José Luis Guebara Batíoja, quien siguió actuando dentro del proceso como representante legal de la corporación actora y ha interpuesto el recurso de casación a su nombre; no aparece de las tablas procesales probanza alguna que acredite que Patricio Reyes Cuadros o José Luis Guebara Batíoja se hallen incurso en incapacidad para actuar por sus propios y personales derechos. Por lo tanto, el Tribunal ad quem ha incurrido en una errónea interpretación de la disposición contenida en el N° 15 del artículo 23 de la Constitución Política de la República, lo que ha conducido a su indebida aplicación al igual que a la aplicación indebida del 355 N° 3 del Código de Procedimiento Civil. SEXTO: Se analizará el cargo de que no se ha contado con

el señor Procurador General del Estado. A fojas 87 del cuaderno de primera instancia consta el acta de citación al señor Procurador General del Estado, practicada en persona el 31 de agosto de 1998, encontrándose suscrita dicha acta por el señor Director Nacional de Patrocinio del Estado, como delegado del Procurador General del Estado, por lo que la afirmación hecha por el Tribunal ad quem en el sentido de que no se contó con el representante judicial del Estado es contraria a las evidencias procesales y carece de todo fundamento, violando lo que dispone el artículo 278 del Código de Procedimiento Civil, en flagrante transgresión de la garantía constitucional contenida en el N° 17 del artículo 24 de la Carta Fundamental, lo que ha determinado la falta de aplicación de los artículos 583, 584, 586 y 589 del Código Civil, y que evidencia que los juzgadores de última instancia han incurrido en un error inexcusable, por decir lo menos, ya que el prescindir de una constancia procesal es una de las faltas más graves que puede cometer un Juez, ya que en virtud del principio de la verdad procesal, para efectos de la resolución de la controversia no hay en el universo nada más, ni nada menos, que lo que aparece del proceso, y el juzgador para motivar su resolución, en cumplimiento de lo que dispone el N° 13 del artículo 24 de la Constitución Política de la República, ha de basarse única y exclusivamente en las constancias procesales, sin que le esté permitido apoyarse en su conocimiento personal salvo cuando se trata de los hechos notorios. SEPTIMO: El recurrente ha fundamentado su impugnación en las cinco causales del artículo 3 de la Ley de Casación, pero los cargos invocados y comprobados pertenecen a la primera causal, ya que se trata de la errónea interpretación y la indebida aplicación de lo que dispone el artículo 23 N° 15 de la Constitución Política de la República y la falta de aplicación de los artículos 583, 584, 586 y 589 del Código Civil, a más de la indebida aplicación del artículo 355 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, por lo que procede casar el fallo de última instancia y dictar en su lugar el que corresponda, de conformidad con lo que prescribe el artículo 14 de la Ley de Casación. OCTAVO: Todo juzgador, sea de instancia o de casación, está en el deber primordial de verificar la validez del proceso examinando si concurren o no los presupuestos procesales ya que, de advertir que alguno de ellos se encuentra ausente ha de proceder, de oficio o a petición de parte, a declarar la nulidad procesal puesto que la ausencia de tales presupuestos determina que no existe un proceso válido y, por lo mismo, mal puede actuar el juzgador. Entre tales presupuestos se encuentra el de la competencia del Juez o Tribunal que conoce de la causa (artículo 305 N° 1 del Código de Procedimiento Civil). En la especie, los demandados se han excepcionado alegando la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de la reclamación, por estimar que, de conformidad con lo que dispone el artículo 38 de la Ley de Modernización, sus reformas y normas interpretativas, correspondía el conocimiento de la causa al competente Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo. Se procederá, en consecuencia, al análisis de la competencia de este Tribunal de Casación en lo Civil y Mercantil para conocer de la presente causa originada en la demanda de reparación de los daños y perjuicios provocados por los hechos dañosos originados en el desarrollo de las actividades de las empresas públicas demandadas. NOVENO: De acuerdo con la Constitución Política de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de la Función Judicial, a los órganos de esta función les corresponde el ejercicio de la potestad de administrar justicia, esto es, ejercer la jurisdicción, lo cual

significa: en lo civil, declarar el derecho y hacerlo efectivo venciendo la resistencia de la parte obligada; y en lo penal, absolver al inocente o imponer al culpable la pena respectiva. Los tratadistas de derecho procesal han dado diferentes definiciones de la jurisdicción, así, el doctor Víctor Manuel Peñaherrera, lo define: "como la potestad de administrar justicia en nombre del poder soberano del Estado y de autorizar los actos que requieren de solemnidad judicial". Para el doctor Clemente Díaz: "La Función Jurisdiccional es el poder o deber del Estado, emanado de su soberanía, para dirimir, mediante organismos adecuados, los conflictos de intereses que se suscitan entre particulares y entre estos y el Estado, con el objeto de proteger el orden público". Devis Echandía, define a la jurisdicción como: "La soberanía del Estado aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y la libertad y de la dignidad humana, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, o para investigar o sancionar los delitos o adoptar medidas de seguridad ante ellos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias". La jurisdicción, dice el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil, "esto es el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las leyes".- En el ejercicio de la potestad jurisdiccional se desarrollan tres etapas sucesivas: 1) De conocimiento, instructiva o informativa en que se practica y estudia el material probatorio, indispensable para fundar el fallo. En esta etapa la actividad del juzgador se asemeja a la del historiador pues reconstruye, en lo posible, en mérito de las pruebas aportadas por las partes, los hechos sobre los cuales versará su decisión; 2) Decisoria, en que el juzgador, una vez establecidos cuales son los hechos verdaderos o existentes, busca la norma o normas de derecho, para aplicarlas al caso concreto de su conocimiento. De este modo en base de la ley y la verdad procesal, "da a cada cual lo que es suyo"; y, 3) De ejecución, en que el Juez ejercita la potestad de ejecutar la sentencia, aún en forma coactiva o forzada. Si la jurisdicción no estuviera dotada de la potestad de ejecución, la sentencia sería una mera declaración, un consejo, que los litigantes podrían cumplir o no sin ningún riesgo exterior. Desde luego hay que precisar que el poder de ejecución se concreta a través de actos compulsivos tendientes a obtener el cumplimiento de lo decidido por el juzgador. No es, por cierto, el ejercicio de la fuerza misma, sino la potestad de utilizar la fuerza, para lo cual la jurisdicción debe acudir al organismo respectivo para que le auxilie (es la llamada "Fuerza Pública"). En principio, dado que la potestad jurisdiccional es única y privativa, no existiría obstáculos legales para que un Juez único la ejerza, y le queden sometidas a él todas las controversias, sin distinción alguna, pero en la práctica eso resultaría fácticamente imposible, dada la extensa superficie que abarca el territorio del Estado, la complejidad e importancia de las cuestiones susceptibles de ventilarse judicialmente que exigen conocimientos especializados, y la necesidad de que los asuntos sean reexaminados en instancias superiores, a fin de que, dada la falibilidad humana, se logre con la revisión del fallo por un Tribunal superior un mayor acierto en la decisión. Debido a esta realidad, el legislador ha distribuido la jurisdicción entre diferentes jueces y tribunales, según el inciso segundo del artículo 1 del Código de Procedimiento Civil, en razón del territorio, de

las cosas o materia, de las personas y de los grados. En esta distribución, que es la llamada competencia, se fija el ámbito de cada Juez y Tribunal con límites precisos, sin que ninguno de ellos pueda rebasar o traspasar esos límites. Algunos autores afirman que la competencia es una medida de la jurisdicción, un fragmento de ella, pues la relación entre la jurisdicción y la competencia es la que existe entre el todo y la parte. Otros autores han criticado esta tesis, con el argumento de que la distinción entre jurisdicción y competencia es terminante y no responde a un criterio de cantidad, sino de sustancia o calidad, por lo cual la competencia no es una parte o porción de la jurisdicción sino que es una cosa distinta. Técnicamente, la jurisdicción es una función y la competencia una aptitud para ejercerla; aquella supone una actitud y ésta un poder para desarrollarla. Cualquier Juez, por limitada que sea la categoría de los asuntos en que le correspondería intervenir, ejercita la función jurisdiccional a plenitud. En esta virtud, la jurisdicción no es fraccionable en el sentido de que conserva toda su fuerza cualquiera que sea el Juez o Tribunal que la ejerza. Pero, sea que se admita el uno o el otro criterio, que tiene más bien un interés teórico, una persona para que pueda ejercer la facultad jurisdiccional tiene que ser nombrada Juez o Magistrado por la autoridad nominadora señalada por la ley y aceptar y posesionarse del cargo. Estos nombramiento y posesión le confieren a esa persona la potestad de ejercer la jurisdicción. Pero un Juez o Magistrado no puede ejercer su potestad jurisdiccional sino dentro de los límites de su competencia. En otras palabras un Juez o magistrado es competente para un asunto cuando le corresponde su conocimiento con prescindencia de los demás que ejercen igual jurisdicción, en el mismo territorio o en territorio distinto. De acuerdo con nuestro ordenamiento legal, corresponde a la Función Legislativa hacer la distribución de la jurisdicción entre los jueces y magistrados, mediante la respectiva ley; de ahí el postulado de que “la competencia nace de la Ley”. Ahora bien, la distribución de la jurisdicción entre los jueces y magistrados no es inmutable o permanente; por lo contrario, el legislador, en uso de sus facultades constitucionales y legales, puede cambiar esa distribución; de ahí que con frecuencia, está creando, suprimiendo o modificando el ámbito de competencia entre los jueces y magistrados. En forma restringida puede ejercer también esa atribución el Consejo Nacional de la Judicatura, en virtud de lo dispuesto por el artículo 11, letra h) de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura. DECIMO: La Constitución Política de la República del Ecuador, en su artículo 118 establece que “Son instituciones del Estado: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial; 2. Los organismos electorales; 3. Los organismos de control y regulación; 4. Las entidades que integran el régimen seccional autónomo; 5. Los organismos y entidades creados por la Constitución y la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y, 6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos. Estos organismos y entidades integran el sector público”. La actividad del sector público, en lo administrativo, se materializa en el continente jurídico en hechos, actos y contratos. Esta Sala, en sentencia N° 187 de 28 de abril de 2000, publicada en el Registro Oficial 83 de 23 de mayo de 2000 señaló: “...En el ejercicio de la actividad administrativa de las entidades y organismos del sector público se suscitan conflictos con los intereses particulares, por responsabilidades derivadas de contratos,

actos y hechos administrativos, cada uno de los cuales tiene distintos contenidos y efectos subjetivos; es necesario, por tanto, precisarlos. El Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, que recoge con propiedad los elementos doctrinarios respectivos, los define así: «Los actos administrativos normativos: Son toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.- Actos de administración o de simple administración: Son actos jurídicos de las administraciones públicas que no crean, modifican o extinguen derechos subjetivos.- Contrato administrativo: Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común, productor de efectos jurídicos entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas legales aplicables.- Hechos administrativos: El hecho administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, ya sea que medie o no una decisión o acto administrativo previo.»...”. Roberto Dromi (*Derecho Administrativo*, Buenos Aires, ciudad Argentina, 9ª edición, 2001, pág. 241) señala que “El hecho administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos. Objetivamente, el hecho administrativo exterioriza función administrativa, con prescindencia de que sea el efecto ejecutorio de un acto administrativo que le sirva de antecedente, o que se trate simplemente del desarrollo de la actividad que dicha función requiere en el cumplimiento de sus cometidos propios, en cuyo caso la ejecutoriedad viene dada por una norma de alcance general. De cualquier modo, se trata de un hecho jurídico, en tanto y en cuanto tiene la virtualidad de producir consecuencias jurídicas, que provienen de la Administración Pública (estatal o no estatal) e incide en la relación jurídico-administrativa, de la que resulta su adjetivación. Se diferencia del acto administrativo puesto que es un acontecer que importa un hacer material, operación técnica o actuación física de un ente público en ejercicio de la Función Administrativa, mientras que el acto administrativo significa siempre una declaración intelectual de voluntad, de decisión, de cognición u opinión. El hecho no es una exteriorización intelectual sino material. Ahora bien, es posible que el hecho administrativo sea la ejecución de un acto o que simplemente sea una operación material, sin decisión o acto previo. Ordenar la destrucción de una cosa es un acto. Destruir la cosa es un hecho. También es un hecho destruir la cosa directamente, sin previa declaración, en cuyo caso faltará el acto administrativo”. El autor ecuatoriano Ernesto Velásquez Baquerizo (*La nueva justicia administrativa: Diagnóstico de derecho contencioso administrativo y fiscal en el Ecuador*, Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo CLD, 1995, pp. 92-93) dice sobre el tema: “...En nuestra legislación, acto administrativo y hecho administrativo, están mencionados en el Art. 38 de la Ley de Modernización, diferenciándolos al determinar que los primeros son expedidos y los segundos producidos por el Estado y otras entidades del sector público. Se encuentran definidos en el Estatuto Administrativo de la Función Ejecutiva, en la parte correspondiente al glosario de términos... Define luego como hecho administrativo toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o

indirectos, ya sea que medio o no una decisión o acto administrativo previo. Todo ello se encuentra normado en los artículos 64, 70 y 78 del antes citado estatuto, que conceptualizan acto administrativo normativo y de simple administración y hecho jurídico, respectivamente. Es en este contexto del juicio jurídico, que deben entenderse las palabras, acto y hecho administrativo usadas como conceptos en el artículo 38 de la Ley de Modernización.”. Con posterioridad al fallo 187 de 28 de abril de 2000 antes citado se dictó un nuevo Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (Decreto 2428, publicado en el Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002) en cuyos artículos 78 y 79 se dice: artículo 78.- “Hecho administrativo.- El hecho administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, ya sea que medie o no una decisión o acto administrativo previo.”; artículo 79.- “Impugnación.- Las personas afectadas por hechos administrativos deberán denunciarlos o presentar el respectivo reclamo ante la autoridad correspondiente. Si formulado el reclamo la Administración lo niega, se podrá impugnar dicha decisión ya sea en sede administrativa o judicial. Cuando los hechos administrativos afectaren una garantía constitucional de forma cierta e inminente será posible su impugnación en la forma prevista en la Constitución.”. UNDECIMO: Tradicionalmente, la legislación ecuatoriana concedía competencia a los jueces y magistrados de lo Civil para conocer las controversias derivadas de hechos administrativos que han ocasionado perjuicio a los particulares y que, de acuerdo con las reglas del Código Civil, conllevaban responsabilidad civil. Esta competencia se mantuvo invariable hasta cuando se expidió la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial N° 349 de 31 de diciembre de 1993, con la que se inició un fatigoso y lamentable deambular entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa, creando un negativo cuadro de inseguridad jurídica que a más de afectar a la buena imagen del país, constituyó un desconocimiento del principio que actualmente consagra y garantiza la Constitución Política de la República, como uno de los derechos fundamentales de la persona, en su artículo 23 N° 26. En efecto, en el artículo 38 de la citada Ley de Modernización del Estado se disponía lo siguiente: “Los tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos y hechos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado y otras entidades del sector público. El administrado afectado por tales actividades presentará su denuncia o su recurso ante el tribunal que ejerza jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento aplicable será el previsto en la ley de la materia.- No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra el Estado y demás entidades del sector público el agotamiento o reclamo en la vía administrativa. Este derecho será facultativo del administrado”; habiéndose originado dudas acerca de la competencia para conocer de las causas que se encontraban sustanciándose a la época de la expedición de dicha ley, la Corte Suprema de Justicia dictó la siguiente resolución obligatoria, publicada en el Registro Oficial N° 209 de 5 de diciembre de 1997: “Que en su aplicación el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, ha generado dudas sobre la competencia para conocer controversias derivadas de

contratos, actos y hechos suscritos, expedidos o producidos por el Estado u otros organismos o entidades del sector público. En uso de la facultad que le concede el Art. 15 de la Ley Orgánica de la Función Judicial Resuelve: Art. 1.- Toda causa civil o administrativa por controversias derivadas de actos, contratos y hechos administrativos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado u otros organismos o entidades del sector público debe ser conocida y resuelta por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo respectivo, a partir del 31 de diciembre de 1993 y los recursos que en ella se interpusieren para ante la Corte Suprema de Justicia, por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo. Art. 2.- Los procesos iniciados con anterioridad a la vigencia de la Ley de Modernización del Estado que actualmente se encuentra en trámite ante los jueces de lo civil y cortes superiores, se remitirán a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo respectivos, para que continúen la sustanciación de la causa y dicten las resoluciones correspondientes...”; posteriormente la Ley N° 77, publicada en el R.O. 290 de 3 de abril de 1998, reformó el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado disponiendo: Artículo 1.- “Las causas por controversias derivadas de contratos suscritos por el Estado u otros organismos o entidades del sector público, serán conocidas y resueltas por los juzgados y cortes superiores y los recursos que en ellas se interpusieren para ante la Corte Suprema de Justicia por las salas especializadas en las respectivas ramas. Estos procesos que actualmente se encuentren en trámite ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se remitirán a la de los jueces y cortes superiores respectivas para que continúen la sustanciación de la causa y dicten las resoluciones correspondientes”. Artículo 2.- “Las causas civiles que en razón de la Resolución en Pleno de la Corte Suprema de Justicia hayan pasado a conocimiento de los tribunales de lo Contencioso Administrativo volverán a sus jurisdicciones originales para su continuación y resolución”; esta reforma originó nuevas dudas para su aplicación, por lo que la Corte Suprema de Justicia se vio en el caso de dictar una nueva resolución, publicada en el Registro Oficial 120 de 1 de febrero de 1999, cuyo tenor literal es el siguiente: “La Corte Suprema de Justicia considerando que se han expedido algunas normas legales acerca de la competencia y procedimiento que ha de observarse en los casos de controversias surgidas por contratos suscritos por el Estado y otras entidades y organismos del sector público, sin guardar entre unas y otras la debida unidad y correspondencia, como se aprecia de la consulta formulada a este Tribunal por la Corte Superior de Quito; que se han producido dudas sobre el sentido y alcance de la Ley N° 77, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 290 de 3 de abril de 1998, concerniente al asunto antedicho, particularmente acerca de los procesos que se encuentran en trámite en diferentes tribunales y juzgados... Resuelve: ...PRIMERA.- Las causas por controversias derivadas de contratos suscritos por el Estado y otras entidades y organismos del sector público serán conocidas y resueltas: En primera instancia, por los jueces de lo civil y en segunda instancia, por las cortes superiores. Los recursos de casación serán conocidos y resueltos por las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Para el efecto se deberá aplicar el siguiente procedimiento: En primera instancia, el previsto en el artículo 114 de la Ley de Contratación Pública, y en segunda instancia, el previsto en el artículo 115 de la misma ley, y, en forma supletoria, las normas del Código de Procedimiento Civil y de la Ley Orgánica de la

Función Judicial. Si se tratare de controversias derivadas de contratos no contemplados en la Ley de Contratación Pública, se seguirá el procedimiento señalado en las leyes pertinentes, de acuerdo con la naturaleza de cada contrato. Las causas de trabajo y de inquilinato se regirán por las leyes especiales sobre cada una de tales materias. El recurso de casación se regirá por la Ley de Casación. En forma transitoria se observarán las modalidades contenidas en las reglas siguientes: SEGUNDA.- Las causas que, actualmente, se hallan en trámite en la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, cortes superiores y tribunales distritales, esto es en las que no se ha pronunciado aún sentencia o auto definitivo, se remitirán a los jueces de lo civil correspondientes, directamente o previo el respectivo sorteo, según el caso. El juez de lo civil, una vez que avoque conocimiento de una causa, continuará el trámite inherente hasta su terminación en primera instancia. De la sentencia o auto definitivo habrá recurso de apelación o de consulta, según la ley, ante la corte superior respectiva. TERCERA.- De las sentencias o autos definitivos dictados por las cortes superiores y tribunales distritales habrá recurso de casación ante las salas especializadas de lo civil y mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Este recurso se sujetará a lo dispuesto por la Ley de Casación... SEXTA.- El cambio de competencia en razón del grado o de trámite a que se refieren las reglas precedentes no será causa para declaratoria de nulidad de los procesos; por consiguiente, el nuevo juez o tribunal que avoque conocimiento de los mismos continuará el trámite que corresponde". El referido artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado fue sustituido por la reforma constante en el artículo 16 de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, Decreto Ley 2000-1, publicada en el Suplemento al Registro Oficial 144 de 18 de agosto de 2000, que disponía: "Los Tribunales de lo Contencioso Administrativo conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos, expedidos, suscritos o producidos por las Instituciones del Estado, salvo los derivados de controversias sometidas a mediación y arbitraje de conformidad con la Ley. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las instituciones del Estado el agotamiento o reclamo en la vía administrativa. Este derecho será facultativo del administrado, siempre y cuando lo ejerciera dentro del término de noventa días", y además se incorporó una disposición transitoria del siguiente tenor: "Artículo 29.- Agréguese las siguientes disposiciones transitorias a la Ley de Modernización del Estado: «...Los procesos para la solución de controversias iniciados con anterioridad a la vigencia de esta ley, que actualmente se encuentren en trámite ante los jueces de lo civil y cortes superiores, continuarán sustanciándose hasta su terminación y ejecución en esos mismos órganos judiciales. Los recursos de casación interpuestos serán resueltos por las mismas Salas que los conocen a la vigencia de esta ley.»". El artículo 38 en estudio fue sustituido nuevamente por el artículo 1 de la Ley 2001-56, Registro Oficial 483 de 28 de diciembre de 2001, que dispone: "Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos, y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la

