

REGISTRO OFICIAL

Organo del Gobierno del Ecuador



Suplemento del Registro Oficial

Año I- Quito, Lunes 28 de Mayo del 2007 - Nº 92



Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República
Responsabilidad de la Dirección del Registro Oficial



REGISTRO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Año I -- Quito, Lunes 28 de Mayo del 2007 -- N° 92

DR. VICENTE NAPOLEON DAVILA GARCIA
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\$ 300** -- Impreso en Editora Nacional
1.700 ejemplares -- **40 páginas** -- **Valor US\$ 1.25**

S U P L E M E N T O

SUMARIO:

	Págs.		Págs.
RESOLUCIONES:		FUNCION JUDICIAL	
ACUERDO DE CARTAGENA:		CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
		TERCERA SALA DE LO	
984 Investigación iniciada mediante Resolución 892, al amparo de la Decisión 285, relativa a la solicitud de la Confederación Nacional de Palmicultores y empresas de Palma Aceitera del Perú, y de las empresas Industrial del Espino S. A., Industrial Alpamayo S. A., Alicorp S. A. y Ucisa S. A. para la "...aplicación de medidas para corregir perjuicios causados por prácticas restrictivas a la libre competencia"	2	CIVIL Y MERCANTIL:	
		Recursos de casación en los juicios seguidos por las siguientes personas:	
985 Autorizar la prórroga para la aplicación de franquicias arancelarias a la importación de mercancías destinadas a varios municipios de Colombia, al amparo de la Decisión 282 .	17	265-2006 Rosa Argentina Suárez Reyes en contra de los herederos de Jaime Alfonso Espinoza Sánchez	20
986 Calificación como una restricción al comercio por parte del Gobierno de Ecuador la no autorización de descargas de atún originario de los Países Miembros de la Comunidad Andina	18	266-2006 José Miguel Luzuriaga Rosales en contra de Ana Luisa Pusda Bastidas y otros	22
987 Calendario de días hábiles de la Secretaría General para el año 2006	20	267-2006 René Eduardo Arboleda Barba y otros en contra de Nelly Susana Ayala Barba y otros	22
		268-2006 Néstor Holguer Zurita Pérez y otra en contra de María Ushca y otros	25
		269-2006 Iván Iglesias Castillo en calidad de inter-ventor titular de la EERSSA en contra de la Empresa Eléctrica Regional del Sur S. A.	27
		270-2006 Banco del Austro S. A. en contra de Agus-to Villegas Mejía y otros	30

	Págs.
271-2006 Juan Carlos Roldán Ortiz en contra de Jhadira de los Angeles Aguilar León	34
272-2006 Gladys Eulalia Neto Espinoza en contra de Nicolás Andrés Tobar Morales	35
273-2006 Kengar S. A. en contra de Filanbanco S. A. y otras	36
274-2006 Banco del Austro S. A. en contra de la Compañía Industrial AGROINSA S. A. ...	37
275-2006 Elvia Argentina Rivas Molina de Macías en contra de Jacinta Adela Alcívar Loor ..	38
276-2006 Enma María Magdalena Ocampo en contra de Luis David Ocampo Jiménez	39

RESOLUCION 984

Investigación iniciada mediante Resolución 892, al amparo de la Decisión 285, relativa a la solicitud de la Confederación Nacional de Palmicultores y Empresas de Palma Aceitera del Perú, y de las empresas Industrial del Espino S. A., Industrial Alpamayo S. A., Alicorp S. A. y Ucisa S. A. para la "...aplicación de medidas para corregir perjuicios causados por prácticas restrictivas a la libre competencia"

LA SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: Los artículos 93 y 94 del Acuerdo de Cartagena, la Decisión 285 de la Comisión y el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina contenido en la Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, y las resoluciones 844, 892 y 910 de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y,

CONSIDERANDO: Que la Secretaría General recibió, el 13 de octubre de 2004, la comunicación de fecha 7 del mismo mes y año, de la Confederación Nacional de Palmicultores y Empresas de Palma Aceitera del Perú (en adelante, Conapal) y de las empresas Industrias del Espino S. A. (en adelante, Industrias del Espino), Industrial Alpamayo S. A. (en adelante, Alpamayo), ALICORP S.A.A. (en adelante, Alicorp) y Ucisa S. A. (en adelante, Ucisa) mediante la cual, al amparo de lo dispuesto en la Decisión 285, solicitaban la aplicación de medidas para corregir los perjuicios causados, entre otros, a la cadena oleaginosa peruana, por las prácticas restrictivas de la competencia en que vendrían incurriendo los palmicultores colombianos a través del Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, Aceite de Palma y sus Fracciones (en adelante, el Fondo), al fijar concertadamente el precio del aceite crudo de palma/palmaste colombiano para el mercado interno como para la exportación y, consecuentemente, fijar indirectamente el precio de los productos elaborados a base de dicho insumo destinados a la exportación;

Que asimismo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 17 de la Decisión 285, los peticionarios solicitaban a la Secretaría General, la inmediata disposición de una recomendación tendiente a hacer cesar las prácticas restrictivas de la libre competencia en el mercado andino ocasionadas por la existencia del Fondo;

Que según lo dispuesto en el artículo 6 de la Decisión 285, la Secretaría General procedió a comunicar la recepción de la solicitud a los gobiernos de Perú y Colombia mediante facsímil Nro. SG-X/2.17.28/1077/2004 del 15 de octubre de 2004;