Jurisdicción Contencioso Administrativa o Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.". Además, la disposición transitoria primera de la Ley 2001-56, manda que las causas que se hubieran propuesto ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal, a partir de la vigencia de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana (Registro Oficial 144-S de 18 de agosto de 2000), cuyo estado sea posterior a la apertura de la prueba, deberán continuar tramitándose en dichos tribunales; en caso contrario, los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal de las jurisdicciones del domicilio del administrado serán competentes para conocer de estas causas. DUODECIMO: Ha de anotarse que, si bien es cierto que las sucesivas reformas al artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado se refirieron exclusivamente: (a) a los contratos celebrados por las instituciones del Estado; y, (b) a los procesos que, por contratos, actos y hechos administrativos, se habían iniciado antes del 31 de diciembre de 1993 en que entró en vigencia dicha ley, por lo que, en estricta lógica jurídica, todas las controversias iniciadas por actos y hechos administrativos desde el 31 de diciembre de 1993 debían y deben tramitarse ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo del domicilio del administrado, (salvo el lapso comprendido entre el 18 de agosto de 2000 y el 28 de diciembre de 2001 en que la competencia estaba asignada al Tribunal del domicilio del demandado, por haberse omitido en la frase que sí constaba anteriormente y que se reintrodujo en la Ley 2001-56: "El administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio, siendo el procedimiento aplicable el previsto en la Ley de la materia"); pero este criterio no es pacífico; hay una respetable vertiente de opinión jurídica que sostiene que el Estado y las entidades del sector público para el cumplimiento de sus fines, en ejercicio de sus facultades, actúa unas veces como sujeto de derecho "privado" y otras como sujeto de derecho "público" y que, por lo tanto, los conflictos de las instituciones del sector público con los particulares, sobre asuntos derivados de sus relaciones de derecho privado deben ser sometidas a los jueces y tribunales de lo Civil, y los que se generan por su actuación como sujetos de derecho público, a los tribunales de lo Contencioso Administrativo; siguiendo con esta línea de pensamiento, las empresas comerciales o industriales del Estado, como su nombre lo indica y su razón social lo específica, para el desarrollo de sus actividades realizan actos y hechos sujetos a las reglas del derecho privado, y las controversias en que éstas se involucran con los particulares tienen que someterlas a los jueces y tribunales de lo Civil ya que dichas empresas, en rigor, no cumplen funciones administrativas en el alcance que este concepto ha tenido tradicionalmente, y que solo en casos muy excepcionales realizan actos o hechos administrativos en cumplimiento de normas legales expresas, hipótesis en las cuales las controversias que tengan con los particulares han de someterlas a conocimiento de los tribunales contencioso administrativos. Como resultado de esta opinión, las controversias por el reclamo del pago de indemnizaciones de daños a las instituciones el sector público, que están regidas exclusivamente por el Código Civil, serían de competencia

de los jueces y tribunales de lo Civil. Mucho se ha discutido alrededor de este tema, pero es la ley la que ha dado la última palabra, porque al decir de un pensador en materia jurídica: bibliotecas enteras que sostienen determinada tesis doctrinaria quedan reducidas a polvo con pocas palabras de la ley. Como ya se dijo en líneas precedentes, la competencia nace de la ley y su creadora puede modificarla en cualquier momento. La Sala estima que, si bien el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, anteriormente transcrito es muy claro y terminante cuando asigna la competencia a los tribunales de lo Contencioso Administrativo de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos y hechos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado y otras entidades del sector público, pero siguiendo la vertiente de opinión contraria, anteriormente expuesta, algunos de los jueces y magistrados de lo Civil han aceptado a trámite demandas en que se reclaman el pago de indemnizaciones por responsabilidades civiles de las instituciones del sector público. Son numerosos los procesos que por tales hechos están actualmente pendientes en los juzgados de lo Civil y cortes superiores. Como se ha reseñado con amplitud, con posterioridad a la Ley de Modernización del Estado se expidieron varias leyes concernientes a la competencia de los jueces y tribunales para conocer de controversias derivadas de contratos en que intervienen como parte organismos o entidades del sector público; pero ninguna de esas leyes se refieren a hechos administrativos, salvo lo dispuesto en las reformas a la Ley de Modernización del Estado, contenidas en la Ley N° 2000-1, publicadas en el Registro Oficial N° 144 de 18 de agosto de 2000, que establece un régimen especial de competencia, lo cual se analiza en el considerando siguiente. DECIMOTERCERO: El artículo 16 de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, Decreto Ley 2000-1, publicado en el Suplemento al Registro Oficial 144, de 18 de agosto de 2000, reformatorio de la Ley de Modernización del Estado (que ya se ha transcrito en considerando precedente), básicamente restituye el texto original del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, que sufriera modificaciones tácitas por la expedición de la Ley N° 77, publicada en el Registro Oficial N° 290 de 3 de abril de 1998, al conceder competencia a los juzgados y tribunales de lo Civil para conocer de controversias derivadas de contratos suscritos por el Estado y otras entidades del sector público. El inciso segundo del artículo 29 de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, reformatorio de la Ley de Modernización del Estado dispone, con carácter transitorio, lo siguiente: "Los procesos para la solución de controversias iniciados con anterioridad a la vigencia de esta ley, que actualmente se encuentren en trámite ante los jueces de lo civil y cortes superiores, continuarán sustanciándose hasta su terminación y ejecución en esos mismos órganos judiciales. Los recursos de casación interpuestos serán resueltos por las mismas salas que los conocen a la vigencia de esta ley". La norma transcrita tiene dos efectos de gran trascendencia práctica: (a) Convalida los vicios procesales por omisión de la solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias prevista en el número 2 del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil, que de acuerdo con el artículo 358 *ibídem* es un motivo para la nulidad de todo lo actuado. (b) Asegura la competencia de los jueces y tribunales de lo Civil que están conociendo las causas, hasta su terminación y ejecución. Juicio, dice el artículo 61 del Código de Procedimiento Civil, "es la contienda legal sometida a la resolución de los

jueces". La contienda o pelea que libran las partes procesales en un juicio, con ataques y contraataques, mediante la presentación de elementos de prueba y el manejo de la dialéctica jurídica, ocasiona elevados costos económicos, psicológicos e intelectuales para las partes contendientes; costos que también soportan los jueces y magistrados que conocen las causas. Por eso, es un deber cardinal de los jueces y tribunales solucionar cuanto antes las contiendas legales. Dadas estas circunstancias, resulta una regla de oro procesal que los vicios de un juicio que causan nulidad puedan convalidarse o sanearse. Por excepción, no son convalidables las irregularidades procesales que dejan sin defensa a las partes o impiden que el proceso cumpla su fin. Para que sea aplicable aquella disposición transitoria, que guarda un nexo necesario con el artículo 16 de las reformas a la Ley de Modernización del Estado, deben cumplirse los siguientes requisitos: (1) Que la demanda sea propuesta contra una institución del sector público; (2) Que el proceso haya sido iniciado antes de la promulgación de la ley, o sea con anterioridad al 18 de agosto de 2000; y, (3) Que el proceso se halle en trámite a la fecha de promulgación de la ley. Afectado como se halla el derecho fundamental a la seguridad jurídica, que asiste a toda persona, el mismo que se halla expresamente tutelado en la Constitución Política de la República, constituyendo el más alto deber del Estado respetar y hacer respetar éste y los demás derechos fundamentales, según lo declara el artículo 16 de la misma, es de lógica concluir que el Legislador decidió enmendar tan grave situación y por ello dictó la disposición transitoria antes transcrita, contenida en el inciso segundo del artículo 29 de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, reformatorio de la Ley de Modernización del Estado, y puesto que en materia de derechos y garantías constitucionales ha de darse la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia, de conformidad con la norma mandatoria contenida en el artículo 18 inciso segundo de la Carta Fundamental de la República, forzosamente ha de concluirse que debe interpretarse la norma transitoria antes señalada en el sentido de que en virtud de ella se convalidaron las causas de nulidad por incompetencia del Juez o Tribunal en todos aquellos casos en que se cumplen los tres requisitos antes señalados. Este Tribunal de Casación en el antes citado fallo N° 187 de 28 de abril de 2000, publicado en el Registro Oficial N° 83 de 23 de mayo de 2000, ya puso en evidencia el grave problema de inseguridad jurídica creado por las numerosas reformas y contrarreformas del artículo 38 de la Ley de Modernización, cuando dijo: "...hay que tomar en consideración que por la inestabilidad legislativa, analizada anteriormente, no ha habido la suficiente certeza sobre cuál es el juez o tribunal competente... Por estas circunstancias, y en virtud de que las partes demandadas han ejercido en la forma más amplia su derecho de defensa, declarar la nulidad de la causa por incompetencia del juez, a estas alturas después de un largo y fatigoso proceso, significaría una denegación de justicia". DECIMOCUARTO: Los tres requisitos para que se aplique la disposición transitoria contenida en el inciso segundo del artículo 29 de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, reformatorio de la Ley de Modernización del Estado, se hallan cumplidos en el presente juicio y, por tanto, se encasillan o subsumen exactamente en la disposición transitoria mencionada. En efecto: las empresas demandadas pertenecen al sector público, con arreglo a la Ley de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y sus Empresas Filiales, publicada en el Registro Oficial N° 283

de 26 de septiembre de 1989 y del reglamento general a esta ley, publicado en el Registro Oficial N° 309 del 19 de abril de 2001. La demanda ha sido presentada el 3 de agosto de 1998 y calificada y admitida a trámite el 12 de los mismos mes y año, es decir, antes de la promulgación de la Ley 2000-1. En consecuencia son competentes los jueces de lo Civil para seguir conociendo el presente proceso hasta su terminación y ejecución. Siendo así, corresponde a la Primera Sala de lo Civil y Mercantil entrar a analizar los puntos sobre los que se trabó la litis, esto es los contenidos en las pretensiones de la parte actora y la contradicción de los demandados formuladas en las excepciones.

**DECIMOQUINTO:** Segundo Patricio Reyes Cuadros, por sus propios derechos y a nombre y representación del Comité Pro Mejoras "Delfina Torres vda. de Concha", en su libelo de demanda afirma lo siguiente: Que en el sector territorial en el que desemboca el río Teaone en el río Esmeraldas, ubicado en la parroquia urbana 05 de Agosto de la ciudad de Esmeraldas, cuyos linderos se especifica, viven más de doscientas cincuenta familias que forman parte del comité mencionado y ocupan 17 manzanas; que este sector se halla a la distancia de dos kilómetros, en línea recta, de la Refinería Estatal de Esmeraldas y toda la infraestructura petrolera; que los habitantes del sector, al igual que los demás habitantes de la ciudad de Esmeraldas y otros lugares de la provincia son gravemente afectados por los daños ambientales y humanos que ocasiona la Refinería de Esmeraldas; que las entidades que tienen a su cargo la operación de la Refinería y, en general, de la infraestructura petrolera, nunca han sido capaces de mantener los niveles de seguridad que aconseja la técnica para preservar a los habitantes y al medio ambiente de daños irreparables, que han sido afectados sobre todo por el incendio de la Refinería ocasionado el 1 de octubre de 1997 y por el desastre del 26 de febrero de 1998, debido este último a la ruptura del oleoducto y del poliducto, que permitió que los productos hidrocarbúricos contaminen los ríos Teaone y Esmeraldas, incendiando sus riberas, en donde justamente están asentados los miembros del comité. Todos los días como lo denuncian los medios de comunicación: prensa, radio y televisión se producen derrames de petróleo y de los productos hidrocarbúricos, en grado tal que la totalidad del sistema ha sido peligrosamente vulnerado; que con la inspección judicial que se efectuó, con carácter preparatorio, el 29 de abril de 1998, y los informes periciales de los ingenieros Milton Agustín Sánchez Guerrero y Edison Palacios Rayo, se establece que la alteración del ecosistema del barrio Delfina Torres vda. de Concha, Propicia N° 1, ha sido grave a partir del funcionamiento de la refinería estatal; que así también se ha comprobado que, a consecuencia del incendio del 26 de febrero de 1998, se han destruido varias casas, mientras que otras han quedado solamente en escombros; ha habido muertos, se han contaminado las aguas en los ríos Teaone y Esmeraldas, se ha ocasionado la muerte de las especies marinas por asfixia debido a la irritación de los bronquios; que el olor de gases y derivados del petróleo es permanente en el barrio, más intenso que en otros lugares de la ciudad. Invoca como fundamentos de derecho de la demanda: El artículo 22, numerales 2 y 15 y los artículos 23, 44, 47 y 48 de la Constitución Política de la República del Ecuador; los artículos 2241, 2243, 2244, 2247 y 2256, inciso primero, del Código Civil; el inciso tercero del artículo 2 de la Ley Especial de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y sus Empresas Filiales; el Reglamento ambiental para las operaciones hidrocarbúricas en el Ecuador, especialmente sus artículos 5, 46, 48, 52, 53, 54 y 55.- Sobre la base de los

fundamentos de hecho y de derecho mencionados, demanda: Al Presidente Ejecutivo y representante legal de PETROECUADOR; al Gerente General y representante legal de PETROCOMERCIAL; al Gerente General y representante legal de PETROINDUSTRIAL, y al Gerente General y representante legal de PETROPRODUCCION en forma solidaria, por sus propios derechos y por los que representan, para que sean condenados, mediante sentencia, al pago de daños y perjuicios ocasionados en el Comité Pro Mejoras "Delfina Torres vda. de Concha", Propicia N° 1, incluidos los daños morales, cuyo monto sobrepasa la cantidad de treinta y cinco millones de dólares americanos o su equivalente en sucres a la fecha de pago. En ese monto queda incluida, y entre otras, la realización de las siguientes obras: Red de alcantarillado sanitario, por USD 600.000,00. Planta de tratamiento de alcantarillado sanitario, por USD 1'000.000,00. Red de alcantarillado de aguas lluvias, por USD 700.000,00. Enrocado base en riberas de los ríos, por USD 1'500.000,00. Muro de contención de hormigón armado, por USD 1'400.000,00. Dispensario Médico, por USD 500.000,00. Equipamiento dispensario médico, por USD 1'000.000,00. Aceras y bordillos y escalinata, por USD 500.000,00. Canchas de uso múltiple con graderío por USD. 100.000,00. Adoquinado vehicular de calles por USD 500.000,00. Alumbrado del parque forestal y público por USD 500.000,00. Adecantamiento del parque forestal, por USD 500.000,00. Pasos peatonales a desnivel, por USD 200.000,00. Colegio Secundario moderno y equipamiento moderno, por USD 1'000.000,00. En el monto se incluyen los daños causados en la población, por muertes, desaparecidos, enfermos y trastornos psíquicos, a más de los daños en las casas, vegetales, árboles y, sobre todo, los ingentes daños morales causados por la negligencia de las empresas demandadas, que están obligadas a ofrecer los más altos niveles de seguridad industrial en sus operaciones, los daños ecológicos en los ríos y la atmósfera, es decir los daños en el sistema ecológico son incalculables. Adicionalmente, el actor solicita que el Juez, en su primera providencia y también en sentencia, disponga que los demandados adopten las medidas de seguridad necesarias para impedir que por su negligencia se sigan produciendo los daños relacionados, medidas que serán verificadas por el Juez.

**DECIMOSEXTO:** La demandada Empresa de Exploración y Producción de Petróleos del Ecuador PETROPRODUCCION, deduce las siguientes excepciones: a) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda propuesta; b) Nulidad del proceso por omisión de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios, establecidas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil. Para el no consentido caso de que no se declare la nulidad del proceso, subsidiariamente alega; c) Incompetencia del juzgado por razón de la materia, ya que su conocimiento corresponde al Tribunal de lo Contencioso Administrativo conforme al Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, artículo 1 de la resolución de la Corte Suprema de Justicia de 26 de noviembre de 1997, publicada en el R.O. N° 290 de 3 de abril de 1998, que asigna a los jueces de lo civil y cortes superiores, el conocimiento de las controversias derivadas de contratos suscritos por el Estado, organismos o entidades del sector público, puesto que hay contratos de seguros suscritos por el sistema PETROECUADOR; d) Ilegitimidad de personería del actor por carecer de personería para deducir esta acción. Ilegitimidad de personería de PETROPRODUCCION, PETROECUADOR, PETROINDUSTRIAL y PETROCOMERCIAL, pues

ninguna de estas empresas del sistema tiene nada que ver en la catástrofe ocurrida. En todo caso, la acción debía habérsela presentado en contra de los aseguradores que son los que últimamente tiene que responder por daños y perjuicios, en la eventualidad de que jurídicamente proceda dicha acción; e) Falta de derecho del actor. El actor no tiene ninguna facultad para presentar esta demanda, pues no ha presentado documento alguno que justifique su representación; por el hecho de que por sus propios derechos únicamente se representa a sí mismo y porque no puede hablar de representar a la colectividad de Esmeraldas y porque tampoco ha presentado documento alguno que justifique la existencia legal de la organización a la que dice representar; f) PETROPRODUCCION no ha causado daño moral en contra del actor, ni es responsable de hechos fortuitos ni de fuerza mayor como la tragedia ocurrida, originada en una catástrofe de la naturaleza totalmente imprevisible. Lo acontecido no puede atribuírsele a funcionario alguno del sistema PETROECUADOR; g) Falta de derecho del Comité Pro Mejoras "Delfina Torres vda. de Concha" (Comité Propicia N° 1) para demandar supuestos daños morales generados en los hechos señalados en su demanda. En efecto, niego que tal actor sea la supuesta víctima o el representante legal de las supuestas víctimas de los daños morales que dice haberse producido; h) Niego subsidiariamente a todo lo expresado, que el monto de los daños causados, que no provienen de acciones u omisiones ilícitas de PETROCOMERCIAL, lleguen a la astronómica suma mencionada en la demanda. Alego plus petition. i) En el término de prueba presentaré todas las pruebas que me asisten y, principalmente, las periciales, instrumentales, testimoniales y demás que servirán para que se deseche la demanda y para probar lo que se expone en esta contestación. Usted se servirá tomar en cuenta, para la sentencia, a quien le corresponde la carga de la prueba. Impugno los informes periciales de los ingenieros Milton Agustín Sánchez Guerrero y Edison Palacios Rayo y el de la doctora Brungny Moreira, así como el documento de la doctora Alexandra Salazar, por cuanto únicamente son referenciales y no han sido ordenados dentro de la litis, de tal manera que jurídicamente no tienen ningún valor para la presente controversia. Por otra parte, la acción principal no ha sido presentada dentro del término que expresamente la ley señala, luego de los hechos de las diligencias preparatorias que se pretenden hacer valer. Por consiguiente, en el supuesto de que el actor tuviese derecho de plantear esta acción, ese derecho ha caducado. Lo alego expresamente como excepción; j) No se señala en la demanda que se acompañan los documentos que prueban la calidad de Presidente del Comité Pro mejoras "Delfina Torres vda. de Concha." (Comité Propicia N° 1) ni los que demuestran la existencia jurídica de esta organización y el que ella representa a los pobladores del sector y/o de la ciudad de Esmeraldas; k) Nótese que en la demanda se dice de los demandados: "Los demandado en forma solidaria por sus propios derechos y por los que representan". Jurídicamente no se puede demandar al Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR y a los gerentes de PETROINDUSTRIAL, PETROCOMERCIAL, PETROPRODUCCION por sus propios derechos y en forma solidaria a todos y cada uno de ellos. No hay ninguna disposición legal que establezca el supuesto de esta demanda y de una supuesta solidaridad; y, l) No se cumple con lo dispuesto por el artículo 72 del Código de Procedimiento Civil pues no se ha acompañado la prueba de la representación de la persona jurídica que figura como actora, ni los documentos y las pruebas de carácter

preparatorio que se pretendan hacer valer en el juicio. El Juez de la causa debía haber ordenado que el actor complete y aclare la demanda dentro del término de tres días. De no haberse dado, la causa ha incurrido en lo que expresamente dispone el artículo 73 del Código de Procedimiento Civil, así lo puntualiza además el artículo 405 de este mismo código. Hay otra razón más que nulita la causa.- PETROINDUSTRIAL opone estas excepciones: 1) Falta total de causalidad jurídica para demandarme. 2) La demanda carece de objeto lícito posible. 3) Improcedencia de la acción, por incumplimiento de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, conforme lo determina el Código de Procedimiento Civil, lo cual acarrea la nulidad de todo lo actuado, y así le solicito expresamente que el Juez lo declare. 4) Ilegitimidad de personería. 5) Falta de legítimo contradictor. 6) En el supuesto no consentido caso de que la demanda tuviere fundamento, alego expresamente la incompetencia del señor Juez de lo Civil para conocerla, puesto que su trámite correspondería al Tribunal Contencioso Administrativo. 7) Existe plus petición, ya que la absurda y ridícula pretensión del actor sobrepasa astronómicamente a cualquier criterio lógico y real. 8) Hay litis pendencia que deberá ser observada por el Juez de esta causa. 9) Por o haber cumplido los requisitos contemplados por los numerales 2, 3 y 4 del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil, usted deberá declarar la nulidad del proceso. La Empresa Estatal de Comercialización y Transporte de Petróleos del Ecuador PETROCOMERCIAL, opone las siguientes excepciones: 1) Niego pura, simple y llanamente los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en el escrito de demanda. 2) Alego falta de causa lícita, puesto que el actor lo único que pretende es obtener cuantiosos beneficios económicos por parte de PETROECUADOR y sus empresas filiales, razón por la que en forma exagerada fija la cuantía de decenas de millones de dólares (US \$ 35'000.000,00) con perjuicio del interés nacional. 3) Improcedencia de la acción tanto en el fondo como en la forma, puesto que los perjuicios que pudieran generarse como consecuencia de la estructura petrolera en general, y de la Refinería Esmeraldas en particular sería consecuencia de la propia acción irresponsable de las personas que asientan sus viviendas en sectores aledaños, sin contar con las respectivas autorizaciones por parte de las autoridades competentes. 4) Ilegitimidad de personería del actor, puesto que la Constitución Política de la República del Ecuador, en el capítulo referente a los Derechos Civiles, en el artículo 23, numeral 15, establece el derecho de las personas a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso dicho derecho puede ejercérselo a nombre del pueblo, como en el presente caso, en que el demandado presenta su demanda, en definitiva, a nombre del pueblo esmeraldeño, con la simple justificación de ser el representante de un grupo poblacional muy reducido, pretendiendo obtener beneficios económicos que no le corresponde, y que, en último término, en el supuesto no consentido de que se declarara la existencia de alguna obligación por parte de PETROECUADOR y sus empresas filiales correspondería a todos los habitantes de la ciudad de Esmeraldas. En consecuencia, solicito a usted, señor Juez, se digné desechar esta improcedente demanda. 5) Alego falta de legítimo contradictor, puesto que PETROCOMERCIAL no tiene nada que ver con el funcionamiento de la Refinería Esmeraldas, al dedicarse exclusivamente al transporte y comercialización de combustibles, para cuyo efecto cuenta con el poliducto Esmeraldas-Santo Domingo-Quito-Ambato, construido con estricto apego a las disposiciones

legales y técnicas existentes. 6) Falta de derecho del actor, ya que, como se ha demostrado, PETROECUADOR y sus empresas filiales, han reparado los daños originados materia de la presente acción. 7) Alego su incompetencia para conocer la presente causa señor Juez, puesto que, de conformidad con lo dispuesto con el artículo 27 del Código de Procedimiento Civil, es competente el Juez de mi domicilio, que se encuentra ubicado en la ciudad de Quito, por lo que la demanda debió presentarse ante uno de los jueces de la provincia de Pichincha. PETROECUADOR opone las siguientes excepciones: 1) Nulidad del proceso por omisión de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios, establecidas en los numerales 2, 3 y 4 del Art. 355 del Código de Procedimiento Civil. Para el no consentido caso de que no se declare la nulidad del proceso, subsidiariamente alego. 2) Incompetencia del juzgado por razón de la materia, ya que su conocimiento corresponde al Tribunal de lo Contencioso Administrativo conforme al Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, Art. 1 de la Resolución de la Corte Suprema de Justicia de 26 de noviembre de 1997, publicada en el Registro Oficial N° 209 de 5 de diciembre de 1997, y la Ley N° 77, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 290 de 3 de abril de 1998, que asigna a los jueces de lo Civil y cortes superiores, el conocimiento de las controversias derivadas de contratos suscritos por el Estado, organismos o entidades del sector público. 3) Ilegitimidad de personería de los actores por carecer de autorización para deducir esta acción. 4) Falta de derecho del Comité Pro Mejoras del barrio "Delfina Torres vda. de Concha", porque a pesar que su competencia es de orden eminentemente social, que se halla determinada con sus estatutos y en la Ley Especial de Descentralización y de Participación Social demanda el resarcimiento de perjuicios extraños al ámbito de su gestión, más aún cuando el derrame de petróleo e incendio se originaron como resultado de un fenómeno natural o caso fortuito. 5) Improcedencia de la acción por la arbitraria pretensión del comité, ya que hallándose circunscrita su actividad social al desarrollo de la comunidad barrial, mal puede considerar como perjudicados del siniestro a los moradores de los barrios circundantes y a la sociedad en general, es decir a terceros ajenos al comité. 6) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. 7) Niego que mi representada sea responsable, en modo alguno de los daños que dice la parte actora se han producido y niego en consecuencia que PETROECUADOR haya causado daño moral al actor ni ningún otro daño. 8) Subsidiariamente a todo lo expresado niego que el monto de los daños causados, que no provienen de acciones u omisiones ilícitas de mi representada, lleguen a la astronómica suma mencionada en la demanda. DECIMOSEPTIMO: Trabada la litis con las pretensiones del actor y las excepciones opuestas por los demandados, en orden lógico se analizan primeramente las excepciones dilatorias. Mediante las excepciones dilatorias no se niega el derecho que hace valer el actor; únicamente se pretende dilatar su ejercicio o poner obstáculos a la tramitación del proceso. Deben ser resueltas previamente al examen y decisión de la cuestión de fondo, y de ser aceptadas, solamente causan cosa juzgada material, lo que quiere decir que subsanados o corregidos los asuntos a que se refieren las excepciones dilatorias, pueden volver a proponerse las mismas pretensiones en otro juicio. En muchas legislaciones extranjeras, son de previo y especial pronunciamiento. Este mismo sistema contemplaba la legislación ecuatoriana, para el juicio ordinario, hasta las reformas al Código de Procedimiento Civil promulgadas en el Registro Oficial