Que en aplicación a lo dispuesto por el artículo 7 de la Decisión 285, mediante comunicación SG-F/2.16.20/1655/2004 del 15 de octubre de 2004, la Secretaría General informó a los solicitantes que consideraba su solicitud incompleta y les requirió información adicional relativa a lo establecido en el artículo 6 de la referida Decisión. El 3 de diciembre de 2004, la Secretaría General recibió la respuesta de los solicitantes y, el 14 de enero de 2005, emitió la Resolución 892. En el artículo 1 de dicha resolución se resuelve, entre otros:

"Iniciar la investigación solicitada por las empresas peruanas Industrial Alpamayo S.A., ALICORP S.A.A., Ucisa S.A. e Industrias del Espino S.A. de Perú, para la aplicación de medidas para corregir distorsiones en la competencia ocasionadas por la supuesta fijación de los precios de venta de los aceites crudos de palma y palmiste en Colombia, mediante la utilización de los mecanismos del Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, Aceite de Palma y sus Fracciones, por causar un supuesto perjuicio a la producción peruana de aceites crudos de palma y palmiste, y manteca comestible, a través de las importaciones provenientes de Colombia, de aceites crudos de palma y palmiste (subpartidas NANDINA 1511.10.00 y 1513.21.00), y manteca vegetal comestible (subpartidas NANDINA 1516.20.00, 1511.90.00, 1517.90.00, 1515.90.00, 1518.00.90 u otros similares). (...)";

Que la referida resolución estableció también que el período objeto de investigación para la determinación de la supuesta práctica restrictiva de la libre competencia era de enero de 2001 a la fecha de entrada de vigencia de la resolución (enero de 2005); y, que el plazo para la realización de la investigación era de los dos meses de que dispone el artículo 11 de la Decisión 285 contados a partir del día siguiente de la publicación de dicha resolución en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, prorrogados en dos meses adicionales;

Que la Resolución 982 fue publicada a través de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1159 del 18 de enero de 2005. Adicionalmente a la referida resolución, en aplicación de lo dispuesto por los artículos 17 de la Decisión 425 y 7 de la Decisión 285, se notificó a los Países Miembros, a los particulares cuyo domicilio era conocido y a las empresas solicitantes, mediante las comunicaciones Nos. SG-X/0/025/2005, SG-F/2.17.28/27/2005, SG-F/2.17.28/42/ 2005 y SG-F/2.17.28/43/2005, de fechas 14 de enero y 17 de enero de 2005;

Que las dos reconsideraciones planteadas contra la citada resolución por el representante legal de la Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite de Colombia

(en adelante, Fedepalma), y por la Segunda Sub Gerente de la Empresa CI Grasas y Aceites Andinos S. A. EMA. CI Grandinos S. A. EMA (en adelante, Grandinos) y por el Gerente de la empresa Grasas y Aceites Vegetales S. A. Acegrasas S. A. (en adelante, Acegrasas), respectivamente, fueron desestimadas y confirmada la Resolución 892 en todas sus partes, por la Resolución 910 de fecha 12 de abril de 2005;

Que la referida resolución fue publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1186 del 14 de abril de 2005 y notificada a los Países Miembros y a los particulares que habían fijado domicilio, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 17 de la Decisión 425, mediante las comunicaciones Nos. SG-X/0/0416/2005, SG-F/0/0548/2005, SG-F/0/0550/2005, SG-F/0/0551/2005, SG-F/0/0552/2005 y SG-F/2.17.28/430/2005 de fechas 13, 14, 15 y 20 de abril de 2005, respectivamente;

Que en el marco de la investigación iniciada mediante Resolución 892, la Secretaría General solicitó información a entidades gubernamentales, tales como, la Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria del Perú (en adelante, SUNAT) y a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia (en adelante, DIAN); y a las empresas y entidades apersonadas al proceso: las empresas solicitantes, Fedepalma, Federación Colombiana de Fabricantes de Grasas y Aceites Comestibles de Colombia (en adelante, Fecolgrasas) y empresas colombianas Acegrasas y Grandinos. A solicitud de parte, la Secretaría General otorgó una prórroga para la presentación de los cuestionarios a las empresas solicitantes, Acegrasas y Grandinos, así como, a Fedepalma y Fecolgrasas; y, recibió información de las empresas solicitantes, Grandinos y Acegrasas; de Fedepalma y del Fondo; así como de la SUNAT. A solicitud de parte, la Secretaría General otorgó tratamiento confidencial a parte de la información presentada por los mismos;

Que es de notar que, antes de iniciar la investigación y en el curso de la misma, la Secretaría General solicitó reiteradamente a Fedepalma, en su calidad de administradora del Fondo, remitir la relación de las empresas colombianas palmicultoras y extractoras de aceite relacionadas al Fondo, así como sus direcciones. Fedepalma remitió dicha información como documento confidencial en el marco de su respuesta al Cuestionario que le remitiera la Secretaría General, casi al finalizar el período probatorio;

Que la Secretaría General colocó el expediente a disposición de las partes en la sede de la Secretaría General. A partir del 22 de abril de 2005, se colocó el expediente a disposición de las partes vía Internet, en espacio seguro, utilizando el mecanismo de "Expedientes Virtuales";

Que dos funcionarios de la Secretaría General realizaron una visita a Fedepalma, entrevistando, entre otros, al Presidente de dicha institución, así como al Director del Fondo, para verificar la operatividad del mecanismo de cesiones/ compensaciones implementado por el mismo;

Que con base en lo dispuesto en la Resolución 892, el día 3 de mayo de 2005, se realizó la audiencia pública con la participación de representantes de las empresas solicitantes, Acegrasas y Grandinos; de Fedepalma; y, de los gobiernos de Colombia y Perú. Hizo uso de la palabra en representación de Conapal, el Gerente General de las

empresas Industrias del Espino y Palmas del Espino. Estuvo asimismo presente el Presidente del Comité de Oleaginosas de la Sociedad Nacional de Industrias (SNI) del Perú;

Que el 29 de marzo de 2005, la Comisión de la Comunidad Andina aprobó la Decisión 608 (Norma para proteger y promover la libre competencia en la Comunidad Andina) que sustituyó a la Decisión 285. La Secretaría General adecuó las sucesivas actuaciones procesales realizadas al amparo de la Decisión 285 a lo previsto por la Decisión 608. Dicha determinación fue notificada a las partes conocidas mediante comunicación No. SG-X/2.17.28/638/2005 del 30 de mayo de 2005;

Que los Países Miembros designaron a sus representantes titulares ante el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (CDC) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Decisión 608, constituyéndose el CDC el 12 de septiembre de 2005;

Que al amparo de lo dispuesto en los artículos 20 al 22 de la Decisión 608 y adecuando el procedimiento a la referida norma, mediante comunicaciones Nos. SG-X/2.17.28/1064/2005 y SG-F/2.17.28/1381/2005 de fechas 31 de agosto de 2005, la Secretaría General remitió el informe sobre los resultados de la investigación a las partes para recibir sus alegatos, así como a los miembros del CDC para recibir sus recomendaciones, respectivamente. Presentaron sus alegatos las empresas solicitantes, Grandinos, y Fedepalma. Por su parte, por convocatoria de la Secretaría General, el CDC se reunió el día 3 de octubre de 2005 para analizar el Informe presentado por la Secretaría General y los alegatos de las partes. El Acta de dicha reunión consta en el expediente;

Que mediante comunicación No. SG-X/2.17.28/1302/2005 de fecha 13 de octubre de 2005, la Secretaría General informó a las partes que, en uso de las facultades conferidas por el artículo 36 de la Decisión 425 y habiéndose constatado un vicio procesal subsanable relativo a la falta de notificación del Informe sobre los resultados de la investigación iniciada mediante Resolución 892 a uno de los apersonados al proceso, había determinado la reposición de la causa retrotrayéndola a la referida diligencia. A las partes que ya hubieran presentado sus alegatos se les manifestó que, salvo opinión en contrario por éstas, los alegatos presentados serían tomados en cuenta. Asimismo, la Secretaría General convocó nuevamente a reunión al CDC, para analizar los resultados de la investigación y los alegatos de las partes. En tal sentido, se efectuó una fonokonferencia el día 14 de noviembre. El informe de dicha reunión se adjuntó en el expediente. El Presidente del CDC hizo llegar su informe recominatorio el 24 de noviembre de 2005, y remitió el 28 de dicho mes y año, en forma extemporánea, copia de la posición del representante de Perú ante el CDC.

Norma Comunitaria

Que la solicitud fue presentada al amparo de la Decisión 285, en su calidad de norma comunitaria entonces vigente en materia de distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia;

Que al haber entrado en vigencia la Decisión 608 el 5 de abril de 2005, y en la medida que ésta no prevé el tratamiento que deba dar la Secretaría General a los procedimientos iniciados pero no concluidos bajo la

Decisión 285, la Secretaría General determinó adecuar la tramitación del procedimiento en lo adjetivo a lo dispuesto en la Decisión 608;

Que al respecto es pertinente considerar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en las conclusiones de la Interpretación Prejudicial 15-IP-2005, manifestó lo siguiente:

“La norma comunitaria de carácter sustancial no surte efectos retroactivos; por tanto, las situaciones jurídicas disciplinadas en ella se encuentran sometidas, a la norma vigente al tiempo de su constitución. La norma comunitaria de carácter procesal se aplicará, a partir de su entrada en vigencia, a los procedimientos por iniciarse o en curso.”;

Que en los artículos 12 y 13 de la Decisión 285 se establece que, para su pronunciamiento, la Secretaría General deberá considerar la existencia de pruebas positivas respecto a las prácticas restrictivas de la libre competencia; al perjuicio, y a la relación de causa a efecto entre las prácticas y el perjuicio. Las medidas establecidas mediante el artículo 16 de la referida Decisión posibilitan a la Secretaría General a pronunciarse por medio de una declaración de prohibición cuando determine que la existencia de la práctica restrictiva de la libre competencia genera un perjuicio. Asimismo, se establece que la Secretaría General puede determinar la aplicación de medidas tendientes a eliminar o atenuar las distorsiones que motivaron el reclamo, entre ellas, la autorización para que las empresas afectadas puedan aplicar aranceles preferenciales en relación con los compromisos arancelarios subregionales, para los casos de importaciones de los productos afectados por la práctica restrictiva de la libre competencia. Asimismo, según el artículo 17, cuando el perjuicio sea evidente, en el curso de la investigación, la Secretaría General podrá dirigir recomendaciones tendientes a hacer cesar la práctica;

Que según lo dispuesto en el artículo 22 de la Decisión 608, la Secretaría General deberá emitir una resolución motivada en base al mérito del expediente. En la motivación, la Secretaría General dará cuenta del Informe remitido por el Comité. En caso que la Secretaría General se aparte de las conclusiones y recomendaciones de dicho informe, deberá manifestar expresamente los motivos de la discrepancia. Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la Decisión 285, la resolución motivada deberá indicar las características de las medidas que se establezcan, los plazos de su adopción y vigencia y, cuando sea el caso, las condiciones que determinen la vigencia de las medidas.