N° 753 de 20 de diciembre de 1978. Dichas reformas establecieron que tanto las excepciones dilatorias como las perentorias deben resolverse en la sentencia definitiva. Fueron motivadas en que la división de las resoluciones en dos etapas fue aprovechada por muchos litigantes para retardar excesivamente la tramitación y decisión de juicio. "Justicia retardada es justicia denegada". Las cuatro empresas demandadas alegan como excepción dilatoria la omisión de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias previstas en las reglas 2ª, 3ª y 4ª del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil, que son: "2ª.- Competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila; 3ª.- Legitimidad de personería; y, 4ª.- Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente. En los considerandos octavo y décimo segundo se analiza lo relativo a la competencia para conocer el presente juicio, en razón de la materia, de los jueces y los tribunales de lo civil. En cuanto a la alegación de incompetencia, por razón del territorio, formulada por PETROCOMERCIAL en su excepción del numeral 7, de que es competente el Juez de su domicilio, que se encuentra ubicado en la ciudad de Quito, se anota: El artículo 30 del Código de Procedimiento Civil establece la competencia concurrente elegible, en virtud de la cual el actor puede, a su arbitrio, presentar su demanda ante el Juez del lugar donde tiene su domicilio el demandado o ante cualesquiera de los jueces enumerados en tal artículo, entre ellos, el del "lugar donde fueren causados los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de estas". Precisamente, la demanda que da inicio al presente juicio contiene la pretensión de que se paguen indemnizaciones o la reparación de daños causados en un sector territorial ubicado en la provincia de Esmeraldas; es decir el caso se subsume exactamente en el numeral 5 del artículo 30 del Código de Procedimiento Civil. Sobre la legitimidad de personería se ha analizado en los considerandos cuarto y quinto que anteceden. La alegación de PETROPRODUCCION, en su excepción de la letra d), de que existe ilegitimidad de personería de los demandados, pues ninguna de estas empresas del sistema tiene nada que ver con la catástrofe ocurrida y, en todo caso, la acción debía haberse presentado en contra de los aseguradores, que son los que debían responder por daños y perjuicios, en la eventualidad de que jurídicamente proceda dicha acción, confunde la ilegitimidad de personería, que es una excepción dilatoria, con la de no ser los demandados sujetos de responsabilidad civil de los daños jurídicamente resarcibles, lo que tiene que ver con el fondo o mérito de la controversia, ya que, como ha expresado esta Sala en innumerables fallos, la ilegitimidad de personería se produce cuando comparece a juicio: 1) Por sí solo quien no es capaz de hacerlo ("la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o autorización de otra": artículo 1448 inciso final del Código Civil). 2) El que afirma ser representante legal y no lo es ("Son representantes legales de una persona, el padre o la madre bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador, y lo son de las personas jurídicas los designados en el Art. 589": artículo 28 del Código Civil). 3) El que afirma ser procurador y no tiene poder ("Son procuradores judiciales los mandatarios que tienen poder para comparecer a juicio": artículo 40 del Código de Procedimiento Civil). 4) El procurador cuyo poder es insuficiente. 5) El que gestiona a nombre de otro y éste no aprueba lo hecho por aquél, pues se puede comparecer a juicio a nombre de otro sin poder, pero con oferta de ratificación (gestión de negocios). De otra parte, la afirmación de que la acción debió deducirse contra la compañía aseguradora no tiene cabida, ya que ésta

no es la persona a la que se imputa las acciones y omisiones dañosas; deducida la acción contra la persona que ha causado un daño, ésta puede pedir a la aseguradora que asuma su defensa, pero quien alega ser víctima de un siniestro no tiene porqué conocer siquiera si el responsable del mismo se halla o no asegurado y no está en el deber de averiguar esta particular situación para proponer su demanda indemnizatoria. Finalmente, todos los demandados se hallan legalmente citados, y de haber alguna irregularidad en las citaciones -que no las hay- estarían saneadas en mérito de lo dispuesto por el artículo 88 del Código de Procedimiento Civil. No habiendo incompetencia del Juez o Tribunal en el juicio que se ventila ni ilegitimidad de personería ni falta de citación a los demandados, es natural que no exista la nulidad procesal alegada por las empresas demandadas. Además, acerca de la alegación de nulidad realizada por PETROPRODUCCION de que el proceso es nulo porque no se ha cumplido lo dispuesto por los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil, se anota: Analizada desde el punto extrínseco la demanda con que se inicia este proceso, se encuentra, al contrario de lo que alega PETROPRODUCCION, que sí se ha aparejado a aquella toda la prueba de la representación de la persona jurídica que comparece como actora. Igualmente está aparejada a la demanda el original de las diligencias preparatorias que las tenía el actor en su poder y que las está haciendo valer en el presente juicio. Es necesario precisar, que el Juez para admitir a trámite una demanda debe exigir que se cumplan los requisitos de los artículos 71 y 72 del Código de Procedimiento Civil, y observar lo dispuesto en el artículo 73 *ibídem*, pero el incumplimiento de estas obligaciones constituye una falta disciplinaria, susceptible de sanción administrativa, pero no un motivo de nulidad procesal. No se trata de la omisión de una solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias ni es la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando. Sobre la excepción de litis pendencia deducida por PETROCOMERCIAL, se anota: Según el doctor Víctor Manuel Peñaherrera, la litis pendencia es el hecho de estar pendiente, es decir promovido y sin resolución definitiva, un litigio. Si en este estado se promueve de nuevo el mismo litigio, el demandado tiene derecho a que no se le siga este último juicio, y este derecho constituye la excepción de litis pendencia. Tiene relación íntima con la excepción de la cosa juzgada, cuyas características están determinadas por el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil. Por la excepción de cosa juzgada se propone impedir que se siga de nuevo un litigio ya terminado, y por la excepción de litis pendencia impedir que se siga de nuevo un litigio que está pendiente. Para que prospere la excepción de litis pendencia, los dos juicios deben ser idénticos, esto es, han de ser las mismas personas, la misma cosa que se demanda, las mismas causas por las cuales se demanda, y la calidad con la que intervienen las partes. La necesidad de que no exista litis pendencia se funda en tres razones principales: En el principio de economía procesal, que exige que se eviten dos procesos sobre un mismo litigio; en la necesidad de evitar dos sentencias diversas y aún contradictorias sobre el mismo litigio, y finalmente en que sería injusto obligar al demandado a defenderse en dos procesos diversos respecto de una misma pretensión. La carga de la prueba sobre la excepción de litis pendencia recae en quien la alega. Dentro del término de prueba de segunda instancia se ha incorporado al proceso copia certificada de la sentencia dictada por la Sala Unica de la Corte Superior de Esmeraldas en el juicio seguido por el Comité Pro Mejoras

del barrio Modelo contra Luis Román Lazo Presidente de PETROECUADOR e ingeniero William Calderón, Superintendente de la Refinería Estatal de Esmeraldas, para el pago de indemnizaciones por los daños que han sido víctimas los moradores de dicho barrio. Asimismo se ha presentado copia certificada del auto dictado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en que niega el recurso de hecho deducido contra aquella sentencia y se ordena devolver el juicio al juzgado de origen. (fojas 66 a 72 del cuaderno de segundo nivel). Igualmente, se ha incorporado al proceso un ejemplar del Registro Oficial N° 125 de 8 de febrero de 1999, en que se publica el fallo dictado por la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en que declara la nulidad del proceso seguido por el Municipio de la Joya de los Sachas en contra de PETROECUADOR, PETROPRODUCCION y otro, por el pago de indemnizaciones de daños por derrame de petróleo (fojas 244 a 259 del cuaderno de segundo nivel). Los procesos mencionados no guardan identidad ni objetiva ni subjetiva con el presente proceso. Por consiguiente, al no haberse comprobado la excepción de litis pendencia se la rechaza. DECIMOCTAVO: PETROCOMERCIAL y PETROINDUSTRIAL oponen la excepción de falta de legítimo contradictor, con el argumento de que dichas empresas nada tienen que ver con la Refinería Estatal de Esmeraldas. La excepción de falta de legítimo contradictor tiene lugar cuando no se encuentra en el juicio quien está legitimado para contradecir, es la llamada por la doctrina *legitimatio ad causam*. La falta de legítimo contradictor se da en dos supuestos: cuando quien ha sido demandado no es el sujeto al que corresponde contradecir las pretensiones que se formulan en la demanda, o cuando aquél debía ser parte en la posición de demandado, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso, es decir, cuando la parte demandada está formada por varias personas y en el proceso no están presentes todas ellas, supuestos que no se dan en el presente juicio. Por todo ello, la excepción de falta de legítimo contradictor propuesta por las empresas demandadas no es procedente. DECIMONOVENO: PETROCOMERCIAL y PETROINDUSTRIAL oponen la excepción de que hay causa ilícita, puesto que el actor lo único que busca es beneficio económico. De acuerdo con el derecho de acción garantizado por la Constitución y la ley, cualquier persona puede acudir ante los órganos judiciales y formular en su demanda las pretensiones que tenga a bien. Lo que no puede es promover pretensiones contrarias a la moral, al orden público o las prohibidas por la ley. Una pretensión, como la contenida en la demanda, dirigida a obtener reparación económica de los daños civiles extracontractuales es perfectamente lícita. No tiene, pues, sustento legal alguno la excepción antedicha, de que hay causa ilícita por lo que se la desestima. PETROINDUSTRIAL opone la excepción de que la demanda carece de objeto lícito. No da la menor explicación o fundamento de por qué, a su juicio, existe objeto ilícito. El objeto de una pretensión es necesario que sea físicamente y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible, el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público. El Código Civil señala varios casos de objeto ilícito en los artículos 1505, 1507 y 1509, supuestos que tampoco se dan en el presente juicio. No tiene sustento legal dicha excepción y, por lo mismo, se la rechaza. VIGESIMO: La primera pretensión contenida en la demanda es la de que se condene a los demandados, por

responsabilidad civil extracontractual, al pago de perjuicios que han ocasionado al actor. Empecemos entonces por hacer el análisis sobre la responsabilidad civil extracontractual por daños. De conformidad con el artículo 1480 del Código Civil, las obligaciones nacen, entre otras fuentes, a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daños a la persona o sus bienes, como en los delitos y cuasidelitos; esto es, por hechos ilícitos, que están regulados por el Título XXXIII, Libro Cuarto del Código Civil (artículos 2241 a 2261). El Código Civil, que ha seguido la doctrina clásica, llama hechos ilícitos no solamente a las acciones u omisiones personales del responsable que intencional o culposamente ha ocasionado daño a un tercero, (artículos 2241, 2242, 2243, 2244 y 2245) sino también a los daños causados por las personas que están a su cargo, cuidado o dependencia (artículos 2246, 2247, 2248, 2249 y 2252), o de las cosas que son de su propiedad o de las cuales se sirve (artículos 2250, 2251, 2253, 2254 y 2255). El artículo 2256 del Código Civil contempla, como analizamos más adelante, la responsabilidad civil extracontractual por actividades riesgosas o peligrosas, en que la culpa se presume, lo cual releva a la víctima de aportar los medios de prueba de la negligencia, descuido o impericia; correspondiendo entonces demostrar al demandado que el hecho acaeció por fuerza mayor, caso fortuito, por intervención de un elemento extraño o por culpa exclusiva de la víctima. Para el tratadista argentino Borda, esta terminología es impropia; piensa que la denominación de hechos ilícitos debería reservarse para los hechos propios del responsable, pero cuando la responsabilidad surge de los daños causados por un tercero o por una cosa no hay propiamente hablando un hecho ilícito, sino más bien un hecho neutro (ni lícito ni ilícito) al cual la ley le imputa la obligación de indemnizar, por razones que suelen diferir según los casos, pero que conducen a la misma conclusión: la vinculación de un responsable con las consecuencias dañosas de ese hecho. Otros autores llaman a estas responsabilidades “reflejas”. Para la responsabilidad civil extracontractual deben reunirse estos tres presupuestos o elementos: 1. Un daño o perjuicio, material o moral. 2. Una culpa, demostrada o preexistente. 3. Un vínculo de causalidad entre el uno y el otro.- En la actualidad se considera a los términos “daño” y “perjuicio” como sinónimos, lo que no ocurría originalmente, en que como herencia del derecho romano a ambas expresiones se les daba significaciones diferentes. La palabra daño se la empleaba como la reparación de un “perjuicio”; es decir, el resarcimiento o indemnización por un perjuicio. Por eso el Código Civil utiliza “daños y perjuicios” como si fueran términos distintos y complementarios. La doctrina moderna ha simplificado esta concepción y hoy daño se emplea en el sentido corriente, como perjuicio, detrimento, menoscabo, injuria a un interés jurídico protegido por la ley. Esta es la razón para que en este fallo utilicemos indistintamente las palabras “daño” y “perjuicio” con el mismo significado. El daño como fenómeno fáctico es distinto del daño jurídico. Este solo se da cuando se cumplen determinadas características indispensables, que deben concurrir en detrimento o menoscabo del damnificado. El daño es jurídico y, como tal, será reparable cuando sea cierto. La certeza de su existencia es un presupuesto indispensable, pues el daño a los efectos de la responsabilidad es aquel cuya existencia se ha probado acabadamente. Los que son hipotéticos o eventuales no son resarcibles. En materia de daños es insuficiente alegar un perjuicio en abstracto o una mera posibilidad; es necesaria la prueba del perjuicio real y efectivamente sufrido; los daños que no se han demostrado

procesalmente, con elementos de convicción que exteriorizan un efectivo perjuicio, no existen jurídicamente. El daño puede ser presente o futuro: el primero es el que ya ha acaecido, el que se ha consumado. El futuro es el que todavía no se ha producido, pero aparece ya como la previsible prolongación o agravación de un daño actual, según las circunstancias del caso y las experiencias de la vida. El daño futuro solo se configura en la medida en la que aparece como consecuencia por lo menos probable, del hecho antecedente, cuando se conoce con objetividad que ocurrirá dentro del curso natural y ordinario de las cosas. De otro lado, el perjuicio no será resarcible si ya ha sido reparado, bien sea porque la indemnización ha sido pagada por la persona que ha resultado jurídicamente responsable o por un tercero, tal como el caso del asegurador. Cuando la víctima es indemnizada, el perjuicio ha desaparecido, y no cabe demandar de nuevo reparación. Asimismo, la víctima no puede acumular varias indemnizaciones por el mismo perjuicio. Comúnmente, al daño se le clasifica en material y moral, cada uno de los cuales goza de identidad propia y autonomía. Igualmente, no resultan excluyentes entre sí en el marco de un único evento dañoso; muy por el contrario, en la mayoría de las veces se presentan ambos. El daño material existirá siempre que se cause a otro un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades. Es aquel que se ocasiona al patrimonio material de la víctima, como conjunto de valores económicos. El daño material, con menoscabo del patrimonio material en sí mismo, puede dividirse en daño emergente y lucro cesante. El primero es la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, con un empobrecimiento del patrimonio, que es el perjuicio efectivamente sufrido. El segundo implica la frustración de ventajas económicas esperadas, o sea, la pérdida de ganancias de las cuales se ha privado al damnificado. El daño moral es todo sufrimiento o dolor que se padece independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial material. Se traduce en la lesión a las afecciones íntimas del damnificado. Daño moral es el que lesiona el conjunto de facultades del espíritu, o como se suele denominar usualmente, aunque con cierta impropiedad, el “patrimonio moral” del damnificado, o sea al conjunto de aquellas características o condiciones que dan forma a la personalidad, todos los activos intelectuales y espirituales de las cuales se ha ido nutriendo la persona en el transcurso de los años. Hay una vertiente doctrinaria que caracteriza al daño moral o extrapatrimonial partiendo de una definición por exclusión; es decir, el que no puede ser comprendido en el daño patrimonial es el daño moral. Es importante destacar, que a través de la indemnización debe restablecerse únicamente el equilibrio que gozaba el damnificado con anterioridad al daño. La responsabilidad civil extracontractual, en nuestra legislación, es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración. La culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto. Dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles, y es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia, y puede añadirse con infracción de normas legales o reglamentarias. Es un concepto contrapuesto al dolo, porque mientras la culpa se refiere a la acción u omisión que causa daño sin propósito de hacerlo, en el dolo la infracción recae sobre el daño mismo que se ocasiona. Sencillamente la culpa consiste en

la omisión de la conducta exigible al actor del hecho. Es la conducta contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles. Pero si bien no existe el propósito previsible de causar el daño, como en el supuesto doloso, se alcanza igualmente el resultado negativo por no haber tenido el sujeto el cuidado de adoptar las medidas necesarias para impedirlo. La "culpa" y el "dolo" no son conceptos contrapuestos sino más bien diferenciados en cuanto a la manera de actuar, pero en definitiva ambas actitudes causan daño. Las tres formas clásicas en que se presenta la culpa son: negligencia, imprudencia e impericia. La negligencia aparece cuando el sujeto omite la realización de un acto que habría evitado el resultado dañoso. Es aquella omisión más o menos voluntaria pero consciente de la diligencia que hubiere correspondido hacer de modo tal que no llegara a producir el efecto perjudicial. En suma, la negligencia manifestada del autor del hecho lesivo se produce cuando habiendo motivos para prever el perjuicio que acontecería, no actúa con suficiente diligencia para evitarlo. La imprudencia aparece en el supuesto del sujeto que al obrar precipitadamente no prevé las circunstancias perjudiciales a las que arriba con posterioridad. Se caracteriza por la falta de atención o cautela en el actuar del individuo, incurriendo en ella ya sea por acción o ya sea por omisión. El imprudente es aquel sujeto que actúa con audacia y por impulso sin detenerse a percibir los efectos que su accionar haya podido acarrear. En la práctica no resulta cosa fácil determinar la verdadera noción de la negligencia y de la imprudencia, porque no es sencillo delimitar sus alcances, por lo cual comúnmente ambos términos son utilizados de manera similar. La impericia aparece cuando existe incapacidad técnica para el ejercicio de una función, profesión o arte determinado. Estas tres diferentes maneras de representación que adopta la conducta culposa, no suelen darse de un modo claro e independiente a la hora de la práctica forense. En el campo de la doctrina, se han reconocido dos criterios para guiar su apreciación. Básicamente la diferencia depende de cual sea el sujeto en mira, al momento de realizar tal examen de previsibilidad: un modelo abstracto o uno concreto, el propio agente. En el primer modelo, llamado también objetivo, se toma en consideración la previsibilidad general de un sujeto ejemplo o prototipo. Se trata de un cálculo de la visión anticipada de los probables resultados conforme a la actitud media del común de las personas; por ejemplo, el buen padre de familia, el hombre juicioso, etc. En tanto que el modelo concreto o subjetivo es aquel que aprecia la culpa en relación con el agente mismo. No se presenta a comparación con ningún tipo abstracto o ideal, atendiendo sólo a las condiciones particulares que rodean el efecto dañoso. Dentro de la apreciación de la culpa, es una cuestión a recordar la distinción de las tres categorías: grave, leve y levísima, que hace el artículo 29 del Código Civil, siguiendo los lineamientos del derecho romano. El artículo mencionado dice: "La Ley distingue tres especies de culpa o descuido: culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos, con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta

especie de culpa. Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injurias a la persona o propiedad de otro". El mundo actual y el que se aproxima con su extraordinaria y progresiva acumulación de riesgos exige una mayor defensa de los valores del hombre, creados por una técnica que si bien por un lado facilita todo, por otro lado atenta contra todo. La multiplicidad de contingencias reales de peligros y riesgos que actualmente se advierten desdibujados por la insatisfacción y al margen de toda idea resarcitoria, llevó a una lenta evolución de elementos y conocimientos que facilitaron a los sistemas jurídicos más avanzados a ingresar a regímenes de socialización de riesgos conducentes a que la víctima del riesgo no quede desamparada. Esto dio origen a la teoría del riesgo, según la cual quien utiliza y aprovecha cualquier clase de medios que le brindan beneficios, genera a través de ellos riesgos sociales, y por tal circunstancia debe asumir la responsabilidad por los daños que con ellos ocasiona, pues el provecho que se origina en dicha actividad tiene como contrapartida la reparación de los daños ocasionados a los individuos o sus patrimonios. Es el riesgo provecho, que tiene su origen en la máxima romana *ubi emolumentum ibi illus* (allí donde se encuentra el beneficio está luego la responsabilidad). El riesgo de la cosa es un peligro lícito y socialmente aceptado como contraparte de los beneficios sociales o económicos que importa la operación, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas. Para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado. Es la responsabilidad meramente objetiva. La teoría de la responsabilidad objetiva pura ha tenido poca aceptación en la legislación de la mayoría de los países y en la jurisprudencia de los tribunales extranjeros. Mayoritariamente se considera la necesidad de la culpabilidad como una exigencia de justicia con respecto al responsable. Pero como la carga de la prueba de la culpa resulta en la mayoría de los casos casi imposible o muy difícil para la víctima, se consideró la necesidad de revertir la carga de la prueba, en el sentido de que quien utiliza y aprovecha la cosa riesgosa es al que le corresponde demostrar que el hecho dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad exclusiva de la propia víctima. En otras palabras, se estableció la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño. Esta teoría ha ido imponiéndose en forma creciente, particularmente en la jurisprudencia, tal como sucede en las sentencias dictadas por las cortes supremas de Francia, Argentina y Colombia. Nosotros coincidimos plenamente con esta posición, y ésta es la razón por la cual la adoptamos como sustento del presente fallo, en vista de que la producción, industria, transporte y operación de sustancias hidrocarbúricas constituyen, a no dudarlo, actividades de alto riesgo o peligrosidad. Respecto a este tema, el tratadista Arturo Valencia Zea, al comentar las disposiciones del Código Civil colombiano sobre la responsabilidad extracontractual, que son similares a las contenidas en el Título XXXIII del Código Civil Ecuatoriano, expresa: "La principal fuente de daños se encontraba antiguamente en el hecho propio, en el hecho de personas que se hallaban bajo el cuidado de otras y en el de ciertas cosas, como los animales y la ruina de edificios. Pero la época actual, especialmente el siglo XX, creó una nueva