Partes

Que sobre las partes, el artículo 1 de la Resolución 892 indica que las *empresas solicitantes* son:

- a) Industrial Alpamayo (1982), domiciliada en la ciudad de Lima, Perú, y dedicada a la elaboración de aceites y grasas comestibles a base de aceite de pescado, soya y palma que destina a nichos especiales del mercado;
- b) Ucisa (1963), domiciliada en el km 3 de la Carretera Piura-Sullana, Perú, y dedicada a la producción de aceite y manteca a base de aceites vegetales (entre ellos, el algodón) y de pescado cuyo mercado es la costa norte del Perú. Actualmente, la familia Irazola posee el 50 por ciento de las acciones; y,

- c) Alicorp (1952) e Industrias del Espino (1992), domiciliadas en la ciudad de Lima y departamento de San Martín, Perú, respectivamente. Entre sus inversionistas figuran, entre otros, el Grupo Romero/Familia Romero (43,02 por ciento) y las empresas Cargill y JP Morgan. Conforman el Grupo Romero 25 empresas, entre ellas, Alicorp, Industrias del Espino y su subsidiaria, Palmas del Espino S. A. (en adelante, Palmas del Espino). Las transacciones y relaciones entre empresas del Grupo Romero no son realizadas en los mismos términos que las transacciones efectuadas con empresas no relacionadas;

Alicorp dispone de 12 plantas productoras en Perú, de las cuales 3 están destinadas a la producción de aceite crudo y manteca vegetal comestible. La planta principal de Lima destina sus productos a todo el país. A su vez, Industrias del Espino tiene su actividad productiva integrada verticalmente proporcionándole Palmas del Espino la materia prima en la forma de racimos de fruto fresco de palma para su transformación en aceite crudo y elaboración de productos derivados. Su mercado es principalmente el oriente del Perú aunque posee clientes que consumen sus productos en la costa peruana. El Gerente General de ambas empresas es el Sr. Víctor Irazola;

Que Conapal se acreditó a efecto de presentar la solicitud conjuntamente con las empresas solicitantes arriba mencionadas. Sin embargo, según lo dispuesto en la Decisión 285 y que fuera recogido en la Resolución 892, al no ser Conapal una empresa ni haber presentado la constancia de su representación, no se le consideró habilitada a presentar una solicitud en el ámbito de la citada Decisión. En el curso del proceso no ha presentado información ni alegatos. El derecho de Conapal como parte interesada en el proceso fue reclamado y ejercido en la audiencia pública por el Sr. Víctor Irazola en su calidad de representante legal de la empresa Palmas del Espino y miembro de Conapal;

Que no se han identificado a otras empresas peruanas productoras de palma o de aceites crudos, o manteca vegetal;

Que sobre *las empresas denunciadas* por la supuesta práctica, el artículo 1 de la Resolución 892 implica a los usuarios del Fondo. El artículo 5 del Decreto 2354 (1996) del Gobierno de Colombia y los dispositivos y reglamentos que lo complementan o suplen establecen que los productores, vendedores o exportadores de aceite de palma/palmiste o sus fracciones serán objeto de cesiones / compensaciones /operaciones de cobertura, personas que para efectos de la presente investigación fueron identificadas como involucrados en la práctica;

Que entre las empresas que han gozado de los beneficios de la práctica, los solicitantes han indicado a las empresas colombianas productoras/ exportadoras al Perú de aceites crudos de palma y palmiste (subpartidas NANDINA 1511.10.00 y 1513.21.00) y de manteca vegetal comestible elaborada a base de los aceites anteriores (subpartidas NANDINA 1516.20.00 1511.90.00, 1517.90.00, 1515.90.00, 1518.00.90 u otros similares). En este último rubro, las empresas solicitantes identificadas fueron Acegrasas, en su calidad de productora de manteca, y Grandinos, en su calidad de exportadora. Ambas empresas adquieren aceite de palma/palmiste crudo que utilizan como

insumo para los productos que producen/comercializan. Las empresas Acegrasas y Grandinos participan en una alianza estratégica denominada Alianza Team, manteniendo cada empresa su independencia jurídica;

Que no se han apersonado al proceso otros productores/exportadores colombianos de aceite de palma/palmiste, o manteca vegetal comestible diferentes de Acegrasas y Grandinos;

Que *otros apersonados* al proceso son Fedepalma, en su calidad de representante del sector palmicultor en Colombia y administrador del Fondo en los últimos 10 años por contrato suscrito con el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de Colombia; Conapal, en su calidad de representante de los palmicultores y empresas de palma aceitera del Perú; el Comité de Oleaginosas de la Sociedad Nacional de Industrias del Perú a través de la presencia de su Presidente en diferentes instancias del procedimiento; y, Fecolgrasas, en su calidad de entidad asociativa gremial de los productores de manteca y grasas de Colombia. Cabe mencionar que, mediante comunicación que recibiera la Secretaría General el 12 de octubre de 2005, Fecolgrasas informó que sus asociados habían convenido en su disolución y liquidación y que, en el caso de Acegrasas y Grandinos, sus asuntos serían manejados por la Alianza Team.

Mercados relevantes

- Productos objeto de la práctica

Que la Resolución 892 establece que los productos objeto de la práctica son los aceites crudos de palma y palmiste (subpartidas NANDINA 1511.10.00 y 1513.21.00);

Que el aceite crudo de palma es obtenido del mesocarpio carnoso de la fruta de palma (*Elaeis Guineensis*). El procesamiento de los frutos de la palma de aceite se lleva a cabo en la planta de beneficio o planta extractora y consiste en esterilizar los frutos, desgranar los racimos, macerar los frutos, extraer el aceite de la pulpa, clarificarlo y recuperar las almendras del bagazo resultante. Al fraccionar el aceite de palma se obtienen otros dos productos: la oleína y la estearina. El aceite de palma contiene una relación 1:1 entre ácidos grasos saturados e insaturados. Es fuente de antioxidantes naturales como los tocoferoles, tocotrienoles y carotenos. Tiene una alta concentración de grasa monoinsaturada en forma de ácido oleico. Es microbiológicamente estable. Actualmente, el aceite de palma es el segundo aceite vegetal más consumido en el mundo. Se emplea como aceite de cocina y para elaborar productos de panadería, pastelería, confitería, heladería, sopas instantáneas, salsas, diversos platos congelados y deshidratados, cremas no lácteas para mezclar con el café. El contenido de sólidos grasos del aceite de palma le da a algunos productos, como las margarinas y los shortenings, una consistencia sólida/semisólida sin necesidad de hidrogenación. Asimismo, el aceite de palma es una materia prima que se utiliza ampliamente en jabones y detergentes, en la elaboración de grasas lubricantes y secadores metálicos, destinados a la producción de cosméticos, pintura, barnices y tintas, etc.;

Que de la almendra de la palma (palmiste) se obtienen dos productos: el aceite de palmiste utilizado para similares usos que el aceite de palma; y, la torta de palmiste que sirve para alimentos concentrados de animales. El aceite es asimismo microbiológicamente estable;

Que los aceites de palma/palmiste son commodities y, como tales, son ofertados en el mercado internacional. Están sujetos a premios y descuentos en función a su calidad. Según Fedepalma, la calidad del aceite colombiano es reconocida a nivel mundial. Los mercados internacionales de referencia mundial son Róterdam y Malasia;

Que los 17 aceites que reportan precios a nivel mundial tienen reconocido un cierto grado de sustitutibilidad o complementariedad entre sí, no obstante por su composición en términos de ácidos grasos, existe una mayor sustitutibilidad y complementariedad entre algunos de ellos. De acuerdo a sus características propias, también tienen usos diferenciados. En América, se comercializa principalmente los aceites de palma, palmiste, soya, coco, girasol, pescado y sebo. Entre ellos, el aceite de palma es rico en ácido graso palmítico y oleico. La oleína de palma es un sustituto del aceite de soya y de girasol; y, la estearina, es sustituto del sebo de bovino. En el Perú, se utiliza asimismo al aceite de algodón como sustituto de los aceites de palma y soya. Los precios de la soya están dados por su mercado más representativo en América del Sur, Argentina. Por su parte, el aceite de palmiste tiene un alto contenido de ácidos grasos lauricos siendo un buen sustituto del aceite de coco - sus precios internacionales son muy similares;

- Producto afectado por la práctica

Que en el marco de lo dispuesto en la Decisión 285 los solicitantes han identificado como producto afectado por la práctica a la manteca comestible en Perú (subpartidas NANDINA 1511.90.00, 1515.90.00, 1516.20.00, 1517.90.00 y 1518.00.90) siendo que, según lo manifestado por ellos, el valor de la compensación por los aceites de palma/palmiste contenidos en la manteca vegetal comestible exportada al Perú distorsiona la competencia en el mercado peruano de la manteca comestible;

Que el nombre comercial de la manteca vegetal comestible es manteca tropical; su nombre técnico, manteca vegetal; y, su tipo es conocido como manteca. La manteca vegetal comestible es generalmente sólida a temperatura ambiente. La elaboración de la manteca vegetal comestible requiere de la refinación de los aceites crudos para reducir la concentración de impurezas y asegurar productos finales dentro de los estándares requeridos de calidad en lo relativo al aspecto, aroma, sabor y estabilidad del producto, y mantener los antioxidantes naturales. Se utiliza aproximadamente 1,05 toneladas de aceites crudos por tonelada de manteca. El proceso de refinación comprende los procesos de neutralización, blanqueo y desodorización. Adicionalmente, los aceites que no son de palma requieren pasar por el proceso de hidrogenación para, entre otros, modificar la consistencia de los aceites convirtiéndolos en grasa sólida de plasticidad adecuada que permita su utilización en mantecas y margarinas. Posteriormente, el producto intermedio puede ser fraccionado; y, se finaliza el proceso productivo con la producción de las mantecas según la formulación requerida para el uso que se le desea dar, mediante el enfriamiento y raspado que permiten conseguir el grado de textura y consistencia característico de cada tipo de producto. La manteca vegetal comestible aporta suavidad, sabor y duración a los productos alimenticios manufacturados con harinas y otros ingredientes;

Que de la información que obra en el expediente, se conoce que cualquier grasa vegetal, animal o de pescado al ser hidrogenada y tratada puede cumplir con las características particulares de cualquier manteca vegetal. El consumidor peruano, salvo el usuario de manteca especializada o Premium, no diferencia las mantecas según el tipo de materia prima utilizada pudiendo ésta ser vegetal o de pescado siempre que cumpla con los requerimientos de refinación física. Ello explicaría que en el Perú, las etiquetas de las mantecas no necesariamente señalen el tipo de los aceites con los cuales se elaboran sino que únicamente se limiten a señalar “grasas comestibles”, o “aceites vegetales hidrogenados”, según el caso. Asimismo, los representantes de las empresas peruanas han señalado que la manteca se prepara con base en aquellos aceites crudos que, en la fecha de adquisición de la materia prima, estén disponibles a un menor costo a nivel local o internacional. Se considera para ello, el costo de producción requerido para cada tipo de aceite bruto en particular siendo, por ejemplo, que la fabricación de la manteca con base en aceite de palma tiene un costo de producción menor, de entre US \$ 90 y US \$ 140 tonelada, dependiendo de la estructura productiva de cada empresa. Ello es debido a que para producir manteca, el aceite de soya crudo debe convertirse de su estado líquido al sólido, cuando el estado natural del aceite de palma/palmiste crudo es este último;