y fecunda fuente de daños: la de los causados en actividades o explotaciones peligrosas, los cuales tienen su origen en el uso de toda suerte de vehículos, máquinas y nuevas energías como ocurre con los automóviles, ferrocarriles, naves aéreas, marítimas y fluviales, la electricidad, la construcción de obras, etc. Para decretar la indemnización por esta clase de daños resultó insuficiente el criterio fundado en la culpa, puesto que la causa de la mayor parte de accidentes es desconocida; con razón se ha dicho que el hombre moderno «utiliza fuerzas de las cuales él mismo desconoce su naturaleza y poder». Igualmente, el criterio de la simple presunción de culpa, como sucede con los daños debidos al hecho ajeno, resulta impotente, pues el dueño de una explotación (empresa de ferrocarriles, automóviles, fábricas, etc.) bien podría demostrar que ha puesto los cuidados del caso para evitar accidentes y que éstos se han realizado a pesar de todas las previsiones tomadas. De ahí la necesidad de estatuir un nuevo tipo de responsabilidad para esta clase de daños, eliminando el criterio de culpa mediante una responsabilidad de pleno derecho o estableciendo una presunción absoluta de la misma. El dueño de la explotación o industria debe responder directamente de los daños que tengan su causa en la mencionada industria o explotación, de suerte que sólo puede exonerarse de responsabilidad si demuestra que el daño no tuvo su causa en la explotación, sino en un hecho extraño (fuerza mayor, culpa de un tercero o de la propia víctima). Al dueño de la explotación no se le permite exonerarse de responsabilidad acreditando la simple ausencia de culpa, como ocurre con la responsabilidad por el hecho ajeno a que se refieren los Arts. 2347 y 2349” (*Derecho Civil*, Tomo III, *De Las Obligaciones*, Bogotá, Temis, octava edición, 1990, págs. 230 y 231). Los artículos citados equivalen a los artículos 2247 y 2249 del Código Civil Ecuatoriano. Luego dice: “Con fundamento en la tesis de Zuleta Angel nuestra jurisprudencia nacional configuró una responsabilidad especial por los daños causados en industrias o actividades que ofrezcan determinados peligros, dando una nueva interpretación al artículo 2356 (2256 del Código Civil Ecuatoriano). I. La propia colocación de los artículos 2341 a 2356 (2241 a 2256 del Código Civil Ecuatoriano).- Veamos esta ordenación: 1. El artículo 2341 (2241 del Código Civil Ecuatoriano) se refiere a los daños causados mediante hechos propios, que en general tienen el mismo sentido o espíritu a la conducta humana que forma el contenido de la responsabilidad penal. Es el derecho común. 2. Los artículos 2347 a 2349 (2247 a 2249 del Código Civil Ecuatoriano) se refieren a daños causados por el hecho ajeno y de los cuales deben responder los padres de los menores, los tutores o curadores, los amos o patronos, directores de colegio, etc. 3. Los artículos 2353 y 2354 (2253 y 2254 del Código Civil Ecuatoriano) estatuyen normas acerca de los daños causados por los animales, de los cuales deben responder sus dueños o poseedores. 4. Los artículos 2350 y 2355 (2250 y 2255 del Código Civil Ecuatoriano) comprenden los daños causados por la ruina de un edificio o por cosas que se caen de la parte superior del mismo, de los que deben responder los dueños o poseedores de la construcción o edificio. 5. Por consiguiente, lo más natural es pensar que el artículo 2356 (2256 del Código Civil Ecuatoriano) se refiere a una clase diferente de daños; y éstos no son otros que los ocasionados por actividades o explotaciones peligrosas. II. Los mismos ejemplos del artículo 2356 (2256 del Código Civil Ecuatoriano).- Examinemos los dos últimos ejemplos de ese texto legal, según los cuales responde por daño causado: a) quien remueve las losas de una acequia o cañería, o las

descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por ahí transitan; b) quien por defectuosa construcción o reparación de un acueducto o fuente que atraviesa un camino «lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino», éstas eran actividades peligrosas en la época en que se redactó el código; de ahí que la doctrina y la jurisprudencia resolvieron ampliar dichas aplicaciones a otros casos de industrias, explotaciones o actividades que ofrecen peligros especiales en la época moderna” (Obra citada, pág. 233). Asimismo, transcribimos las partes pertinentes de un fallo dictado por la Corte Suprema de Colombia, relacionado con la teoría de la culpa presunta de las actividades peligrosas: “...tampoco seguiría de ello la casación de la sentencia acusada, pues de todas maneras vendría a resultar que los elementos daño y vínculo de causalidad, ya establecidos por el Tribunal y no impugnados en casación, se integrarían con la culpa presunta de la sociedad demandada por fundarse la pretensión indemnizatoria de los actores en una actividad peligrosa a la cual le es aplicable el artículo 2356 del Código Civil (2256 del Código Civil Ecuatoriano)» ...este artículo ha sido para la jurisprudencia colombiana lo mismo que el artículo 1384 lo es para la francesa, un motivo de encontrados estudios, en atención a que se busca ubicar en esas disposiciones todos los problemas de carácter legal que presenta la era industrial y moderna con la paulatina aparición de máquinas e inventos que conllevan inevitables y desconocidos peligros. Se ha dicho que es una continuación del artículo 2341 ib. (2241 del Código Civil Ecuatoriano), que señala la obligación de indemnizarlo, debido a la aparente repetición de la parte sustantiva que ostentan las dos disposiciones. No obstante, la Corte ha sostenido en forma reiterada la distinción entre estas dos normas; ya que la una se refiere al hecho del hombre que ha determinado una culpa probada por la víctima, en cambio, la segunda se refiere esencialmente a «un daño» imputado a malicia o negligencia de la persona que lo causó. El empleo de la palabra «imputarse» configura una presunción de malicia o culpa en su contra, por razón al ejercicio de una actividad peligrosa o del manejo de una cosa que conlleva peligro, que solamente puede ser desvirtuada mediante la prueba de alguna causal eximente de responsabilidad, tal como la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero, o el hecho exclusivo de la víctima, régimen que a ésta favorece pues solamente debe probar el daño y el consiguiente nexo de causalidad para que prospere su acción indemnizatoria (Darío Preciado Agudelo, *Indemnización de perjuicios. Responsabilidad civil contractual, extracontractual y delictual*, Tomo II, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1988, págs. 805 y 806). Otro de los presupuestos que debe concurrir para la responsabilidad civil extracontractual es la relación de causalidad entre el hecho y el daño. El principio de que debe haber una relación de causa a efecto entre el hecho ilícito y el daño es claro e indiscutible. Las dificultades surgen, muchas veces en la práctica para determinar hasta qué punto un hecho puede ser causado por otro. En la generalidad de los casos los hechos no se presentan puros o simples sino por el contrario mezclados o combinados con otros acontecimientos o bien condicionados por distintos eventos, favorecidos o limitados por otros hechos concurrentes, subyacentes o preexistentes. El problema ha sido largamente debatido por la doctrina, y ha dado lugar a que se sostengan numerosas y distintas teorías. Las principales son: 1.- Teoría de equivalencia de condiciones, o de la *conditione sine qua non*. Según esta teoría, un hecho puede considerarse causa de otro posterior cuando si

hubiese faltado el hecho precedente, el posterior no se hubiera producido. Cualquier antecedente que responda a estas condiciones debe ser considerado causa del daño. Si existen varios hechos antecedentes, no hay razón para preferir a unos y excluir a otros; por ello se le llama también la teoría de las condiciones equivalentes. Esta teoría ha sido criticada porque extiende la relación causal hasta el infinito, incluyendo las llamadas precondiciones o causas de las causas. 2.- Teoría de la causa próxima. La propagación indefinida de la causalidad, propia de la teoría precedente, condujo a otra: sólo la causa más próxima es relevante. Esta teoría ha sido desestimada por la simple razón de que la última condición es causa del daño, pero no siempre ella acarrea todo el poder nocivo. 3.- Teoría de la causa eficiente. Las dificultades antedichas se ha pretendido solventar sosteniéndose que debe considerarse causa a aquella de mayor eficacia en la producción del daño. Pero no se gana mucho con esta teoría porque no hace sino trasladar la dificultad: ¿con base a qué se decidirá que una causa es más eficiente que la otra?. 4.- Teoría de la causalidad adecuada. Esta teoría, con la que coincidimos, es a la que la mayoría de los tratadistas doctrinarios y la jurisprudencia de los tribunales extranjeros se inclinan. Consiste en dejar en manos del juzgador el análisis del tema cuando el hecho dañoso tiene aptitud como para generar responsabilidad en el autor, de lo cual resulta la prescindencia de toda regla general y la confianza en la potestad discrecional del juzgador. En definitiva, según esta teoría se debe procurar como criterio para establecer la responsabilidad, antes que nada, en un análisis objetivo relacionado con el carácter externo que ligue al nexo causal. Por cierto, no ha concluido el desarrollo teórico de la cuestión. Tan es así que han surgido en Francia nuevas teorías explicativas y coadyuvantes de acuerdo a las necesidades y exigencias que el mundo actual concibe. De estas teorías mencionamos las siguientes: la denominada "De la creación culposa del riesgo injustificado de un estado peligroso", en cuyo contexto se tiene acreditado el nexo causal cuando el resultado causal precedió a la configuración de un riesgo injustificado, o bien la creación culposa de un estado que ciertamente incluía peligro; la teoría del "Seguimiento o de la impronta continua de la manifestación dañosa". Esta teoría sostiene que debe seguirse sin discontinuidad la marcha del mal y partiendo del daño final es necesario remontar la cadena de las causas explicando cada hecho delictuoso por la defectuosidad del hecho precedente hasta la aparición eventual de una ruptura en la cadena causal. VIGESIMO PRIMERO: Un asunto importante, como afirma PETROPRODUCCION, en sus excepciones, es señalar a quién corresponde la carga de la prueba. Principio fundamental es que en una controversia judicial deben probarse los hechos como sustentación del derecho pretendido. Se entiende por hechos todos los acontecimientos que pueden producir la adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones. Sólo los hechos son objeto de prueba, el derecho, por la disposición del artículo 13 del Código Civil, se presume iuris et de jure. Por excepción, deben probarse las leyes extranjeras. Es de relieves que sólo los hechos controvertidos o contradictorios son objeto de prueba; igualmente, están excluidos de prueba los hechos notorios. Conforme al principio dispositivo que inspira nuestro ordenamiento legal toca a las partes probar las afirmaciones en que sustentan el reclamo de un derecho, por cuanto, solo en excepcionales casos en que se practican pruebas de oficio, la actuación del Juez se halla circunscrita a la órbita del material probatorio aportado por aquellas; los hechos no

probados quedan fuera de la consideración del juzgador. En términos generales, de acuerdo con el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil, pesa sobre cada una de las partes la prueba de la veracidad de los hechos que han invocado como sustento de sus pretensiones o de sus excepciones. La carga de la prueba impuesta por la ley a las partes no constituye una obligación ni un deber procesal; el litigante, por tanto, es libre de probar o no probar. Eso nadie le puede exigir, pero quien no prueba los hechos afirmados por él corre el riesgo de perder el juicio. La doctrina procesal distingue entre hechos constitutivos, impositivos, modificativos y extintivos. La carga de la prueba de los hechos constitutivos y convalidativos recae sobre el litigante a quien tales hechos le convienen, y los hechos extintivos y modificativos recae sobre aquel litigante a quien aquellos hechos le perjudican. No se debe olvidar, además, que muchas veces una fórmula negativa puede encubrir o envolver una afirmación, en cuyo caso le toca al litigante que adujo esa fórmula la carga probatoria. Se revierte la carga de la prueba cuando media una presunción legal (juris tantum), en cuya virtud se tiene por existente o inexistente un hecho que concurre con otro antecedente, con el cual se halla necesariamente ligado. En otras palabras, el principio onus probandi incumbit actori, no es aplicable en los supuestos en que al actor se le releva de la carga de la prueba y se le transmite al demandado. Esta presunción opera, como hemos analizado en considerandos anteriores, cuando se trata del reclamo de reparaciones civiles por obligaciones extracontractuales derivados de daños por actividades o explotaciones peligrosas, en cuyo supuesto incumbe a la parte demandada la carga de la prueba de que el daño se produjo por causa mayor y caso fortuito, por culpabilidad de un tercero, o por culpabilidad exclusiva de la víctima. En el presente juicio, de acuerdo con los términos de la litis contestación, la carga de la prueba quedó distribuida en la siguiente forma: 1) Incumbía a la parte actora demostrar: a) los daños de los que afirma ha sido víctima; b) la cuantía o quantum de los mismos; y, c) los hechos que han originado esos daños. 2) Incumbía, a su vez, a los demandados demostrar: a) que los hechos que causaron los daños a las víctimas se debieron a fuerza mayor o caso fortuito, no solo por la presunción legal que favorece a los actores por tratarse de daños derivados de actividades y explotaciones de hidrocarburos que son de alto riesgo o peligrosidad, sino por la afirmación expresa de PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL y PETROPRODUCCION que los daños fueron causados por fuerza mayor o caso fortuito; b) que los daños fueron causados por culpa exclusiva de las propias víctimas, de acuerdo con lo afirmado por PETROCOMERCIAL en su excepción 3; y, c) que los daños causados fueron reparados por pago realizado por PETROECUADOR y sus empresas filiales, de acuerdo con la afirmación que hace PETROCOMERCIAL en su excepción 6. PETROPRODUCCION, en su excepción 6, pone especial acento en impugnar los actos preparatorios practicados antes de que se inicie la demanda, porque no se ha citado a los demandados. Estos actos preparatorios consisten en: La inspección judicial del barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia N° 1, practicada por el Juzgado Primero de lo Civil de Esmeraldas el 29 de abril de 1998, en la que se ha designado como peritos al Ing. Químico Edison Palacios Rayo e Ing. Civil Milton Agustín Sánchez Guerrero, quienes presentan sus informes que están incorporados en fojas 7 a 28 y 29 a 45, respectivamente (cuaderno de primer nivel). El perito Edison Palacios Rayo acompaña como sustento de su informe, los informes

emitidos por la Directora del Subcentro de Salud del barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia N° 1, doctora Brugny Moreira Alvarado, y de la doctora Alexandra Salazar Hurtado. Todo medio de prueba, sea que se realice como diligencia preparatoria de conformidad con el artículo 68 del Código de Procedimiento Civil, o sea que se realice en los términos de prueba dentro del juicio, tiene que practicarse previa notificación a la parte contraria, para darle oportunidad de conocerla, intervenir en su práctica y objetarla, en su caso, discutirlas y luego analizarlas para ponerle de presente al juzgador el valor que tiene en las alegaciones oportunas. Desde este punto de vista, la diligencia preparatoria mencionada no tuvo eficacia jurídica; pero dentro de los términos de prueba de primera y segunda instancia se han practicado inspecciones judiciales al barrio "Delfina Torres vda. de Concha" y de sus moradores, en las cuales se ha nombrado como peritos al ingeniero químico Edison Palacio Rayo, al ingeniero civil Milton Agustín Sánchez Guerrero y a las doctoras Brugny Moreira Alvarado y Alexandra Salazar Hurtado. Estos peritos al presentar sus informes se ratifican en los presentados en la diligencia preparatoria, de este modo estos últimos informes adquirieron fuerza probatoria complementaria. Así se los valoró, tomando en cuenta además que los informes, para nuestra apreciación, tienen el debido sustento de seriedad y profesionalismo. VIGESIMO SEGUNDO: Valorada la prueba en su conjunto, de acuerdo con la sana crítica, se arriba al convencimiento de la existencia de los siguientes hechos: 1.- Que el barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia N° 1, está ubicado a dos kilómetros aproximadamente (en línea recta) de la Refinería Estatal de Esmeraldas, a orillas del río Teaone, en la confluencia con el río Esmeraldas, cantón y provincia del mismo nombre. Que en dicho barrio habitan 278 familias, con un total de 1.057 habitantes, distribuidos en 17 manzanas. Esto se infiere del informe del ingeniero Milton Agustín Sánchez Guerrero, incorporado en fojas 473 a 493 (cuaderno de primer nivel). 2.- Que la Refinería Estatal de Esmeraldas tiene tres piscinas de desagüe: una de aguas lluvias, una de oxigenación y una de estabilización. Que el primero y dos de octubre de 1997 se ha producido un incendio en las piscinas de la Refinería de Esmeraldas. 3.- Que el 26 de febrero de 1998, por rotura de las tuberías del Poliducto y Oleoducto, en el tramo Esmeraldas-Santo Domingo, se ha producido el derrame de diesel y crudo empaquetados en dichas tuberías, que descendieron aguas abajo de los ríos Teaone y Esmeraldas. Que al poco tiempo se ha escuchado una fuerte explosión, que no se ha podido localizar el lugar ni la causa, siguiendo un incendio de inmensas proporciones, que ha envuelto, entre otros sectores, al barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia N° 1. Los incendios a que se refiere este numeral y el anterior, no son hechos controvertidos, porque ambas partes los admiten e incluyen en sus medios de prueba. Además, se han incorporado al proceso numerosos recortes de prensa y de videos informativos de televisión, debidamente autenticados, sobre tales siniestros, por lo que pueden calificarse de notorios. 4.- Que los desechos de la Refinería Estatal de Esmeraldas se vierten en canales y alcantarillas de desagües que desembocan en los ríos Teaone y Esmeraldas, desechos que han contenido fenoles, aceites, grasas, ácidos sulfúricos, compuestos sulfurosos, sales de sodio. Esto se desprende del informe del ingeniero químico Edison Palacios Rayo incorporado de fs. 206 a 214 (cuaderno de primer nivel), al que se acompañan fotografías con explicaciones al pie. 5.- Que se han producido daños en la salud de los habitantes del barrio Delfina Torres vda. de

Concha, Propicia N° 1. Esto se aprecia de los siguientes elementos de prueba: a) del informe presentado por la doctora Alexandra Salazar Hurtado, médica oncosicóloga, incorporado a fs. 415 a 427 (cuaderno de primer nivel), que contiene un detallado examen de cada uno de los moradores del barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia N° 1, afectados en su salud, particularmente psicológica, y el diagnóstico y pronóstico de sus enfermedades; y, b) del informe presentado por la doctora Brugny Moreira Alvarado, Directora del Subcentro de Salud del barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia N° 1, incorporado en fs. 412 a 470, que contiene un detallado diagnóstico y pronóstico de las enfermedades que padecen los moradores de dicho barrio, de los cuales es su médica tratante. 6.- Que se han producido daños en el medio ambiente o ecológicos. Esto se infiere de los siguientes informes: a) Del informe presentado por la Politécnica del Litoral incorporado a fs. 144 (cuaderno de primera instancia), sobre el resultado de los exámenes de los ríos Teaone y Esmeraldas, cuyas aguas son consumidas y utilizadas en menesteres domésticos por los moradores del barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia N° 1. Este informe de fecha 4 de junio de 1998, luego de hacer la descripción técnica respectiva, hace la siguiente observación: "De acuerdo con lo que establece el Reglamento para la prevención de la contaminación ambiental en el Ecuador, de marzo 5 de 1992, las descargas hacia los ríos o vertientes no deben contener presencia de hidrocarburos, en consecuencia, las tres muestras analizadas presentan características que no cumplen con lo especificado en el citado reglamento; b) Del informe de la ingeniera Anitalina Cevallos Quiñónez incorporado a fs. 484 a 532 (cuaderno de primer nivel). En este informe de 38 fs., en que se incluyen fotografías, se hace un estudio detallado y descriptivo de los daños ecológicos o ambientales que ha sufrido el barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia N° 1. Acompaña también a este informe los resultados de los exámenes de laboratorio de las muestras de las aguas de los ríos Teaone y Esmeraldas, de 25 de enero de 1999, realizado por la Universidad Central del Ecuador, Facultad de Ingeniería en Geología, Minas y Petróleos, Instituto Superior de Investigaciones; y, c) Del informe realizado por la Universidad Central del Ecuador, Facultad de Ingeniería en Geología, Minas y Petróleos, Instituto Superior de Investigaciones de las aguas de los ríos Teaone y Esmeraldas realizado el 12 de marzo de 2001, incorporado en fs. 238 a 239 (cuaderno de segundo nivel). 7.- Que se han producido daños materiales en el barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia N° 1, lo cual se aprecia de los siguientes elementos probatorios: a) De las observaciones del Juez Tercero de lo Civil de Esmeraldas, en la inspección del barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia N° 1, practicada el 15 de enero de 1999, incorporadas en fs. 322 a 324 (cuaderno de primer nivel). Dichas observaciones dicen: "...A continuación el juzgado en asocio de los peritos designados procede a efectuar las siguientes observaciones: nos encontramos en el parque forestal donde se observa que la mayoría de los árboles se encuentran con las hojas secas y que según observan los moradores es producto del incendio del 26 de febrero y de la contaminación de la refinería. Se observa las paredes de algunas casas con hollín. Posteriormente y continuando con el recorrido nos constituimos en la orilla izquierda del río Teaone donde se percibe olor a azufre, producto de la contaminación según se dice por parte de los moradores, además se aprecia en el sector varios árboles secos y hollín en las casas. Siguiendo el recorrido en la ribera izquierda del río se observa matas de plátano en estado normal o sea