Que el uso principal de la manteca importada de Colombia y sus similares o productos directamente competidores es ser insumo para la fabricación de productos de panadería y pastelería, encontrándose que el producto peruano es sustituto y directamente competidor con el producto importado de Colombia y aquel proveniente de terceros mercados. No se considera similar ni directamente competidora a la manteca vegetal comestible destinada a la fabricación de heladería, tipo chantilly o sustituta de la manteca de cacao, por poseer características y usos diferenciados;

- Comercio entre Colombia y Perú

Que se dispuso de información relativa a las exportaciones colombianas al Perú y a las importaciones peruanas provenientes de Colombia, de aceite de palma/palmiste y manteca comestible proporcionada por las empresas solicitantes, Grandinos y la SUNAT, para el período de enero de 2004 a diciembre de 2004;

Que con base en la información disponible, se verificó que las importaciones peruanas de aceites crudos provenientes de Colombia se realizaron bajo las subpartidas NANDINA 1511.10.00 (aceite de palma crudo) y 1513.21.10 (aceite de palmiste crudo). De los productos incluidos en dichas subpartidas, se eliminaron las importaciones de muestras, así como aquellas de aceites y otros productos que no eran similares a los aceites crudos de palma/palmiste como los aceites destinados a la cosmetología, minería, grifería, sector de automóviles, etc., lo que se determinó considerando la descripción del producto y analizando el giro de los negocios del importador o exportador;

Que con base en la información disponible, se constató la existencia de exportaciones colombianas al Perú de manteca vegetal comestible elaborada a base de aceite de palma/palmiste, y de importaciones peruanas provenientes de Colombia de dicho producto, realizadas bajo las partidas NANDINA 1511.90.00, 1516.20.00 y 1517.90.00. Asimismo, se verificó que se registraron importaciones al

Perú provenientes de Chile, Ecuador, Brasil, Francia, Malasia, Países Bajos y Estados Unidos, algunas de las cuales fueron realizadas bajo la subpartida NANDINA 1515.90.00. De los productos incluidos en las referidas subpartidas, se eliminaron las importaciones de muestras, así como aquellos productos que no corresponden con la manteca bajo investigación por estar destinada a otros usos. Dicha depuración se realizó considerando la descripción del producto, así como el giro de los negocios del importador y exportador;

Que de la información así depurada, se observó que las importaciones de aceite de palma se iniciaron en septiembre de 2002, en forma continua, y aquellas de aceite de palmiste, en octubre de dicho año, en forma esporádica. En total representaron en dicho año el 6 por ciento de las importaciones peruanas de aceites crudos de palma/palmiste y soya, y el 9 por ciento en el año 2004. Por su parte, se realizaron importaciones continuas de manteca en montos relativamente constantes, a partir de 2002, representando el 11 por ciento de las importaciones peruanas de manteca vegetal comestible en dicho año y el 58 por ciento en el 2004;

Que son importadores peruanos de aceite de palma crudo de Colombia, las cuatro empresas solicitantes (94,30 por ciento de las importaciones peruanas de Colombia, del período 2001 a 2004), así como las empresas Foodcorp, Cargill (0,28 por ciento) y el Consorcio Industrial de Arequipa S. A.; y, del aceite de palmiste crudo, las empresas Alicorp (64,08 por ciento), Cargill (24,53 por ciento) y el Consorcio Industrial de Arequipa S. A. Cabe anotar que algunas de las empresas solicitantes, entre otras, han reportado adquisiciones de aceite de palma/palmiste colombiano a la filial peruana de la empresa Cargill. Dichas importaciones fueron consignadas por parte de la SUNAT a nombre de la empresa importadora, por lo que correspondería agregar dichas compras a la participación establecida para los solicitantes. Por su parte, los proveedores colombianos del aceite de palma han sido las empresas Cargill (67,25 por ciento), C.I. Acepalma, Pasternak Baum & Co. Y Thin Oil Products; y, del aceite de palmiste, la empresa Cargill (100 por ciento);

Que los principales importadores de manteca vegetal comestible, proveniente de Colombia, son empresas diferentes de las solicitantes, como: Interloom, Levapan, Molinería Inca, Contratistas Generales Métricos S.A., Vegetalia S.A.C., Kraft Foods Perú S.A., Molitalia, Proteínas Peruanas para la Industria S.A.C., Panificadora Bimbo, Nestlé Perú S. A., y Latino Ingredientes S.A.C, algunos de ellos, usuarios directos de la manteca como insumo para su proceso productivo. Los proveedores colombianos de la manteca vegetal comestible fueron las empresas Grandinos (73 por ciento), C.I. Famar e Incauca;

Que se ha verificado la existencia de comercio intrasubregional de aceites crudos vegetales como de manteca producido con dichos aceites. Asimismo, se ha constatado la importación de dichos productos provenientes de terceros países;

Que con sus socios andinos, Perú ha liberado el comercio de los aceites vegetales crudos y de la manteca vegetal comestible. Sin embargo, aplica una salvaguardia desde el 12 de septiembre de 2003, que en principio fue del 12 por ciento y que fuera modificado en julio de 2005 por Resolución Ministerial 226-2005-MINCETUR/DM del

Ministerio de Industria y Turismo y la Circular 021-2005/SUNAT/A del Servicio Nacional Tributario, al 29% sobre el valor CIF para las importaciones de los productos de la cadena oleaginosa clasificados en las subpartidas NANDINA 1511.90.00, 1516.20.00 y 1517.900.00 procedentes de Colombia y Venezuela. Con terceros países, el arancel del Perú es del 12 por ciento para los productos de la palma/palmiste, y del 4% para los productos de la soya;