verdes, pero en el mismo sector hay un árbol de zapote completamente quemado, y así mismo varias plantas ornamentales, papayas, verdes y otros árboles secos. En la unión de los ríos Teaone y Esmeraldas se observa varios árboles secos y frente al río se observa pastizales secos. Continuando con el recorrido por el malecón se observa una casa sin techo y otras con los vidrios rotos según se dice producto del estallido del incendio, se observa otras casas en estado de abandono, sin techo y con huellas de haberse quemado, se observa varios troncos de árboles quemados y otras casas sin techo con huellas de haberse quemado. Se observa una casa de tres pisos en estado de reconstrucción, con huellas de hollín y vestigios de lo que fue una casa; al margen derecho del río observamos palos quemados. En la ribera del río Esmeraldas, se observa varios árboles quemados y troncos de árboles que han sido cortados, vestigios de varias casas quemadas; asimismo se observa una canoa con un hueco grande en el piso..."; y, b) Del informe del perito ingeniero civil Milton Agustín Sánchez Guerrero, incorporado a fs. 473 (cuaderno de primer nivel), complementado con el informe de fs. 7 a 28 (del mismo cuaderno). VIGESIMO TERCERO: Asimismo, hemos llegado al convencimiento de que los daños sufridos tanto por el barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia N° 1, como en la salud de sus moradores, han sido causados principalmente por el incendio acaecido los días 26 y 27 de febrero de 1998, así como también por los desechos de la Refinería Estatal de Esmeraldas vertidos en el canal y alcantarillado que desembocan en el río Teaone, particularmente cuando se produjo el incendio en las piscinas de la refinería los días 1 y 2 de octubre de 1997, a lo que se agrega los derrames de crudo, diesel y gasolina que se han producido repetidamente. Aquella convicción la hemos obtenido de los elementos de prueba señalados en el considerando precedente, a los que se suman los siguientes: a) Oficio del Director Nacional de Protección Ambiental, al que acompaña el informe de inspección ambiental a la Refinería Estatal de Esmeraldas, de 20 de octubre de 1997, incorporado en fs. 579 a 600 (cuaderno de primer nivel), en el que se hacen, entre otras, las siguientes precisiones: "El informe señala que el incendio en la refinería (1 y 2 de octubre de 1997) se debió a fallas del diseño y errores de seguridad industrial. Sugiere la conformación de un Comité que investigue a profundidad el siniestro, para llegar a conocer el lugar exacto del origen del fuego, monto de los daños causados y establecer responsabilidades. Además en el área de tanquería existen derrames de crudo y combustibles que se atribuyen a errores en control operacional, problemas de comunicación y disciplina, exceso de ausentismo de los operadores, no hay renovación oportuna de equipos y provisión de repuestos, la planta antigua de refinería tiene fuga por todos lados. Las piscinas externas compuestas de aceite y agua están llenas y a punto de desbordarse, las áreas externas presentan acumulación de basura y escombros. Por lo anteriormente anotado se deduce que existe un manejo ambiental totalmente anacrónico. Cabe señalar que la refinería desde febrero de 1994 presentó el estudio de impacto y plan de manejo que evidentemente no ha observado..."; b) Informe de acción ecológica, de 28 de junio de 1999, incorporado de fs. 950 a 959. Este informe se sustenta en inspecciones oculares, recepción de testimonios y una investigación completa de los daños ocasionados, entre otros, en el barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia N° 1. Hace las siguientes recomendaciones: "...1. Declarar en estado de emergencia los ríos Teaone y Esmeraldas: suspender las descargas de la Refinería, desarrollar un plan de restauración del río,

incluyendo el tratamiento de los desechos de aguas negras y grises, desarrollar un plan de monitoreo con participación de la población local, implementar un programa de apoyo a las poblaciones que viven en las riberas que provean fundamentalmente de agua. 2. Declarar en estado de emergencia a la Refinería: suspender las descargas al aire, implementar los programas de manejo de desechos, no encender la ampliación de la Refinería, mantener un programa de información sobre los riesgos de la Refinería. 3.- PETROECUADOR debería modernizar las instalaciones de la Refinería: garantizar los derechos humanos y la integridad del ecosistema, desarrollar un plan de contingencias con la participación de las poblaciones locales, desarrollar un plan de monitoreo con la participación de la población. 4.- Es necesario hacer estudios epidemiológicos para detectar enfermedades típicas de los sitios de Refinerías: Leucemia, cáncer, problemas a los ojos, a la piel. 5.- Es necesario hacer estudios de riesgo ambiental, independientes y participativos, a fin de identificar los impactos ambientales y sociales, tanto rutinarios como accidentales. 6.- Es necesario hacer un seguimiento a las ofertas de la empresa y de las aseguradoras. 7.- Impulsar una reforma, en el marco de la Asamblea Constituyente, para declarar de prioridad nacional, no las exportaciones, sino la seguridad y garantías ambientales y humanas a todos los ciudadanos del Ecuador...". VIGESIMO CUARTO: Los demandados PETROECUADOR y PETROCOMERCIAL en sus excepciones afirman que los daños de que fueron víctimas el barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia N° 1, y sus moradores se debieron a fuerza mayor o caso fortuito. Al respecto, se observa: se llama fuerza mayor o caso fortuito, dice el artículo 30 del Código Civil, "el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.". En nuestra legislación, al igual que en la doctrina, los términos "fuerza mayor" o "caso fortuito" son sinónimos, esto es, tienen el mismo significado. Sus características esenciales son: las de no ser previsibles y de no poderlos evitar o resistir. La fuerza mayor o caso fortuito es un hecho positivo, concreto y determinado, por lo cual a los demandados les incumbía demostrar la existencia del hecho y el cumplimiento de las características que le rodeaban como un caso fortuito o fuerza mayor. Los demandados han aportado al respecto los siguientes elementos de prueba: 1. Informe del ingeniero Jorge Raad Silva, incorporado en fs. 608 a 617 (cuaderno de primer nivel). 2. Informe de los ingenieros Víctor Aguayo Orozco y Oscar Dávila Benítez, incorporados de fs. 100 a 135 (cuaderno de segundo nivel). 3. Oficio de la Junta Provincial de Defensa Civil de Esmeraldas, incorporado a fs. 570 (cuaderno de primer nivel). 4.- Oficio del Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Meteorología e Hidrología, incorporado a fs. 572 y 573 (cuaderno de primer nivel). De los elementos de prueba citados se evidencia que los derrames de crudo y de diesel que discurrieron por los ríos Teaone y Esmeraldas los días 26 y 27 de febrero de 1998, se ocasionaron por el deslizamiento de tierras en el kilómetro 491 +050, en el flanco norte de la loma La Envidia del Sote. Los escombros producidos fueron arrastrados cuesta abajo por la gravedad y produjeron un empuje en la tubería del Sote deformado y rompiendo el oleoducto y poliducto. En la desestabilización y deslizamiento del terreno concurrieron y se combinaron dos factores causativos: 1. La composición geológica y la composición interna del terreno así como su morfología natural. 2. La inusual infiltración del agua en el mismo

debido a las abundantísimas lluvias de esos meses producidas por el fenómeno climático de El Niño de los años 1997, 1998. La rotura de la tubería produjo el derrame del diesel y el crudo que estaban allí empaquetados. El fenómeno climático de El Niño es un acontecimiento anormal de la naturaleza, que se presenta periódicamente y aunque es posible predecir la fecha probable en que ocurrirá, en base de los estudios científicos que a nivel mundial se realizan, es imposible resistir o impedirlo. Es cuestionable, por tanto, que el derrame de petróleo y diesel ocurrido el 26 y 27 de febrero de 1998 y su discurrir por los ríos Teaone y Esmeraldas se originaron en un caso fortuito o fuerza mayor. Pero, a nuestra apreciación, la causa adecuada que ocasionara los principales daños en el barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia N° 1, fue el incendio que se produjera los días citados, siendo una de las concausas coadyuvantes del daño el derrame de petróleo y diesel. Los demandados ningún medio de prueba han aportado para demostrar que dicho incendio se debiera a fuerza mayor o caso fortuito. Por el contrario, el Superintendente de Mantenimiento de Línea y Carretera Poliductos, en memorándum de 20 de marzo de 1998, incorporado a fs. 276 y 277 (cuaderno de primer nivel), dirigido al Superintendente General de Poliductos y Terminales, dice: "...Luego de producirse la rotura de la línea ocasiona un derrame de producto, **pero por causas aun no establecidas se produce un incendio**, el mismo que conlleva terribles consecuencias...". Tampoco han aportado medios de prueba para demostrar que se originaron en fuerza mayor o caso fortuito las descargas al aire de gases tóxicos y el arrojar desechos en canales y alcantarillas, cuyas aguas desembocan en los ríos Teaone y Esmeraldas, así como también los derrames de crudo que se han suscitado antes o después de los efectos del fenómeno El Niño, ocurrido en el año de 1998. Por ser una versión meramente referencial, se cita únicamente con carácter ilustrativo la entrevista realizada por la periodista Cristina Rodas, del programa "Día A Día" al ex Ministro de Energía doctor Rafael Almeida, que dice: "El ex ministro de energía, doctor Rafael Almeida concluye señalando que se han registrado 160 derrames de petróleo desde 1970, es decir, 4 derrames al mes y uno por semana, notándose negligencia y daños incalculables a la comunidad. Los niños que nacen con deficiencia física son una causa de la contaminación del medio ambiente. Según el doctor Almeida, hay corrupción vertical y horizontal en el manejo del petróleo, afirma que él experimentó en carne propia". (fojas 346 del cuaderno de primer nivel). De todo lo dicho, a nuestra estimación, los demandados no han probado fehacientemente la mencionada eximente de responsabilidad. PETROCOMERCIAL en su excepción 3 manifiesta: "Improcedencia de la acción tanto en el fondo como en la forma, puesto que los perjuicios que pudieran generarse como consecuencia de la estructura petrolera en general y de la refinería Esmeraldas en particular sería consecuencia de la propia acción irresponsable de las personas que asientan sus viviendas en sectores aledaños, sin contar con las respectivas autorizaciones por parte de las autoridades competentes". La carga de la prueba de esta afirmación correspondía a PETROCOMERCIAL, y ningún medio de prueba idóneo han aportado para del efecto. Por lo contrario, de la certificación conferida por el Departamento de Avalúos y Catastros de la Municipalidad de Esmeraldas, incorporado a fojas 218 (cuaderno de primer nivel), se desprende que el barrio Delfina Torres vda. de Concha Propicia N° 1 se halla incorporado al área urbana del Concejo Municipal de Esmeraldas. Asimismo,

PETROCOMERCIAL en su excepción 6, afirma: "Falta de derecho del actor, ya que, como se ha demostrado, PETROECUADOR y sus empresas filiales, han reparado los daños originados materia de la presente acción". Es importante destacar que en la excepción transcrita PETROCOMERCIAL admite la responsabilidad extracontractual de los demandados en los daños ocasionados, pero sostiene categóricamente que estos daños han sido reparados. De acuerdo con el artículo 1610 del Código Civil, las obligaciones se extinguen, en todo o en parte: ... 2° Por la solución o pago efectivo, o sea por la prestación de lo que se debe. La carga de la prueba del pago de una obligación recae sobre quien la alega, y ningún medio de prueba ha aportado PETROCOMERCIAL para demostrar tal aseveración. VIGESIMO QUINTO: PETROPRODUCCION en su excepción i), expresa: "Por otra parte, la acción principal no ha sido presentada dentro del término que expresamente la ley señala, luego de los hechos de las diligencias preparatorias que se pretenden hacer valer. Por consiguiente, en el supuesto de que el actor tuviese derecho de plantear esta acción, ese derecho ha caducado. Lo alego expresamente como excepción". Nuestro ordenamiento legal no contempla la caducidad del derecho de la víctima para reclamar la indemnización de perjuicios por responsabilidad civil extracontractual. El artículo 2259 del Código Civil establece que "Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto"; supuesto que no se da en la presente litis, puesto que la demanda ha sido presentada y citada a los demandados antes de que se venzan los cuatro años desde la producción de los perjuicios jurídicamente resarcibles. Si bien, tanto la caducidad como la prescripción liberatoria extinguen un derecho (la caducidad) y la acción (la prescripción) por no haber intentado el reclamo en el plazo establecido por la ley, existen entre ambas instituciones notables diferencias. En efecto, la caducidad puede establecerse por convenio de las partes o por la ley, la prescripción solo por la ley; la caducidad no se suspende ni interrumpe mientras que la prescripción es susceptible de ambas cosas; la caducidad opera por el ministerio de la ley, no necesita alegarse, la prescripción necesariamente debe alegarse mediante la respectiva excepción. Por lo expresado, no es procedente la excepción de caducidad alegada. VIGESIMO SEXTO: La Ley Especial de la Empresa Estatal de Petróleos, PETROECUADOR, publicada en el R.O. N° 283 de 26 de septiembre de 1989, y sus reformas posteriores, crea la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador como una persona jurídica, con patrimonio propio y autonomía administrativa, económica, financiera y operativa. Igualmente, crea las empresas filiales, con personalidad jurídica y autonomía administrativa y operativa (no financiera). PETROECUADOR es la empresa madre encargada de planificar, coordinar y supervisar las actividades de las empresas filiales y controlar que las mismas sean ejecutadas de manera regular y eficiente. El patrimonio de PETROECUADOR está constituido por todas las acciones, participaciones, derechos, bienes y demás activos que pertenecieron a la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana, CEPE, de acuerdo con su ley constitutiva, la Ley de Hidrocarburos y otras leyes, y además todas las participaciones, acciones, bienes y derechos que adquiera en lo futuro. Según el Reglamento General de la Ley Especial de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador, las empresas filiales de esta sociedad tienen los siguientes objetivos: PETROPRODUCCION tiene por objeto la exploración de las cuencas sedimentarias

y la operación de los campos hidrocarbúferos en el territorio ecuatoriano que incluye la explotación y el transporte de petróleo crudo y gas hasta los tanques principales de almacenamiento. PETROCOMERCIAL tiene por objeto la comercialización y el transporte de hidrocarburos en el territorio nacional. PETROINDUSTRIAL tiene por objeto la industrialización, incluida la refinación de hidrocarburos en el territorio ecuatoriano. De acuerdo con el marco legal antedicho la empresa madre PETROECUADOR y las empresas filiales, PETROCOMERCIAL y PETROINDUSTRIAL, de uno u otro modo tienen bajo su responsabilidad el manejo u operación de la Refinería Estatal de Esmeraldas y de la infraestructura petrolera de dicha provincia. En consecuencia, en mayor o menor grado, cada una de las tres empresas citadas tiene responsabilidad civil extracontractual por los daños sufridos por el barrio Delfina Torres vda. de Concha, Propicia N° 1, y sus moradores, a que se refieren los considerandos anteriores. Por ello, con arreglo al artículo 2244 del Código Civil, cada una de ellas es solidariamente responsable de aquellos perjuicios. PETROPRODUCCION en cambio no está vinculada con las actividades de la Refinería Estatal de Esmeraldas ni las operaciones petroleras de esta provincia. No es procedente, por lo contrario, extender la responsabilidad solidaria a los representantes legales de esas empresas, porque no existe norma legal alguna que la establezca. De acuerdo con el inciso final del artículo 1554 del Código Civil, la solidaridad, que no sea contractual, debe ser establecida por la ley, como sucede, por ejemplo, con el inciso segundo del artículo 35 del Código del Trabajo que dispone que el empleador y sus representantes serán solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador. VIGESIMO SEPTIMO: Quien incurre en responsabilidad civil extracontractual debe indemnizar (reparar o resarcir) a la víctima que ha sufrido el daño. Existen dos modos de resarcimiento a la víctima, un modo de hacerlo es lo que se denomina reparación natural o in nature, que consiste en la reintegración en forma específica, o reparación en especie: implica literalmente volver las cosas al estado que tendrían si no hubiese ocurrido el hecho dañoso. El otro modo de reparar el daño es la llamada reparación por equivalente, o propiamente indemnización, mediante la cual aunque no se reintegre en forma específica el bien dañado se compensa o resarce el menoscabo patrimonial sufrido en razón del perjuicio por una cantidad dineraria. Se tiende de esta manera a restaurar el equilibrio patrimonial en función del valor que representa el perjuicio. No hay que olvidar el peligro de un enriquecimiento sin causa por la percepción de un resarcimiento económicamente excesivo. Resulta difícil la cuestión del resarcimiento a la víctima de un daño moral, porque no está relacionada solamente con el tipo o mecanismo válido aplicable sino a su aspecto cuantitativo. La reparación in nature resulta de imposible aplicación en el ámbito del daño moral. El dolor solo puede evitarse, prevenirse, pero una vez sufrido puede a lo sumo mitigarse. El dolor causado es el daño; solo resta el consuelo y la única forma que actualmente puede otorgársele a la víctima es la indemnización monetaria; brindarle la oportunidad de satisfacciones compensatorias, aunque éstas no puedan constituir una reparación suficiente, pero la seguridad jurídica obliga a ponerle fin a esta situación lesiva e injusta. En esta virtud, normalmente el monto del resarcimiento o reparación por equivalente ingresa al patrimonio personal del damnificado. En el caso sub lite, con un elevado sentido de solidaridad social, la parte actora en su demanda no pretende indemnizaciones individuales sino la ejecución de

obras de infraestructura básicas, en beneficio de la comunidad. Específicamente su pretensión es de que, en el barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia N° 1, se construyan las siguientes obras: red de alcantarillado sanitario; planta de tratamiento de alcantarillado sanitario; red de alcantarillado de aguas lluvias; enrocado base en riberas de los ríos; muro de contención de hormigón armado; dispensario médico; equipamiento del dispensario médico; aceras y bordillos y escalinatas; canchas de uso múltiple con graderíos; adoquinado vehicular de calles; alumbrado del parque forestal y público; adecentamiento del parque forestal; pasos peatonales y desnivel, y colegio secundario moderno y equipamiento. Estas obras obviamente no ingresarían al patrimonio del Comité Pro Mejoras del barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia N° 1, sino que pasarían a formar parte de los bienes de uso público previstos en el artículo 626 del Código Civil, que son organizados y administrados por los organismos y entidades del Estado. Así, las empresas demandadas, que son entidades estatales, no pagarían indemnización alguna sino que simplemente estarían cumpliendo un deber elemental del Estado de dotar a los habitantes de un sector (que está seriamente afectado por las actividades hidrocarbúferas), de servicios primordiales para la protección de la vida, la salud y la educación, y a vivir en un ambiente sano, todos los cuales son derechos fundamentales de todo ser humano, consagrados por el artículo 23, numerales 1, 2, 7, 20 y 22 de la Constitución Política de la República del Ecuador, en correspondencia con la sección quinta (de los grupos vulnerables) y octava (de la educación), del Capítulo Cuarto, y la Sección Segunda (del medio ambiente) del Capítulo Quinto de la misma Constitución.- Por todo lo expuesto, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia pronunciada por la Sala Unica de la Corte Superior de Esmeraldas, en el juicio ordinario seguido por Segundo Patricio Reyes Cuadros, por sus propios derechos y como representante legal del Comité Pro Mejoras del barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia N° 1 en contra de las empresas PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL y PETROPRODUCCION. En su reemplazo, se acepta parcialmente la demanda y se condena a las empresas PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL y PETROINDUSTRIAL, solidariamente, a las siguientes obligaciones de hacer: 1) la ejecución de obras de infraestructura básica en el barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia N° 1 hasta por el monto total de once millones de dólares, para lo cual se harán constar las asignaciones presupuestarias respectivas en los presupuestos para el ejercicio económico de los años 2003 y 2004 de dichas empresas. Estas obras se ejecutarán previa la planificación correspondiente, y en coordinación con los ministerios de Educación, de Obras Públicas y Bienestar Social; 2) la adopción de medidas de seguridad en la Refinería Estatal de Esmeraldas y en la infraestructura petrolera de esa provincia, dentro del plazo de seis meses, contados desde que se ejecutorie esa sentencia para prevenir que no se produzcan daños, particularmente en el medio ambiente, derivados de las actividades hidrocarbúferas. Para el objeto se cumplirá lo dispuesto en la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, Ley de Gestión Ambiental y Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarbúferas en el Ecuador. Todo lo cual será planificado y controlada su ejecución por la Subsecretaría del Medio Ambiente del Ministerio de

Energía, Minas y Petróleos. En vista de que entre lo pedido por la parte actora en concepto de indemnización (U.S.A. 35'000.000,00) y lo que ha sido reconocido en esta sentencia (U.S.A. 11'000.000,00) hay una significativa diferencia, procede la excepción de plus petición (plus petitio re) deducida por PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL y PETROINDUSTRIAL y, por tal motivo, se exime a estas empresas del pago de costas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ernesto Albán Gómez, Santiago Andrade Ubidia y Galo Galarza Paz, Ministros Jueces.

Certifico.- Dra. Isabel Garrido Cisneros, Secretaria Relatora.