- Demanda nacional aparente del Perú

Que la demanda nacional peruana de aceite crudo se incrementó entre los años 2001 y 2004, de 185 mil toneladas a 257 mil toneladas; en tanto que la demanda nacional peruana de manteca comestible decreció de 56 mil toneladas a 54 mil toneladas, en el mismo período. Para determinar las ventas internas de aceite crudo de palma/palmiste en el Perú, se ha considerado las ventas directas de dichos productos así como la utilización de los mismos en la fabricación de manteca en los casos de integración vertical de las empresas productoras peruanas;

Que la participación de la producción en la demanda nacional aparente del aceite crudo ha sido: en los años 2001-2003, del 5-6 por ciento; y, en el año 2004, del 9 por ciento; en tanto que las importaciones peruanas de aceites crudos vegetales se han incrementado en el curso del período objeto de investigación, motivado en gran parte por el cambio en la oferta de productos derivados de los aceites del Perú, que pasaron de utilizar aceites de pescado a aceites vegetales. La participación de las importaciones procedentes de Colombia en la demanda nacional de Perú ha sido: en el 2001: 0%, en el período 2002-2003: 6%; y en el 2004: 8%. La mayor competencia que enfrentan dichos aceites es la importación de aceites de soya (94%, 88%, 61% y 83% del total de la demanda nacional aparente). Cabe anotar que, dados los precios internacionales, las importaciones peruanas de aceite de soya, éstas han sido desplazadas parcialmente por las importaciones de aceite de palma/palmiste crudos a partir del año 2002.

Que en el caso de la manteca comestible, la participación de las ventas internas representaron el 96 por ciento en el año 2001; el 87 por ciento en el año 2002; y, el 93-94 por ciento, en los años 2003-2004, siendo la participación de las importaciones procedentes de Colombia en la demanda nacional de Perú de: 2001: 0,5%; 2002: 9%; 2003: 5% y 2004: 3%. Este cambio podría explicarse también por el desplazamiento masivo en la oferta de productos oleaginosos a base de aceite de pescado a aquellos elaborados a base de aceites vegetales, ante la escasez del primero. Las importaciones de manteca vegetal de Colombia habrían caído como consecuencia del establecimiento de medidas de salvaguardia por parte de Perú a las importaciones de Colombia y Venezuela;

- Mercados relevantes identificados

Que visto lo anterior, se determinó que el mercado relevante del producto objeto de la práctica sujeto a la presente investigación, es el aceite crudo comestible en el territorio peruano;

Que visto lo anterior, se determinó adicionalmente que el mercado del producto afectado por la práctica, objeto de denuncia por parte de los solicitantes, es el de la manteca comestible en el territorio peruano;

Fondo de Estabilización de los Precios del Palmiste, del Aceite de Palma y sus Fracciones (Fondo)

Que el Decreto 2354 (1996), modificado por el Decreto 130 (1998), ratifica lo establecido en términos generales por el Capítulo VI de la Ley 101 de 1933 (Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero) de Colombia, en el sentido de que el Fondo funciona como cuenta especial, sin personería jurídica, incorporada al Fondo de Fomento Palmero (creado por Ley 138 de 1994), responsable del manejo de los recursos del programa de estabilización de precios del sector palmicultor. Su objetivo es promover el acceso de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, a mecanismos de comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial con el fin de mejorar su ingreso y calidad de vida;

Que asimismo dispone que la dirección del Fondo será ejercida por un Comité Directivo integrado por los ministros de Agricultura y Desarrollo Rural, y de Comercio Exterior, o sus respectivos delegados, y representantes de los cultivadores de palma de aceite (uno por cada zona palmera del país), elegidos por el Congreso Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite (integrado por aproximadamente 2 243 palmicultores). La administración del Fondo es ejercida por Fedepalma (que administra también el Fondo de Fomento Palmero) por contrato suscrito con el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. El apoyo técnico lo brinda una Secretaría Técnica. Por su parte, el Congreso Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite se ha reunido periódicamente, por convocatoria del Comité Directivo del Fondo, para la elección de los dirigentes y tratar temas generales respecto de la promoción de la palma en Colombia. Según los dirigentes de Fedepalma y como constan en las actas presentadas, los precios de los aceites de palma/palmiste no son tratados en dichas reuniones;

Que según el Decreto 2354, son funciones del Comité Directivo del Fondo, entre otras, el calcular el precio de referencia o la franja de precios de referencia de los productos que se someterán a operaciones de estabilización. Los productos objeto de operaciones de estabilización por el Fondo son el aceite crudo de palma y el aceite crudo de palmiste. Los mecanismos de estabilización se realizan con los recursos provenientes de las contribuciones o cesiones que realizan los productores/vendedores/exportadores de productos con precio superior al de referencia, estimado éste para compensar a los agentes económicos cuando el precio del mercado de destino de su producto fuese inferior al precio de referencia estimado. El uso que deban darle los beneficiarios a la compensación percibida no está fijado por ley ni reglamentado por el Fondo;

Que los acuerdos 131 y 132 (agosto 2004) del Comité Directivo del Fondo establecen la metodología para el cálculo del indicador del precio para el mercado interno de Colombia del aceite crudo de palma. Dicho indicador considera el precio de una canasta que incluye el precio del aceite crudo de soya como la oleína y estearina de palma RBD de Malasia y el sebo blanqueado americano. El indicador del precio para el mercado interno de Colombia del palmiste considera los costos de importación del producto de Malasia, Indonesia o Ecuador, o el aceite crudo de coco de Filipinas. La determinación del precio considera los precios de los productos en su origen, más los fletes y seguros a puerto colombiano, los aranceles (Sistema Andino de Franjas de Precios -SAFP- vigente para el mes que se

realiza el cálculo) y los gastos portuarios, es decir, corresponde a un precio de referencia para el producto nacionalizado. El Acuerdo 142 (2004) del Comité Directivo del Fondo establece que el indicador del mercado interno del aceite de palma crudo calculado de conformidad con la metodología establecida en los Acuerdos 131 y 132 debe considerar un factor de ajuste (IPMc) cuya metodología de cálculo también se determina en estos Acuerdos. Ello, tiene como efecto compensar los descuentos de promoción de consumo otorgados por los palmicultores y equiparar las condiciones del precio local con las vigentes en el mercado de Ecuador y evitar así distorsiones en las señales del Fondo a los palmicultores para la comercialización en los diferentes mercados, al igual que desequilibrios en las finanzas del Fondo;