RAZON: Las copias que anteceden son iguales a sus originales.- Certifico.- Quito, 29 de octubre de 2002.

f.) Dra. Isabel Garrido Cisneros, Secretaria Relatora de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

#### ACLARACION

Dentro del juicio ordinario por daños y perjuicios N° 31-2002, sigue José Luis Guebara Batioja, por sus propios derechos y como representante legal del Comité "Delfina Torres Vda. de Concha" en contra de: el Presidente Ejecutivo y representante legal de PETROECUADOR, Ing. Luis Alberto Román; el Gerente General y representante legal de PETROCOMERCIAL, Econ. Marco Rivadeneira Salazar; el Gerente General y representante legal de PETROINDUSTRIAL, Ing. Carlos Arias; y, el Gerente General y representante legal de PETROPRODUCCION, Ing. Luis Albán, en forma solidaria por sus propios derechos y por los que representan, se ha dictado lo siguiente:

#### CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 25 de noviembre de 2002; las 10h00.

VISTOS: Respecto a la petición de aclaración y ampliación de la sentencia formulada por la parte demandada, se hacen las siguientes consideraciones: PRIMERO.- Es necesario empezar por dejar en claro que, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 247 de la Constitución Política de la República del Ecuador, en correspondencia con el artículo 1 de la Ley de Hidrocarburos y el artículo 626 del Código Civil, los recursos naturales del subsuelo, como los hidrocarburos, son de propiedad del Estado y, consiguientemente, de todos y cada uno de los ecuatorianos. El Estado, por razones de orden práctico, ha organizado empresas especializadas que se encarguen de la explotación, industrialización y comercialización de esos recursos, empresas a las que se les ha otorgado personalidad jurídica, con atribuciones que les permita desenvolverse con la agilidad y diligencia requeridas. Desde este punto de vista, el Estado Ecuatoriano como persona jurídica es distinta de las personas jurídicas que integran el sector público, entre ellas las tres empresas mencionadas; pero esto no significa, por supuesto, que los recursos naturales del subsuelo han dejado de ser del Estado y - hay que enfatizarlo - de todos y cada uno de los ecuatorianos, para pasar a integrar el patrimonio privativo de tales empresas, de tal manera que

puedan manejarlos y disponerlos alegremente, como si fueran compartimentos estancos ajenos a los fines y obligaciones cardinales del Estado. SEGUNDO.- El fallo de casación dictado por esta Sala, en los numerosos considerandos explica con detallada claridad y amplitud los fundamentos jurídicos para declarar la responsabilidad civil extracontractual por daño de las empresas PETROECUADOR, PETROINDUSTRIAL y PETROCOMERCIAL, y consiguientemente, condenarles al pago de indemnizaciones. En ninguna parte del fallo, ni explícita ni implícitamente, se declara que el Estado Ecuatoriano, como persona jurídica, tiene responsabilidad extracontractual por aquellos daños ni le condena a pagar indemnizaciones. Por eso, es de elemental lógica que el fallo no traslada o transfiere responsabilidad civil extracontractual alguna de la persona jurídica llamada Estado a las personas jurídicas llamadas PETROECUADOR, PETROINDUSTRIAL Y PETROCOMERCIAL. Para mayor abundamiento, se transcriben las normas de derecho en que se sustenta la sentencia para declarar la responsabilidad civil extracontractual de PETROECUADOR, PETROINDUSTRIAL y PETROCOMERCIAL: Artículo 20 de la Constitución Política de la República del Ecuador (23 de la codificación anterior), que dice: "Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios o empleados en el desempeño de sus cargos.- Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios y empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionario y empleados, será establecida por los jueces competentes". Las instituciones del Estado están enumeradas en el artículo 118 de la Constitución Política de la República del Ecuador, y PETROECUADOR, PETROINDUSTRIAL y PETROCOMERCIAL, se hallan encasilladas en el inciso quinto. Art. 2256 del Código Civil, que en el inciso primero dice: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta".- Inciso tercero del artículo 2 de la Ley Especial de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) y sus empresas filiales, que dice: "En el ejercicio de sus actividades, PETROECUADOR y sus empresas filiales preservarán el equilibrio ecológico, para lo cual crearán una unidad específica cuya labor fundamental consistirá en prevenir y controlar la contaminación ambiental, así como evitar que sus actividades afecten negativamente a la organización económica y social de las poblaciones asentadas en la zonas donde éstas sean realizadas".- Ley de Previsión y Control de la Contaminación Ambiental, que contiene las siguientes disposiciones: "Art. 11.- "Queda prohibido expeler hacia al atmósfera o descargar en ella sin sujetarse a las correspondientes normas técnicas y regulaciones, contaminantes que, a juicio del Ministerio de Salud, puedan perjudicar la salud y vida humana, la flora, la fauna y los recursos o bienes del Estado o de particulares o constituir una molestia". Art. 16.- "Queda prohibido descargar sin sujetarse a las correspondientes normas técnicas y regulaciones, a las redes de alcantarillado, o en las quebradas, acequias, ríos, lagos naturales y artificiales, o en las aguas marítimas, así como infiltrar en terrenos las aguas residuales que contengan contaminantes que sean nocivos a la salud humana, a la fauna, a la flora y a las propiedades".

Art. 21.- “Para los efectos de esta ley, serán considerados como fuentes potenciales de contaminación, las sustancias radioactivas y los desechos sólidos, líquidos o gaseosos de procedencia industrial, agropecuaria, municipal o doméstica”.- Ley de Gestión Ambiental, cuyo artículo segundo dice: “La gestión ambiental se sujeta a los principios de solidaridad, corresponsabilidad, cooperación, coordinación, reciclaje y reutilización de desechos, utilización de tecnologías alternativas ambientalmente sustentables y respeto a las culturas y prácticas tradicionales”. Art. 43.- “Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud y al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos. Sin perjuicios de las demás acciones legales a que hubiere lugar, el Juez condenará al responsable de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Además condenará al responsable al pago del diez por ciento (10%) del valor que represente la indemnización a favor del accionante.- Sin perjuicio de dichos pagos y en caso de no ser identificable la comunidad directamente afectada o de constituir ésta el total de la comunidad, el Juez ordenará que el pago que por reparación civil corresponda se efectúe a la institución que debe emprender las labores de reparación conforme a esta ley. En todo caso, el Juez determinará en sentencia, conforme a los peritajes ordenados, el monto requerido para la reparación del daño producido y el monto a ser entregado a los integrantes de la comunidad directamente afectada. Establecerá además la persona natural o jurídica que deba recibir el pago y efectuar las labores de reparación.- Las demandas por daños y perjuicios originados por una afectación al ambiente, se tramitarán por la vía verbal sumaria.”. TERCERO.- Como se explica en el considerando vigésimo séptimo de la sentencia, en los daños sufridos por daños o hechos que generan responsabilidad civil extracontractual la víctima tiene derecho a obtener del responsable la reparación de los perjuicios que haya sufrido, por esta razón la acción de responsabilidad civil que le ampara tiene por finalidad procurarle tal reparación. Esta reparación se hace comúnmente por equivalente, que consiste en que ingrese en el patrimonio individual del damnificado un valor igual al del que ha sido privado. El equivalente suele consistir en una suma de dinero, porque solo el dinero posee un valor en cambio absoluto, que permite compensar siempre al daño padecido, porque deja a la víctima en la posibilidad de procurarle los bienes o las satisfacciones más adecuadas para reemplazar lo que haya perdido. Pero nada impide - por lo contrario es plausible - que el damnificado manifieste su voluntad de que las indemnizaciones que le corresponden se traduzcan en obras para beneficio de la comunidad. Es frecuente en las demandas en que se reclama indemnizaciones por daño moral, por ejemplo, que el actor solicite que el valor de las indemnizaciones se destine a obras sociales a cargo de entidades u organismos del Estado, o particulares, y a nadie se le ha ocurrido impugnar esa manifestación de voluntad con el argumento de que así se estaría transfiriendo al demandado obligaciones de asistencia social que le corresponden al Estado. En la demanda, la actora pide expresamente que las indemnizaciones por daño que le corresponden se efectivicen en obras de infraestructura en beneficio de la comunidad, modalidad de prestación que, por ser

perfectamente lícita, fue admitida en el fallo dictado por esta Sala. La obligación, como es sabido, es un vínculo jurídico entre personas determinadas, en virtud del cual una de ellas se coloca en la necesidad de efectuar a favor de la otra una prestación. Los elementos de la obligación son: 1. Los sujetos: acreedor y deudor. 2. Un elemento objetivo: la prestación. 3. Un vínculo jurídico. El acreedor es el sujeto activo de la obligación, el beneficiario de ella y quien puede exigir su cumplimiento. El deudor es el sujeto pasivo de la obligación y quien queda sujeto a la necesidad jurídica de otorgar la prestación, y de no hacerlo así, a la responsabilidad derivada de su incumplimiento. La prestación es el elemento objetivo de la obligación, es lo que se debe. Si bien, según el artículo 615 del Código Civil, la obligación tiene un vínculo personal y, por tanto, subjetivo ha ido perdiendo esa característica para convertirse en una relación entre patrimonios. En la obligación condenatoria de la sentencia el sujeto activo o acreedor es la persona jurídica llamada “Barrio Delfina Torres viuda de Concha. Propicia N° 1”; los sujetos pasivos, o deudores solidarios, son las personas jurídicas llamadas PETROECUADOR, PETROINDUSTRIAL y PETROCOMERCIAL. El objeto de la prestación es el pago de la indemnización por un monto de once millones de dólares, que por voluntad del acreedor adopta una modalidad específica: hacer o ejecutar obras de infraestructura en beneficio de la comunidad. La parte demandada, en su petición de aclaración del fallo, incurre en el error de confundir entre sujetos pasivos de la obligación con la modalidad particular de la prestación: ejecutar obras en beneficio de la comunidad. CUARTO.- En la sentencia pronunciada por esta Sala se fija únicamente el monto total que deben invertir PETROECUADOR, PETROINDUSTRIAL y PETROCOMERCIAL en obras de infraestructura. Estas obras se harán con un estricto sentido de prioridad de las necesidades vitales de la comunidad, en cuya selección participará la parte acreedora, y previa la planificación correspondiente, en coordinación con los ministerios de Educación, Obras Públicas y Bienestar Social. La planificación para la ejecución de obras de infraestructura es un asunto eminentemente técnico, que comprende varias etapas hasta llegar a los proyectos definitivos al que han de atenerse aquellas empresas deudoras. En esta virtud, el volumen y características específicas de las obras a ejecutarse serán las determinadas en el proyecto definitivo. QUINTO.- De acuerdo con el artículo 285 del Código de Procedimiento Civil, el Juez que dictó sentencia no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso. Puede, eso sí, corregir el error de cálculo conforme dispone el artículo 299 del código citado. El error de cálculo se refiere a errores aritméticos o matemáticos, como se precisa en el fallo dictado por la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia, publicado en el R.O. N° 84 de 11 de julio de 1997, página 11, que en la parte pertinente dice: “Al respecto ha de tenerse presente que hay error de cálculo cuando se ha efectuado una operación aritmética cuyo resultado no corresponde al que debería haberse obtenido si las reglas lógicas de dicha operación se hubiesen observado”. Ahora bien, en la sentencia dictada por esta Sala se condena a PETROECUADOR, PETROINDUSTRIAL y PETROCOMERCIAL a pagar indemnización por daños o perjuicios, y en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 283 del Código de Procedimiento Civil se determina la cantidad o quantum que ha de pagar. Esta determinación concierne al fondo del asunto debatido, y bajo ningún ángulo jurídico se la puede calificar como operación

aritmética o de cálculo. A pretexto de aclaración o ampliación de la sentencia se pretende, por lo dicho, la rebaja o disminución del quantum de la indemnización de perjuicios, lo cual es totalmente improcedente. Desde luego, es preciso resaltar que las obras de infraestructura a ejecutarse y que constituirán bienes de afectación pública, no serán de beneficio exclusivo de los moradores del barrio "Delfina Torres viuda de Concha. Propicia N° 1" sino en beneficio de toda la comunidad, que comprenden muchos barrios con un gran número de moradores. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Ernesto Albán Gómez, Santiago Andrade Ubidia y Galo Galarza Paz, Ministros Jueces.

RAZON: Esta copia es igual a su original.- Certifico.- Quito, 25 de noviembre de 2002.

f.) Dra. Isabel Garrido Cisneros, Secretaria Relatora de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

## PROCESO 61 -IP-2002

**Interpretación prejudicial de los artículos 81; 82 literales a) y h); 83 literal a); 95 inciso segundo; y, 96 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, formulada por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 1 de la República del Ecuador. Actor: UNILEVER PLC. Marca: LIMPLUS. Proceso Interno N° 1455-94-MP**

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**, San Francisco de Quito, a los once días del mes de septiembre del año dos mil dos.

### VISTOS:

La solicitud de interpretación prejudicial formulada por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 1 de la República del Ecuador dentro del expediente interno N° 1455-94 MP, adjunta al oficio N° 691-TDCA-DQ-2S de 28 de junio de 2002, que fue recibido en este Tribunal el 3 de julio de 2002.

Que la mencionada solicitud cumple con todos los requisitos establecidos por el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los contemplados en el artículo 125 de su Estatuto, razón por la cual, fue admitida a trámite mediante auto dictado el 23 de agosto de 2002.

Como hechos relevantes para la interpretación, se deducen:

### 1. Las partes

La parte actora es la sociedad inglesa UNILEVER PLC, que actúa mediante apoderado.

Los demandados son el Director Nacional de Propiedad Industrial de la República del Ecuador y el Procurador General del Estado.

Como tercero beneficiario el ingeniero Sergio Hidalgo Morejón.

## 2. Determinación de los hechos relevantes

### 2.1 Hechos

El 30 de agosto de 1991, el ingeniero Sergio Hidalgo solicitó que se registre como marca el signo LIMPLUS, para proteger todos los productos de la Clase 3 de la Clasificación Internacional de Niza.

La empresa UNILEVER PLC, presentó observaciones al registro de dicho signo, alegando que evidentemente tiene características de absoluta identidad con la marca "IMPULSE" de la que es titular.

La Dirección Nacional de Propiedad Industrial del Ministerio de Industrias, Comercio, Integración y Pesca de la República del Ecuador, finalmente concedió el registro de la marca al solicitante.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la H. Corte Suprema de Justicia, acogió el recurso de casación interpuesto por el actor y declaró la nulidad procesal desde que se omitió solicitar la interpretación prejudicial de las normas aplicables al caso, por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ya que las resoluciones del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo son de única instancia.

### 2.2 Fundamentos de la demanda

La empresa UNILEVER PLC -parte actora en el presente caso- a través de apoderado, sostiene que son propietarios de las marcas IMPULSE - (palabra), IMPULSE MUSK (words) e IMPULSE CHIC (palabra), las cuales fueron registradas en el Ecuador, en octubre de 1985, marzo de 1989 y agosto de 1989, respectivamente; todas las cuales protegen productos de la Clase 3 de la Clasificación Internacional de Niza. (*Clasificación Internacional de Niza. Clase 3: Preparaciones para blanquear y otras sustancias para la colada; preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y raspar; jabones; perfumería, aceites esenciales, cosméticos lociones para el cabello; dentífricos*).

Sostiene la actora que la denominación LIMPLUS que fue registrada, está destinada a proteger todos los productos incluidos en la mencionada Clase 3, es decir, los mismos productos que protegen sus marcas registradas, las que han sido anteriormente citadas.

La actora señala que con el registro de la marca LIMPLUS, se han violado los artículos 81, y los literales a), d) y e) del artículo 83 de la Decisión 344, y otras normas nacionales de la República del Ecuador.

La sociedad actora pretende que se declare la ilegalidad y la invalidez jurídica de la Resolución N° 0939771, expedida el día 26 de agosto de 1994, mediante la cual se otorgó el registro de la marca LIMPLUS, y se rechazó la observación planteada. También pretende que se declare que la solicitud de registro del signo LIMPLUS al contravenir la normativa sobre la materia, sea archivada.

### 2.3 Contestación a la demanda

#### 2.3.1 Del Procurador General del Estado

El doctor Aníbal Estupiñán Echeverría en calidad de delegado del Procurador General del Estado, contesta la demanda en los términos siguientes:

Niega los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. Alega la legitimidad del acto administrativo impugnado, por provenir de autoridad competente y estar ajustado a derecho.

Sostiene la falta de derecho del actor para proponer la demanda, por carecer de fundamento legal sus pretensiones. Por último alega la caducidad del derecho de la demandante y la prescripción de la acción.

### 2.3.2 Del Director Nacional de Propiedad Industrial

El Director Nacional de Propiedad Industrial, contesta la demanda en los términos siguientes:

Sostiene la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho constantes en la demanda planteada. Y asimismo, arguye la legalidad y validez de la providencia impugnada N° 0939771, en la cual se acepta el registro de la marca LIMPLUS y se rechaza la observación presentada por UNILEVER PLC.

Señala que analizada la resolución de rechazo de la observación, se determinó que la marca solicitada LIMPLUS, no es confundible con la marca IMPULSE registrada por el observante y que por lo tanto, no causaría confusión en los medios comerciales ni en el público consumidor.

### 2.3.3 Del ingeniero Sergio Hidalgo como tercero beneficiario

El ingeniero Sergio Hidalgo, contesta la demanda en los términos siguientes:

Manifiesta que no existe ninguna semejanza entre IMPULSE y LIMPLUS, pues son diferentes en su aspecto gráfico, fonético y visual. Sostiene que la marca IMPULSE está compuesta por tres sílabas y fue registrada para proteger desodorantes, siendo muy diferente de la marca LIMPLUS, la cual se compone de dos sílabas y ha sido registrada para proteger detergentes líquidos.

Afirma que el informe pericial presentado es parcializado, ya que sus argumentos son rebuscados y equivocados.

### CONSIDERANDO

Que este Tribunal es competente para interpretar por la vía prejudicial las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, siempre que la solicitud provenga de un Juez Nacional también con competencia para actuar como Juez Comunitario, en tanto resulten pertinentes para la resolución del proceso interno;

Que la solicitud de interpretación prejudicial se encuentra conforme con las prescripciones contenidas en el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;

Que de acuerdo con la solicitud remitida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 1 del Distrito de Quito, se procederá a la interpretación prejudicial de los artículos 81, 82 literales a) y h), 83 literal a), 95 inciso segundo y 96 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Las normas objeto de la interpretación prejudicial se transcriben a continuación:

### DECISION 344

#### Artículo 81

*“Podrán registrarse como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica.*

*“Se entenderá por marca todo signo perceptible capaz de distinguir en el mercado, los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de los productos o servicios idénticos o similares de otra persona”.*

#### Artículo 82

*“No podrán registrarse como marcas los signos que:*

- a) *No puedan constituir marca conforme al artículo anterior;*

(...)

- h) *Puedan engañar a los medios comerciales o al público, en particular sobre la procedencia, la naturaleza, el modo de fabricación, las características o cualidades o la aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate;*

(...)

#### Artículo 83

*“Asimismo, no podrán registrarse como marcas aquellos signos que, en relación con derechos de terceros, presenten algunos de los siguientes impedimentos:*

- a) *Sean idénticos o se asemejen de forma que puedan inducir al público a error, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error;*

(...)”.

#### Artículo 95

*“Vencido el plazo a que se refiere este artículo, la oficina nacional competente decidirá sobre las observaciones y la concesión o denegación del registro de marca, lo cual notificará al peticionario mediante resolución debidamente motivada”.*

#### Artículo 96

*“Vencido el plazo establecido en el artículo 93, sin que se hubieren presentado observaciones, la oficina nacional competente procederá a realizar el examen de registrabilidad y a otorgar o denegar el registro de la marca. Este hecho será comunicado al interesado mediante resolución debidamente motivada”.*

Con vista de los puntos controvertidos en el proceso interno así como de las normas que van a ser interpretadas, considera este Tribunal que corresponde desarrollar lo referente a:

## I. REQUISITOS PARA EL REGISTRO DE UNA MARCA

El concepto de marca ha sido entendido por este Tribunal como *“Todo signo visible capaz de distinguir los bienes o servicios producidos o comercializados en el mercado por una persona, de los bienes y servicios idénticos o similares de otra”* (Ver entre otros: Proceso 6-IP-2001, G.O.A.C. N° 663 del 30 de abril de 2001, marca: AZETAVIR; Proceso 6-IP-2002, G.O.A.C. N° 808 del 24 de junio de 2002, marca: MARGARITA R. LENCERIA).

Según lo dispuesto por el artículo 81 de la Decisión 344: *“Podrán registrarse como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica”*. Dichas características constituyen los requisitos esenciales para que un signo pueda ser registrado como marca. El Tribunal ha recalado la importancia y la necesidad de su cumplimiento como paso previo al registro de una marca.

Respecto a estos tres requisitos el Tribunal en reiterada jurisprudencia ha señalado:

La **perceptibilidad**, es la capacidad del signo de ser captado o aprehendido por alguno de los sentidos, es decir, lo que se busca es que deje de ser una idea que permanezca en el interior de su creador, sino que tenga una manifestación al mundo exterior. Un signo mientras permanezca como una idea no será conocido por el público consumidor y tampoco será perceptible.

La **distintividad**, es considerada por la doctrina y por la jurisprudencia de este Tribunal como la característica o requisito principal para determinar la registrabilidad de una marca, ya que permite diferenciar o distinguir los servicios o productos comercializados por una persona de los idénticos o similares de otra, para así impedir que exista confusión y determinar la procedencia y origen empresarial.

Jorge Otamendi sostiene respecto al carácter distintivo de la marca: *“El poder o carácter distintivo es la capacidad intrínseca que tiene para poder ser marca. La marca, tiene que poder identificar un producto de otro. Por lo tanto, no tiene este poder identificatorio un signo que se confunde con lo que se va a identificar, sea un producto, un servicio o cualesquiera de sus propiedades”*. (Otamendi, Jorge. *Derecho de Marcas, Abeledo-Perrot, 4ta. Edición, Buenos Aires, 2002, p. 27*).

La **susceptibilidad de representación gráfica**, permite formarse una imagen o una idea del signo, en sus características y formas, a fin de registrarse y publicarse. Marco Matías Alemán dice que:

*“La representación gráfica del signo es una descripción que permite formarse la idea del signo objeto de la marca, valiéndose para ello de palabras, figuras o signos, o cualquier otro mecanismo idóneo, siempre que tenga la facultad expresiva de los anteriormente señalados”* (Matías Alemán, Marco. *Normatividad subregional sobre Marcas de productos y servicios, Top Management. Bogotá. p. 77*).

## II. IRREGISTRABILIDAD DE SIGNOS ENGAÑOSOS

Como se ha señalado en abundante jurisprudencia del Tribunal, el signo para ser registrado como marca debe cumplir a cabalidad los requisitos mencionados en el

numeral anterior ya que su incumplimiento es causal de irregistrabilidad como lo señala el artículo 82 literal a) de la Decisión 344. Además es necesario que no se encuentre incurso en alguna o algunas de las causales de irregistrabilidad marcaría señaladas taxativamente por los artículos 82 y 83 de la decisión citada.

Jorge Otamendi señala que: *“Hay signos que aplicados a determinados productos o servicios inducen a hacer creer al público consumidor que aquéllos tienen determinadas características. Estas marcas que inducen el error son llamadas marcas engañosas...”* (Otamendi, Jorge. *ob. cit., p. 86*).

El artículo 82 literal h) de la mencionada decisión, señala como causal de irregistrabilidad el hecho de que un signo pueda engañar a los medios comerciales o al público. Esta prohibición está destinada a precautelar el interés general o público frente al engaño o confusión que los signos pueden producir en relación con la procedencia y las características de los productos.

Al respecto Marco Matías Alemán sostiene que:

*“La prohibición obedece al interés del legislador en evitar que los consumidores sean engañados, tanto sobre las bondades de la empresa productora o prestante del servicio, como sobre las bondades atribuidas a los mismos, lo cual como queda claro tiende a la protección de un lado de la transparencia que debe acompañar a la actividad comercial y de otro lado a la protección general de los consumidores.”*

*“De esta forma se le otorga a la administración, la facultad de determinar cuándo un signo pretende una finalidad defraudatoria, y en consecuencia negar su registro, en aras de la protección de los usos honestos del comercio y la defensa del interés general”* (Matías Alemán, Marco. *ob. cit. p. 85*).

## III. IRREGISTRABILIDAD DE SIGNOS IDÉNTICOS O SEMEJANTES

El artículo 83, literal a) de la Decisión 344 determina que no pueden ser objeto de registro, los signos que sean idénticos o similares *“a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero para los mismos productos o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error”*. El citado artículo señala como causal de irregistrabilidad, el hecho de que los signos sean idénticos o se asemejen a una marca anteriormente registrada o solicitada, de tal forma que la identidad o la semejanza generen error o confusión entre los consumidores o usuarios.

La autoridad nacional competente para conceder o denegar el registro de la marca, realizará un juicio técnico acerca de las diferencias y semejanzas que puedan establecerse entre los signos solicitados para registro y los que ya se encuentran amparados por él o gozan de algún derecho de prioridad por haberse solicitado previamente.

La jurisprudencia de este Organismo Jurisdiccional Comunitario, tomando en cuenta la doctrina ha sentenciado, que para valorar la similitud marcaría y el riesgo de confusión es necesario considerar:

**La similitud ideológica**, es aquella que puede producirse entre signos que evocan las mismas o similares ideas. Al respecto, señala el tratadista Jorge Otamendi, que la similitud conceptual de palabras "*es la que deriva del mismo o parecido contenido conceptual de las marcas. Es la representación o evocación de una misma cosa, característica o idea la que impide al consumidor distinguir una de otra*". (Otamendi, Jorge. *ob. cit.*, p. 154).

**La similitud ortográfica**, se presenta por la coincidencia de letras entre los segmentos a compararse, en los cuales la secuencia de vocales, la longitud, el número de sílabas, las raíces, o las terminaciones comunes pueden inducir en mayor grado a que la confusión sea más palpable u obvia.

**La similitud fonética**, se da entre signos que al ser pronunciados tienen una fonética similar. La determinación de tal similitud depende, entre otros elementos, de la identidad en la sílaba tónica o de la coincidencia en las raíces o terminaciones. Sin embargo, deben tomarse también en cuenta las particularidades de cada caso, con el fin de determinar si existe la posibilidad real de confusión entre los signos confrontados.

Estos conceptos han sido desarrollados en la jurisprudencia de este Organismo Comunitario. (Ver entre otros: *Proceso 77-IP-2000, G.O.A.C. N° 690 de 23 de julio de 2001, Marca: PURO VARELA; Proceso 41-IP-2000, G.O.A.C. N° 604 de 27 de septiembre de 2000, Marca: MURIEL; Proceso 22-IP-2001, G.O.A.C. N° 690 de 23 de julio de 2001, Marca: ERA*).

El Tribunal basándose en la doctrina ha dado las pautas para realizar el correspondiente cotejo marcario cuando sea necesario, y ha acogido las siguientes reglas o criterios para el análisis de las marcas en comparación:

- a) **La con fusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas**; esta visión general o de conjunto de la marca es la impresión que el consumidor tiene sobre la misma y que puede llevarlo a confusión frente a otras marcas semejantes que se encuentren disponibles en el comercio;
- b) **Las marcas deben ser examinadas en forma sucesiva y no simultánea**; esto significa que en la comparación marcaria no cabe el análisis simultáneo de la marca, en razón de que el consumidor no analiza simultáneamente las marcas, sino que lo hace en forma individualizada;
- c) **Quien aprecie la semejanza deberá colocarse en el lugar del comprador presunto**; tomando en cuenta la naturaleza del producto y que quien puede ser objeto de la confusión es la persona que compra el producto o recibe el servicio. El Juez o la Oficina Nacional Competente, al momento de realizar el cotejo debe situarse frente a los productos designados por las marcas en conflicto como si fuera un consumidor o un usuario, para poder evaluar con la mayor objetividad si se presentan entre ellas similitudes tan notorias que induzcan a error en la elección; y,
- d) **Deben tenerse en cuenta, así mismo, más las semejanzas que las diferencias que existan entre las marcas que se comparan**; la similitud general entre dos marcas no depende de los elementos distintos que aparezcan en ellas, sino de los elementos semejantes o de la semejante disposición de esos elementos.

#### IV. EXAMEN DE REGISTRABILIDAD POR PARTE DE LA OFICINA NACIONAL COMPETENTE

El artículo 95 de la Decisión 344 señala que pasados los 30 días hábiles que el peticionario tiene a partir de la notificación para hacer valer sus alegatos, la Oficina Nacional Competente decidirá sobre las observaciones y procederá a realizar el respectivo examen de registrabilidad para conceder o negar el registro de una marca, lo cual se comunicará al peticionario por medio de resolución debidamente motivada.

Según lo dispone el artículo 96 de la misma decisión, en el caso en que no se hubiesen presentado observaciones al registro de una marca, la Oficina Nacional Competente igualmente realizará el correspondiente examen de registrabilidad ya sea para conceder o negar el registro de una marca y procederá de igual forma que lo indica el artículo anterior, es decir, comunicará su decisión al peticionario por medio de resolución debidamente motivada, es decir, que exprese los fundamentos que la sustenta.

La Oficina Nacional Competente en ningún caso se encuentra eximida de realizar el examen de registrabilidad correspondiente, las causales de irregistrabilidad que deben tomarse en cuenta al realizar el examen de fondo, son las señaladas taxativamente en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344.

Consecuentemente, **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,**

#### CONCLUYE:

**Primero:** Un signo para ser registrado como marca debe reunir los requisitos de distintividad, perceptibilidad y susceptibilidad de representación gráfica establecidos por el artículo 81 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Además es necesario que la marca no esté comprendida en ninguna de las causales de irregistrabilidad establecidas en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344.

**Segundo:** No son registrables los signos que puedan engañar a los medios comerciales o al público, con respecto a la procedencia, la naturaleza o el modo de fabricación, porque atentan contra la buena fe del consumidor y constituyen una práctica desleal frente a la libre competencia en el comercio de bienes y servicios.

**Tercero:** No son registrables como marcas los signos que sean idénticos o se asemejen a una marca anteriormente registrada o solicitada para los mismos servicios y productos de tal manera que pueda inducir al público a error. La determinación del riesgo de confusión es un aspecto que deberá ser analizado por la Oficina Nacional Competente o el Juez Nacional, sujetándose en todo caso, a las reglas de comparación de signos establecidas por la doctrina y la jurisprudencia.

**Cuarto:** La Oficina Nacional Competente procederá a realizar el examen de registrabilidad de una marca, se hayan o no formulado observaciones a la respectiva solicitud de registro. El que no existan observaciones no exime al funcionario administrativo de la obligación de examinar de oficio la concurrencia de las causales de irregistrabilidad.

De conformidad con el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal, el Juez Nacional Consultante, al emitir el respectivo fallo, deberá adoptar la presente sentencia realizada con fundamento en las señaladas normas del ordenamiento jurídico comunitario. Deberá así mismo, dar cumplimiento a las prescripciones contenidas en el inciso tercero del artículo 128 del vigente estatuto.

Notifíquese al consultante mediante copia certificada y sellada de la presente interpretación, la que también deberá remitirse a la Secretaría General de la Comunidad Andina a efectos de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Ricardo Vigil Toledo  
PRESIDENTE

Guillermo Chahín Lizcano  
MAGISTRADO

Rubén Herdoíza Mera  
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal  
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo  
SECRETARIO

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.-** La sentencia que antecede es fiel copia del original que reposa en el expediente de esta Secretaría. CERTIFICO.

Eduardo Almeida Jaramillo  
SECRETARIO

---

**PROCESO N° 48-IP-2002**

**Interpretación prejudicial de las disposiciones previstas en los artículos 81; 82, literales a y h; 83, literales a, d y e; 85 y 95 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador; e interpretación de oficio del artículo 84 eiusdem. Parte actora: Peña Flor Sociedad Anónima. Marca: "RON VIEJO TRAPICHE".**  
Expediente interno: N° 2335-2000-CS

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.** San Francisco de Quito, dos de octubre de dos mil dos.

**VISTOS**

La solicitud de interpretación prejudicial de las disposiciones previstas en los artículos 81; 82, literales a y h; 83, literales a, d y e; 85 y 95 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, formulada por el Presidente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador, y recibida en este Tribunal en fecha 3 de junio de 2002; y,

El informe de los hechos que el solicitante considera relevantes para la interpretación, y que son del tenor siguiente:

**a) De la demanda**

Según el consultante, "El actor solicita que en sentencia se declare la ilegalidad y la invalidez jurídica de la Resolución 0945206 del 1 de agosto de 1995, emitida por el Director Nacional de Propiedad Industrial por contravenir las disposiciones vigentes sobre el registro de marcas de fábrica; que la denominación 'RON VIEJO TRAPICHE', solicitada por Industria de Licores del Valle, no podía ser registrada de acuerdo con la normatividad aplicable; y, que por ello el Tribunal ordene el archivo de la mencionada solicitud.

**b) De las razones de hecho y de derecho**

El consultante afirma que, según el actor, "Peñaflor S.A. en el año 1941 registró en Ecuador la marca de fábrica 'TRAPICHE' para proteger productos de la clase internacional 33: (bebidas en general)" (Clase 33: "bebidas alcohólicas (excepto cervezas)"); que dicho signo "también está registrado para la misma clase de productos en 30 países y entre ellos todos los de la Comunidad Andina. Dice que, cuando en 1993 Industria de Licores del Valle solicita el registro de la denominación 'RON VIEJO TRAPICHE' (etiqueta), lo que busca es aprovecharse del prestigio ganado por la marca notoria previamente registrada y en razón de las semejanzas de ambos signos produciría evidente confusión entre los consumidores; afirma que la semejanza es absoluta al excluir del cotejo al término genérico 'RON' y al descriptivo 'VIEJO'. Continúa señalando que, de acuerdo con las normas comunitarias y nacionales, debido a la falta de distintividad del signo solicitado respecto de la marca previamente registrada (especialmente -dice- porque esta última es notoria) y frente al perjuicio que causaría su registro a los derechos de terceros, la Autoridad Administrativa debía negarlo, sin embargo, emitió una resolución escasamente motivada, carente de un adecuado examen de registrabilidad y contraria al régimen jurídico comunitario. Por todo esto, concluye, la Sala del Tribunal debe enmendar la actuación del Director de Propiedad Industrial, nulificar su Resolución y disponer el archivo de la solicitud de registro de 'RON VIEJO TRAPICHE'".

**c) De la contestación a la demanda**

El solicitante señala que el Director Nacional de Propiedad Industrial no compareció a dar contestación a la demanda; que, como delegado del Procurador General del Estado, compareció el doctor Wilfrido López Domínguez, Jefe de Defensa Judicial 1, quien presentó las siguientes excepciones: "negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho; ilegitimidad de personería; nulidad del

juicio; improcedencia de la demanda; y, caducidad del derecho y prescripción de la acción". Asimismo, da cuenta de la intervención de Industria de Licores del Valle, a título de tercero beneficiario, cuyo apoderado relata que "a nombre de dicha empresa presentó solicitud de registro de la marca 'RON VIEJO TRAPICHE' (etiqueta) con No. 37282 del 18 de febrero de 1993; en marzo de 1994 el actor presentó observación con fundamento en un supuesto registro anterior de la marca 'TRAPICHE' y por tanto su posible confusión; el Director de Propiedad Industrial denegó la observación considerando que la denominación tiene elementos que la hacen suficientemente distintiva. Afirma que 'TRAPICHE' es un término evocativo o sugestivo que podría combinarse con otros para ser registrable; que la capacidad distintiva de un signo marcario es mayor cuanto mayor distancia existe entre el significado primario del signo y la designación común del producto. Señala que en el cotejo debe considerarse que el diseño es muy característico y evita confusión, que Industria de Licores del Valle posee registros marcarios (cita uno de Colombia del año 1990); que invierte grandes recursos en publicidad; que dicha empresa desea estabilizar su actividad comercial en Ecuador; y, que no habrá confusión en el mercado porque ésta no se ha producido en otros países y porque los productos de la marca 'TRAPICHE' no se comercializan en Ecuador, lo que significa que no es una marca notoria. Concluye solicitando que se ratifique el procedimiento de la autoridad administrativa y la providencia No. 94 de 1 de agosto de 1995".

#### CONSIDERANDO

Que las normas cuya interpretación ha sido solicitada son las disposiciones previstas en los artículos 81; 82, literales a y h; 83, literales a, d y e; 85 y 95 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena;

Que de conformidad con la disposición prevista en el artículo 1, literal c del Tratado de Creación del Tribunal (codificado mediante la Decisión 472), las normas cuya interpretación se solicita forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;

Que de conformidad con la disposición prevista en el artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal, en correspondencia con lo previsto en los artículos 4, 121 y 2 del Estatuto (codificado mediante la Decisión 500), este Tribunal es competente para interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;

Que de conformidad con la disposición prevista en el artículo 125 del estatuto, y según consta en la providencia que obra al folio 16 del expediente, la presente solicitud de interpretación prejudicial fue admitida a trámite; y,

Que por tanto, corresponde a este Tribunal realizar la interpretación de las disposiciones previstas en los artículos 81; 82, literales a y h; 83, literales a, d y e; 85 y 95 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; asimismo, el Tribunal, con fundamento en la potestad que deriva del artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal, estima pertinente interpretar de oficio la disposición prevista en el artículo 84 eiusdem, cuyos textos son del tenor siguiente:

**"Artículo 81.-** Podrán registrarse como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica.

*Se entenderá por marca todo signo perceptible capaz de distinguir en el mercado, los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de los productos o servicios idénticos o similares de otra persona."*

**"Artículo 82.-** No podrán registrarse como marcas los signos que:

- a) No puedan constituir marca conforme al artículo anterior;

(...)

- h) Puedan engañar a los medios comerciales o al público, en particular sobre la procedencia, la naturaleza, el modo de fabricación, las características o cualidades o la aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate;

(...)

**"Artículo 83.-** Asimismo, no podrán registrarse como marcas aquellos signos que, en relación con derechos de terceros, presenten algunos de los siguientes impedimentos:

- a) Sean idénticos o se asemejen de forma que puedan inducir al público a error a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error;

(...)

- d) Constituyan la reproducción, la imitación, la traducción o la transcripción, total o parcial, de un signo distintivo notoriamente conocido en el país en el que solicita el registro o en el comercio subregional, o internacional sujeto a reciprocidad, por los sectores interesados y que pertenezca a un tercero. Dicha prohibición será aplicable, con independencia de la clase, tanto en los casos en los que el uso del signo se destine a los mismos productos o servicios amparados por la marca notoriamente conocida, como en aquellos en los que el uso se destine a productos o servicios distintos.

*Esta disposición no será aplicable cuando el peticionario sea el legítimo titular de la marca notoriamente conocida;*

- e) Sean similares hasta el punto de producir confusión con una marca notoriamente conocida, independientemente de la clase de los productos o servicios para los cuales se solicita el registro.

*Esta disposición no será aplicable cuando el peticionario sea el legítimo titular de la marca notoriamente conocida;*

(...)

**“Artículo 84.-** Para determinar si una marca es notoriamente conocida, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

- a) La extensión de su conocimiento entre el público consumidor como signo distintivo de los productos o servicios para los que fue acordada;
- b) La intensidad y el ámbito de la difusión y de la publicidad o promoción de la marca;
- c) La antigüedad de la marca y su uso constante;
- d) El análisis de producción y mercadeo de los productos que distingue la marca.”.

**“Artículo 85.-** A fin de facilitar la protección de las marcas notorias, las oficinas nacionales competentes establecerán un sistema adecuado de notificación e información.”.

**“Artículo 95.-** Una vez admitida a trámite la observación y no incurriendo ésta en las causales del artículo anterior, la oficina nacional competente notificará al peticionario para que, dentro de treinta días hábiles contados a partir de la notificación, haga valer sus alegatos, de estimar lo conveniente.

Vencido el plazo a que se refiere este artículo, la oficina nacional competente decidirá sobre las observaciones y la concesión o denegación del registro de marca, lo cual notificará al peticionario mediante resolución debidamente motivada.”.

## I. De la marca y de los requisitos para su registro

El artículo 81 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena contiene una definición del concepto de marca. Sobre la base de esta definición legal, el Tribunal ha interpretado que la marca constituye un bien inmaterial representado por un signo que, perceptible a través de medios sensoriales y susceptible de representación gráfica, sirve para identificar y distinguir en el mercado los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de otros idénticos o similares, a fin de que el consumidor o usuario medio los valore, diferencie, identifique y seleccione, sin riesgo de confusión o error acerca del origen o la calidad del producto o servicio correspondiente.

La marca protege el interés de su titular, otorgándole un derecho exclusivo sobre el signo distintivo de sus productos y servicios, así como el interés general de los consumidores o usuarios a quienes se halla destinada, garantizando a éstos la certeza de origen del producto o servicio que el signo distingue, permitiéndoles, en consecuencia, valorar, diferenciar, identificar y seleccionar el respectivo producto o servicio sin riesgo de error o confusión acerca de su origen o calidad. Por ello, la marca procura, en definitiva, garantizar la transparencia en el mercado.

El artículo 81 en referencia somete además el registro de un signo como marca al cumplimiento de los siguientes requisitos:

En primer lugar, el signo debe ser perceptible, es decir, susceptible de ser aprehendido por el consumidor o el usuario a través de los sentidos, a fin de ser captado, retenido y asimilado por éste. La percepción se realiza, por lo general, a través del sentido de la vista. Por ello, se consideran signos perceptibles, entre otros, los que consisten en letras, palabras, figuras, dibujos o cifras, por separado o en conjunto.

En segundo lugar, el signo debe ser suficientemente distintivo, es decir, apto para identificar y distinguir en el mercado los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de otros idénticos o similares. Esta aptitud distintiva constituye presupuesto indispensable para que la marca cumpla sus funciones principales de indicar el origen empresarial y la calidad del producto o servicio. La distintividad, además, debe ser suficiente, es decir, de tal entidad que no haya razón para temer que el signo induzca a error o confusión en el mercado.

Según el Tribunal, cuando un signo -protegido por el derecho marcario- es capaz por sí mismo de distinguir los bienes que representa, se está frente a la distintividad intrínseca, y cuando también distingue dichos bienes de los demás en el mercado, se está ante la distintividad extrínseca. De reunir la marca tales condiciones, podrá participar en una competencia comercial clara y leal en beneficio de la colectividad. (Criterios recogidos en las sentencias de interpretación prejudicial N° 12-IP-96, publicada en la G.O.A.C. N° 265 del 16.V.97, caso “MARGARINA EXCLUSIVA”; N° 32-IP-96, publicada en la G.O.A.C. N° 279 del 25.VII.97, caso “DC’OS”; y N° 31-IP-98, publicada en la G.O.A.C. N° 450 de 21.VI.99, caso “LOS ALPES”).

Y en tercer lugar, el signo debe ser susceptible de representación gráfica, es decir, apto para ser expresado en imágenes o por escrito, lo que confirma que, en principio, ha de ser visualmente perceptible. Por ello, las formas representativas en que consisten los signos pueden estar constituidas por letras, palabras, figuras, dibujos o cifras, por separado o en conjunto. Este requisito guarda correspondencia con el previsto en el artículo 88, literal d en el cual se exige que la solicitud de registro sea acompañada por la reproducción de la marca cuando ésta contenga elementos gráficos.

## II. De los signos engañosos

El literal h del artículo 82 de la Decisión 344 prohíbe el registro como marca de los signos que puedan engañar a los medios comerciales o al público, en particular sobre la procedencia, naturaleza, modo de fabricación, características o cualidades, o la aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate.

Se trata de una prohibición de carácter general que se configura con la posibilidad de que el signo induzca a engaño, sin necesidad de que éste se produzca efectivamente. La citada prohibición se desarrolla a través de una enumeración no exhaustiva de supuestos que tienen en común el motivo que impide su registro, cual es que el signo engañoso no cumple las funciones propias del signo distintivo, toda vez que, en lugar de indicar el origen empresarial del producto o servicio a que se refiere y su nivel de calidad, induce a engaño en torno a estas circunstancias a los medios comerciales o al público consumidor o usuario, y, de este modo, enturbia el mercado.

En diversas ocasiones, el Tribunal ha sostenido que “*el engaño se produce cuando un signo provoca en la mente del consumidor una distorsión de la realidad acerca de la naturaleza del bien o servicio, sus características, su procedencia, su modo de fabricación, la aptitud para su empleo u otras informaciones que induzcan al público a error. La prohibición de registrar signos engañosos, tal como se ha pronunciado este Tribunal se dirige a precautelar el interés general o público, es decir, del consumidor*” (Procesos 35-IP-98, G.O.A.C. N° 422 de 30 de marzo de 1999, caso “GLEN SIMON”; y 38-IP-99, G.O.A.C. N° 419 de 17 de marzo de 1999, caso “LEO”).

Cabe agregar que la prohibición se configura también cuando el signo es parcialmente veraz y parcialmente inexacto. Por ello, en el caso de una marca mixta, si uno de sus elementos puede inducir a engaño, la marca deberá considerarse engañosa *in totum* y no podrá ser registrada.

### III. Del riesgo de confusión y de la comparación entre marcas

Los artículos 82 y 83 de la Decisión 344 consagran otras prohibiciones para el registro de un signo como marca. Según la prevista en el artículo 83, literal a, no podrá registrarse el signo que, en relación con derechos de terceros, sea idéntico o se asemeje de forma que pueda inducir al público a error, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero para el mismo producto o servicio, o para un producto o servicio respecto del cual el uso de la marca pueda inducir al público a error.

Del texto del artículo citado se desprende que la prohibición no exige que el signo pendiente de registro induzca a error a los consumidores o usuarios, sino que basta la existencia de este riesgo para que se configure aquella prohibición.

La identidad o la semejanza de los signos puede dar lugar a dos tipos de confusión: la directa, caracterizada porque los vínculos en referencia conducen al comprador a adquirir un producto determinado creyendo que está comprando otro, lo que implica la existencia de una cierta relación también entre los productos; y la indirecta, caracterizada porque el consumidor, al encontrarse frente a dos signos idénticos o similares, cree que el producto que cada uno de ellos representa, “tiene un origen, un fabricante determinado, o que ese producto pertenece a una línea de productos de un fabricante distinto de quien realmente los fabricó”. (OTAMENDI, Jorge: “*Derecho de Marcas*”; Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 2002, página 144).

Para establecer la existencia del riesgo de confusión del signo pendiente de registro respecto de una marca ya registrada, o ya solicitada para registro, será necesario determinar si existe identidad o semejanza entre los signos en disputa, tanto entre sí como en relación con los productos o servicios distinguidos por ellos, y considerar la situación de los consumidores o usuarios, la cual variará en función de los productos o servicios de que se trate.

En el caso de autos, la comparación entre la marcas en disputa habrá de hacerse desde sus elementos fonético, gráfico y conceptual. Sin embargo, dicha comparación deberá ser conducida por la impresión unitaria que el signo ha de producir en la sensorialidad igualmente unitaria del

consumidor o del usuario medio a que está destinado. Por tanto, la valoración deberá hacerse sin descomponer la unidad de cada signo, de modo que, en el conjunto de los elementos que lo componen, el todo prevalezca sobre sus partes, a menos que aquél se halle provisto de un elemento dotado de tal aptitud distintiva que, por esta razón especial, se constituya en factor determinante de la valoración.

En este contexto, el Tribunal ha establecido que la similitud visual se presenta por lo parecido de las letras entre los signos a compararse, en los que la sucesión de vocales, la longitud de la o de las palabras, el número de sílabas, las raíces o las terminaciones iguales, pueden incentivar la confusión. Además, si las vocales idénticas se hallan situadas en el mismo orden, cabe presumir que los signos son semejantes, ya que el citado orden produce, tanto desde el punto de vista ortográfico como fonético, la impresión general de que la denominación impacta en el consumidor.

En cuanto a la similitud fonética, el Tribunal ha señalado que la misma depende, entre otros factores, de la identidad de la sílaba tónica y de la coincidencia en las raíces o terminaciones, pero que, a fin de determinar la existencia de la confusión, deben tomarse en cuenta las particularidades de cada caso, pues las marcas denominativas se forman por un conjunto de letras que, al ser pronunciadas, emiten sonidos que se perciben por los consumidores de modo distinto, según su estructura gráfica y fonética.

Y en cuanto a la similitud conceptual, ha indicado que la misma se configura entre signos que evocan una idea idéntica o semejante.

En definitiva, el Tribunal ha estimado que la confusión puede manifestarse cuando, al solo apercebimiento de la marca, el consumidor supone que se trata de la misma a que está habituado, o cuando, si bien reconoce cierta diferencia entre las marcas en conflicto, cree, por su similitud, que provienen del mismo productor o fabricante. Habrá pues riesgo de confusión cuando el consumidor o usuario medio no distinga en el mercado el origen empresarial del producto o servicio identificado por un signo en particular, de modo que pudiera atribuir, en contra de la realidad de los hechos, a dos productos o servicios que se le ofrecen, un origen empresarial común.

Finalmente, a objeto de verificar la existencia del riesgo de confusión, el examinador deberá tomar en cuenta los criterios que, elaborados por la doctrina (BREUER MORENO, Pedro: “*Tratado de Marcas de Fábrica y de Comercio*”; Buenos Aires, Editorial Robis, pp. 351 y ss), han sido acogidos por la jurisprudencia de este Tribunal, y que son del siguiente tenor:

1. *La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas.*
2. *Las marcas deben ser examinadas en forma sucesiva y no simultánea.*
3. *Deben tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existan entre las marcas.*
4. *Quien aprecie la semejanza deberá colocarse en el lugar del comprador presunto, tomando en cuenta la naturaleza de los productos o servicios identificados por los signos en disputa.*

#### IV. De la marca notoria y de su prueba

Este Tribunal ha calificado de notoria la marca provista de la cualidad de ser conocida por una colectividad de individuos pertenecientes al grupo de consumidores o usuarios del tipo de bienes o servicios de que se trate, por encontrarse ampliamente difundida entre dicho grupo. (Sentencia dictada en el expediente N° 07-IP-96 del 29 de agosto de 1997, publicada en la G.O.A.C. N° 299 del 17 de octubre de 1997, caso ("REMAVENCA").

Ahora bien, a tenor de la disposición prevista en el artículo 83, literal d, de la Decisión 344, el reconocimiento de la marca notoria como signo distintivo de bienes o servicios determinados presupone su conocimiento en el país en que se ha solicitado su registro o en el comercio subregional, o internacional sujeto a reciprocidad, por los sectores interesados, es decir, por la mayor parte del sector de consumidores o usuarios a que están destinados los bienes o servicios en referencia.

Además, de conformidad con el artículo 83, literal e, eiusdem, la protección especial que se otorga a la marca notoriamente conocida se extiende -caso de haber riesgo de confusión por similitud con un signo pendiente de registro- con independencia de la clase a que pertenezca el producto de que se trate y del territorio en que haya sido registrada, pues se busca prevenir el aprovechamiento indebido de la reputación de la marca notoria, así como impedir el perjuicio que el registro del signo similar pudiera causar a la fuerza distintiva o a la reputación de aquélla.

Por ello, el Tribunal reitera que "la protección de la marca notoria no se encuentra limitada por los principios de 'especialidad' y de 'territorialidad' generalmente aplicables con relación a las marcas comunes" (Sentencia dictada en el expediente N° 17-IP-2001 del 27 de abril de 2001, publicada en la G.O.A.C. N° 674 del 31 de mayo de 2001, caso "HARINA GALLO DE ORO"; criterio tomado a su vez de la sentencia dictada en el expediente N° 36-IP-99 del 8 de octubre de 1999, publicada en la G.O.A.C. N° 504 del 9 de noviembre de 1999, caso "FRISKIES").

Así, la protección de la marca notoria se configura aún en el caso de que no exista similitud entre el producto o servicio a que se refiere y el correspondiente al signo cuyo registro ha sido solicitado, toda vez que dicha protección no se dirige a evitar el riesgo de confusión sino, como se indicó, a prevenir que otra marca aproveche o perjudique indebidamente el carácter distintivo o el prestigio de aquélla.

En cuanto a la prueba de la notoriedad de la marca, el Tribunal se ha pronunciado en los términos siguientes:

*"En la concepción proteccionista de la marca notoria, ésta tiene esa clasificación para efectos de otorgarle otros derechos que no los tienen las marcas comunes, pero eso no significa que la notoriedad surja de la marca por sí sola, o que para su reconocimiento legal no tengan que probarse las circunstancias que precisamente han dado a la marca ese status".* (Sentencia dictada en el expediente N° 08-IP-95 del 30 de agosto de 1996, publicada en la G.O.A.C. N° 231 del 17 de octubre de 1996, caso "LISTER").

En efecto, la notoriedad de la marca constituye una cuestión de hecho que ha de ser probada sobre la base, entre otros, de los criterios previstos en el artículo 84 de la Decisión 344, a saber, la extensión de su conocimiento, la intensidad y el ámbito de la difusión y de la publicidad o promoción de la marca, su antigüedad y uso constante, y el análisis de producción y mercadeo de los productos que la marca distingue.

La previsión normativa de los citados indicadores de notoriedad de la marca hace inaplicable a su respecto la máxima *notoria non egent probatione*. Y es que, a diferencia del hecho notorio, la notoriedad de la marca no se halla implícita en la circunstancia de ser ampliamente conocida, sino que es necesaria la demostración suficiente de su existencia, a través de la prueba, entre otros, de aquellos indicadores.

#### V. Del sistema de información sobre las marcas notorias

En el ámbito del Régimen Común de Propiedad Industrial, las marcas notorias gozan de protección, como ya se indicó, con independencia de los productos o servicios a que se refieran, así como del territorio en que hayan sido registradas. Con el propósito de facilitar dicha protección, el artículo 85 de la Decisión 344 establece el compromiso para los Países Miembros, ya contraído desde la vigencia de la Decisión 311 de que sus oficinas nacionales, competentes para conocer de la materia de propiedad industrial, establezcan un sistema adecuado de notificación e información, a objeto de hacer común el conocimiento de aquellas marcas, de forma que dichas oficinas, en la oportunidad de examinar la registrabilidad de los signos, se apoyen en el citado conocimiento común para denegar el registro de los que constituyan la reproducción, imitación, traducción o transcripción de una marca notoriamente conocida, o que sean similares a ésta hasta el punto de producir confusión, en los términos previstos en el artículo 83, literales d y e, de la Decisión 344.

#### VI. Del procedimiento de observaciones al registro de la marca solicitado

El Capítulo V, Sección II de la Decisión 344, instaura un procedimiento previo, según el cual, una vez admitida la solicitud de registro, la Oficina Nacional Competente deberá proceder a su publicación. Dentro de los treinta días hábiles siguientes, cualquier persona, provista de interés legítimo, podrá presentar observaciones al registro solicitado. Se ha considerado que tiene interés legítimo para presentar observaciones, tanto el titular de una marca registrada, ante el intento de registrar otra idéntica o similar, como quien formuló primero la solicitud de registro. La Oficina Nacional Competente puede admitir dichas observaciones a trámite o rechazarlas por extemporáneas, o bien por fundamentarse en solicitud posterior a la petición de registro de la marca que se observa, o en tratados no vigentes en el País Miembro en que se solicita la marca, o bien porque los interesados no hubiesen pagado las tasas de tramitación correspondientes.

Admitidas las observaciones, la Oficina Nacional Competente notificará al peticionario para que, si lo estima conveniente, formule alegatos dentro de los treinta días hábiles contados a partir de su notificación. Vencido este

plazo, dicha oficina decidirá sobre las observaciones, a la vista de las pruebas de que disponga y, en todo caso, procederá a realizar el examen de registrabilidad y a otorgar o denegar el registro de la marca.

El examen de fondo sobre la registrabilidad del signo tiene carácter obligatorio y deberá tomar en cuenta las causales de irregistrabilidad previstas en los artículos 82 y 83 de la decisión en referencia. Por ello, el registro será denegado, sin necesidad de observaciones, cuando la marca solicitada sea confundible con una marca notoria, siempre que se halle probada la notoriedad de ésta.

Por último, se exige que el acto por el cual se concede o deniega el registro solicitado se encuentre debidamente motivado, esto es, que exprese las razones de hecho y de derecho que inclinaron a la Oficina Nacional Competente a pronunciarse en uno u otro sentido, sobre la base de las normas jurídicas aplicables y de las situaciones de hecho constitutivas del acto. El Tribunal ha reiterado a este propósito que: "La motivación se contrae en definitiva a explicar el por qué de la Resolución o Decisión, erigiéndose por ello en un elemento sustancial del mismo -y hasta en una formalidad esencial de impretermitible expresión en el propio acto si una norma expresa así lo impone- y cuya insuficiencia, error o falsedad puede conducir a la nulidad del acto". (Sentencia dictada en el Proceso N° 04-AN-97 del 17 de agosto de 1998, publicada en la G.O.A.C. No. 373 de 21 de septiembre de 1998, caso CONTRACHAPADOS).

Sobre la base de las consideraciones que anteceden, **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.**

#### CONCLUYE

- 1° Un signo será registrable como marca si cumple los requisitos previstos en el artículo 81 de la Decisión 344, y si no incurre en las prohibiciones enunciadas en los artículos 82 y 83 *eiusdem*.
- 2° No será registrable como marca el signo que pueda inducir a engaño, a los medios comerciales o al público consumidor o usuario, en torno a la procedencia, naturaleza, modo de fabricación, características, cualidades o aptitud para el empleo del producto o servicio de que se trate.  
  
Tampoco será registrable como marca el signo mixto cuando uno de sus elementos pueda inducir a engaño.
- 3° Para establecer si existe o no riesgo de confusión entre el signo pendiente de registro y la marca ya registrada o solicitada prioritariamente para registro, será necesario determinar si existe o no identidad o semejanza entre los signos en disputa, tanto entre sí como en relación con los productos o servicios distinguidos por ellos, y considerar la situación de los consumidores o usuarios, la cual variará en función del producto o servicio de que se trate. No bastará cualquier semejanza entre los signos en disputa, por ser legalmente necesario que la misma pueda inducir a confusión o error en el mercado.
- 4° La comparación entre los signos habrá de hacerse desde sus elementos fonético, gráfico y conceptual, pero conducida por la impresión unitaria que cada uno de dichos signos habrá de producir en la sensorialidad

igualmente unitaria del consumidor medio al que están destinados los productos. Por tanto, la valoración deberá hacerse sin descomponer la unidad de cada signo, de modo que, en el conjunto de los elementos que lo integran, el todo prevalezca sobre sus partes, a menos que aquél se halle provisto de un elemento dotado de tal aptitud distintiva que, por esta razón especial, se constituya en factor determinante de la valoración.

- 5° La protección especial que se otorga a la marca notoriamente conocida se extiende -caso de haber riesgo de confusión por similitud con un signo pendiente de registro- con independencia de la clase a que pertenezca el producto o servicio de que se trate y del territorio en que haya sido registrada, pues se busca prevenir su aprovechamiento indebido, así como impedir el perjuicio que el registro del signo similar pudiera causar a la fuerza distintiva o a la reputación de aquélla.

La notoriedad de la marca no se halla implícita en la circunstancia de ser ampliamente conocida, sino que, por tratarse de una cuestión de hecho, es necesaria la demostración suficiente de su existencia, a través de la prueba, entre otros, de los indicadores previstos en el artículo 84 de la Decisión 344.

- 6° Durante el procedimiento para el registro de un signo como marca, cualquier persona provista de interés legítimo podrá presentar, en la oportunidad prevista en el artículo 93 de la Decisión 344, cualquier observación al registro de la marca solicitado, con base en una marca registrada o en una solicitud ya presentada. Admitidas las observaciones, la Oficina Nacional Competente notificará al peticionario para que, si lo estima conveniente, formule alegatos dentro de los treinta días hábiles contados a partir de su notificación. El funcionario administrativo competente deberá realizar el examen de fondo sobre la registrabilidad del signo, con independencia de que se hayan formulado o no observaciones. Caso de haberse formulado éstas, el funcionario decidirá sobre el particular a través de un acto administrativo debidamente motivado, con fundamento en lo alegado y probado en autos.
- 7° El artículo 85 de la Decisión 344 establece el compromiso para los Países Miembros de que sus oficinas nacionales, competentes para conocer de la materia de propiedad industrial, establezcan un sistema adecuado de notificación e información, a objeto de hacer común el conocimiento de las marcas notorias, de forma que dichas oficinas, en la oportunidad de examinar la registrabilidad de los signos, se apoyen en el citado conocimiento común para denegar el registro de los que constituyan la reproducción, imitación, traducción o transcripción de una marca notoriamente conocida, o que sean similares a ésta hasta el punto de producir confusión, en los términos previstos en el artículo 83, literales d y e de la Decisión 344.

De conformidad con la disposición prevista en el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal, la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador, deberá adoptar la presente interpretación en la sentencia que pronuncie y, de conformidad con la

disposición prevista en el artículo 128 del Estatuto del Tribunal, deberá remitir dicha sentencia a este órgano jurisdiccional.

Notifíquese la presente interpretación mediante copia certificada y sellada, y remítase también copia a la Secretaría General de la Comunidad Andina, para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Guillermo Chahín Lizcano  
PRESIDENTE (E)

Rubén Herdoíza Mera  
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal  
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo  
SECRETARIO

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.-** La sentencia que antecede es fiel copia del original que reposa en el expediente de esta Secretaría. CERTIFICO.

Eduardo Almeida Jaramillo  
SECRETARIO

---

**EL ILUSTRE CONCEJO CANTONAL DE OLMEDO**

**Considerando:**

Que el costo de la ejecución de obras públicas, por parte de la Municipalidad, debe ser recuperado y reinvertido en beneficio colectivo;

Que el Art. 228 de la Constitución Política de la República del Ecuador, en relación con los Arts. 130, numeral 6 y 141 numeral 3, faculta a las municipalidades, la potestad de crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras;

Que la contribución especial de mejoras debe pagarse, de manera equitativa, entre todos los que reciben el beneficio de las obras realizadas por la Municipalidad;

Que la Municipalidad del Cantón Olmedo, con fecha 3 de julio del año 2000, suscribió un convenio de operación con el Banco del Estado por US\$ 60.000 destinados a la ejecución del Proyecto "Adoquinado de las vías urbanas de la ciudad de Olmedo". Y dentro de las obligaciones se encuentra que la Municipalidad deberá presentar una Ordenanza de Contribución Especial de Mejoras;

Que la presente ordenanza ha sido aprobada mediante dictamen favorable, por medio de Of. No. 0730 SJM-2001 de fecha 3 de mayo de 2001, suscrito por el Dr. Edgar Acosta Grijalva, Subsecretario Jurídico del Ministerio de Economía y Finanzas; y,

En uso de las facultades legales que le concede la Ley de Régimen Municipal vigente,

**Expide:**

La presente Ordenanza para la aplicación y cobro de la contribución especial de mejoras por adoquinamiento de las vías urbanas de la ciudad de Olmedo.

Art. 1.- OBJETO.- El objeto de la contribución especial de mejoras es el beneficiario real o presuntivo proporcionado a las propiedades inmuebles de las áreas urbanas del cantón Olmedo, por la construcción de adoquinado de las vías urbanas del cantón Olmedo.

Art. 2.- HECHO GENERADOR.- Existe el beneficio al que se refiere el artículo anterior; y, por lo tanto nace la obligación tributaria cuando una propiedad resulta colindante con una obra pública, o se encuentre comprendida dentro del área o zona de influencia de dicha obra, según lo determine la Dirección de Obras Públicas Municipales.

Art. 3.- SUJETO ACTIVO.- El sujeto activo de esta obligación es el Ilustre Municipio de Olmedo.

Art. 4.- SUJETO PASIVO.- Son sujetos pasivos de esta contribución y están obligados a pagarla los propietarios de los inmuebles beneficiados, sean personas naturales o jurídicas.

Art. 5.- BASE IMPONIBLE.- La base imponible de la contribución especial de mejoras por la construcción de adoquinado objeto de la presente ordenanza es igual al costo total de las obras, prorrateado entre las propiedades beneficiarias.

Art. 6.- DETERMINACION DEL COSTO.- Para determinar el costo de esta contribución especial de mejoras, se considerará los siguientes parámetros:

- a) El precio de las propiedades cuya adquisición o expropiación haya sido necesario para la ejecución de las obras a la que se refiere la presente ordenanza; incluidas las indemnizaciones que se hubieren pagado o debieren pagarse; por daños y perjuicios que se causaren por la ejecución de las obras producidas por fuerza mayor o caso fortuito; deduciendo el precio en que se estimen los predios o fracciones de predios que no queden incorporados definitivamente a la misma;
- b) El valor por demoliciones y acarreo de escombros;
- c) El costo directo de la obra, sea ésta ejecutada por contrato, concesión, licencia o por administración directa de la Municipalidad de Olmedo o de sus empresas, que comprenderá: movimiento de tierras, afirmados, bordillos, muros de contención y otras obras necesarias para la ejecución del proyecto;
- d) Costos indirectos; y,
- e) Los costos financieros, sean de los créditos u otras fuentes de financiamiento necesarias para la ejecución de la obra.

Para efectos de determinar los costos indirectos y fiscalización se aplicará hasta el 20% del costo directo de la obra.

Art. 7.- DISTRIBUCION DEL COSTO.- El 10% del costo total de la obra de adoquinamiento, será pagado por los respectivos propietarios de los inmuebles beneficiados mediante esta contribución especial de mejoras, que se hubiere determinado aplicando el Art. 6 de esta ordenanza.

Para la distribución de costos por obras de adoquinamiento entre los propietarios de los inmuebles beneficiados, se aplicará lo dispuesto por el Art. 422 de la Ley de Régimen Municipal.

Art. 8.- FORMA DE PAGO.- Las contribuciones especiales de mejoras por las obras mencionadas, se cobrarán en los plazos previstos en el artículo siguiente, mediante cuotas semestrales que vencerán en el plazo de tres meses a partir de la emisión de los títulos de crédito.

Art. 9.- PLAZO PARA EL PAGO.- El plazo para el pago de contribución especial de mejoras por obras de adoquinamiento, serán de ocho años, pagaderos en cuotas semestrales.

Art. 10.- DESCUENTOS.- Cuando el contribuyente abonare de contado la totalidad de lo que le corresponde pagar, y dentro de los tres meses, contados desde la emisión de los títulos de crédito, tendrá derecho a un descuento del 10% sobre la contribución total.

Art. 11.- INTERESES.- Las cuotas no pagadas en las fechas de vencimiento determinadas en la presente ordenanza, se cobrarán por la vía coactiva y serán recargadas con el interés legal vigente a la fecha, de conformidad a lo establecido en el Art. 20 del Código Tributario.

Art. 12.- SUBDIVISION DE DEBITOS.- En caso de división entre propietarios o partición entre coherederos de propietarios con débitos pendientes por estas contribuciones especiales de mejoras, los propietarios tendrán derecho a solicitar la división proporcional de la deuda. Mientras no exista plano catastral los propietarios deberán presentar un plano adecuado del inmueble, para facilitar la subdivisión del débito.

Art. 13.- TRANSFERENCIA DE DOMINIO.- Los señores notarios públicos no podrán celebrar las escrituras, ni el señor Registrador de la Propiedad registrarlas cuando se efectúen las transferencias de dominio de propiedades con débitos pendientes por contribuciones especiales de mejoras, mientras no se hayan cancelado en su totalidad tales débitos, para lo cual exigirá el correspondiente certificado extendido por la Tesorería Municipal, en el sentido de que la propiedad cuya transferencia de dominio se vaya a efectuar, no tengan débitos pendientes por contribuciones especiales de mejoras.

En caso de que la transferencia de dominio se refiera solamente a una parte del inmueble, el propietario podrá solicitar la subdivisión de débitos, conforme se señala en el artículo anterior, y deberá pagar antes de celebrarse la escritura, los débitos que correspondan a parte de la

propiedad cuyo dominio se transfiera en caso de incumplimiento de lo prescrito en la presente disposición, los notarios y registradores de la propiedad serán sujetos de multas, conforme lo dispone la Resolución No. 207, agregada al Art. 100 del Código Tributario.

Art. 14.- DESTINO DE LOS DINEROS RECUADADOS.- El producto de las contribuciones especiales de mejoras que se recaudan será destinado para cubrir los gastos de administración, operación y mantenimiento del servicio, de acuerdo al convenio.

Art. 15.- VIGENCIA.- La presente ordenanza entrará en vigencia desde el día siguiente a su publicación en el Registro Oficial, quedando derogadas las disposiciones que se opongan a esta ordenanza.

Dado en la sala de sesiones de la I. Municipalidad de Olmedo, a los 30 días del mes de marzo del año 2001.

Certificación: Oswaldo Ocampo J., Secretario del Concejo Municipal del Cantón Olmedo, certifica que la presente Ordenanza de contribución especial de mejoras para obras de adoquinado de las vías urbanas de Olmedo, fue discutida y aprobada por el Concejo Municipal, en sesiones del 26 y 30 de marzo del año dos mil uno.- Olmedo, 30 de marzo de 2001.

f.) Oswaldo Ocampo J., Secretario General del Concejo Municipal de Olmedo.

Al tenor de lo dispuesto en el Art. 128 de la Ley de Régimen Municipal, estamos remitiendo al Sr. Alcalde, tres ejemplares de la Ordenanza de contribución especial de mejoras para obras de adoquinado de las vías urbanas de Olmedo, una vez cumplidos los requisitos de rigor para su aprobación.

f.) Ing. Jorge Ochoa R., Vicepresidente del Concejo Municipal.

f.) Oswaldo Ocampo J., Secretario del Concejo Municipal.

Razón: Una vez recibida la Ordenanza de contribución especial de mejoras para obras de adoquinado de las vías urbanas de Olmedo, tres ejemplares firmados y sellados por el Vicealcalde y Secretario. Al tenor del Art. 129 de la Ley de Régimen Municipal y en uso de las facultades que la ley me otorga dispongo sea sancionada y remitida para su promulgación.- Olmedo, 9 de abril del año 2001.

f.) Sr. Raúl Armijos Barrera, Alcalde del cantón Olmedo.

Secretaría del Concejo Municipal de Olmedo.- Certifica: Que la Ordenanza para la aplicación y cobro de la contribución especial de mejoras por adoquinamiento de las vías urbanas de la ciudad de Olmedo, desde su aprobación por el Concejo, el 30 de marzo de 2001 y sancionado por el Sr. Alcalde, el 9 de abril del año 2001, hasta la presente fecha no ha sido publicada en el Registro Oficial.

Lo certifico.- Olmedo, 25 de febrero de 2003.- f.) Oswaldo Ocampo Japón, Secretario del Concejo Municipal del Cantón Olmedo.