Que el Acuerdo 025 del Comité Directivo del Fondo estipula en su Artículo 2 que son sujetos de cesiones, los productores, vendedores y exportadores de los aceites crudos de palma/ palmiste que realicen la primera venta en el mercado objeto de las operaciones de estabilización cuando de conformidad con la metodología aplicada haya lugar al pago de cesiones. En el caso de personas naturales o jurídicas que produzcan aceite crudo de palma/palmiste de origen nacional y los incorporen en otros procesos productivos por cuenta propia, dicha incorporación se entenderá como la primera venta;

Que en su calidad de Administrador del Fondo, Fedepalma notifica el último día hábil de cada mes, mediante resolución, el monto por kilogramo de las cesiones de estabilización que deben aportar los asociados que vendan en el mercado de mayor precio al Fondo, durante el mes inmediatamente siguiente. Según el Acuerdo 025, una vez realizada la venta, los palmicultores/extractores de aceite, vendedores o exportadores de aceites de palma/palmiste crudo deben reportar al Fondo el volumen de la misma y el mercado. Dicho reporte se realiza con base en un formulario pre establecido. No se exige que se reporten los valores de la venta ni los precios de venta realizados. El 5 por ciento de las cesiones se destinan a cubrir los gastos administrativos del Fondo, por lo que deben ser canceladas en efectivo al Fondo al finalizar el mes calendario. El 95 por ciento restante puede ser cancelado en un plazo de hasta 2 meses. En caso que los palmicultores o empresas extractoras de aceite de palma/palmiste crudo no entreguen el valor neto de las cesiones, éstas le son requeridas por el Departamento de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN);

Que, por su parte, las compensaciones son calculadas en forma diferenciada por país o grupo de éstos, estimando los precios del producto nacionalizado en el país de destino. En su calidad de Administrador del Fondo, Fedepalma notifica el último día hábil de cada mes, mediante resolución, el valor de la compensación por kilogramo de aceite crudo contenido en los productos exportados, derivados o procesados que los incorporen. Durante el período de investigación, las exportaciones colombianas de aceites de palma a Ecuador no han estado sujetas a compensación; ni las exportaciones destinadas a Venezuela, desde octubre de 2004. Los acuerdos 139 (diciembre 2004) y 141 (enero 2005) del Comité Directivo del Fondo ratifican que las exportaciones a Venezuela y Ecuador no recibirán compensación, en tanto que las compensaciones por las ventas colombianas de aceite de palma al Perú fueron fijadas en valores equivalentes al 30,8 por ciento y 37,9 por ciento, respectivamente, de la diferencia entre el indicador

de precios para el mercado de exportación y el indicador de precios de referencia del aceite de palma. Por su parte, a Bolivia se le ha asignado el equivalente al 41,7 por ciento y el 57,1 por ciento, respectivamente, de dicha diferencia;

Que en el caso del aceite de palmiste, los Acuerdos 139 y 141 establecen que las ventas a Venezuela, Perú, Bolivia y México no percibirán compensación. Las exportaciones a Ecuador no han estado sujetas a la misma;

Que con base en la información remitida por Fedepalma y las resoluciones del Comité Directivo de Fedepalma referentes al período de enero de 2001 a diciembre de 2004, los valores promedio ponderado anuales en dólares por tonelada, de las compensaciones por las ventas de aceite de palma al Perú, han sido de US \$ 89 tonelada, en 2002; US \$ 81, en 2003; y, US \$ 46 tonelada, en 2004. Dichos valores fueron para el caso del aceite crudo de palmiste: US \$ 116, US \$ 69 y US \$ 52, respectivamente;

Que según el Acuerdo 025 del Fondo, una vez realizada cada venta, los exportadores deben reportar al Fondo el volumen de la misma y el mercado. Dicho reporte se realiza con base en un formulario pre establecido y no se exige que se reporten los valores de la venta ni los precios de venta realizados. La compensación corresponde al volumen del aceite contenido en el producto, que en el caso de la manteca, podría estimarse en un factor de 1,05 unidades de aceite crudo por unidad de manteca. Las compensaciones son canceladas cuando existan los recursos disponibles en el Fondo, en estricto orden de presentación de los formularios y de los documentos sustentatorios de la exportación. Se constató durante la investigación que la demora sería de aproximadamente 6 meses. Debido al cambio en las disposiciones del Comité Directivo del Fondo, se permite la cancelación directa de las compensaciones con pagos pendientes por cesiones de un mismo palmicultor;

Que, de acuerdo con la información que reposa en el expediente, participan en el Fondo, de manera voluntaria, las empresas palmicultoras/extractoras de aceite, las cuales, merced a la suscripción de un contrato de adhesión, pagan contribuciones o reciben unas compensaciones.

Práctica objeto de investigación

Que sobre la naturaleza de la práctica, la Decisión 285 establece en su artículo 2 que las empresas pueden solicitar la autorización o mandato para la aplicación de medidas para corregir, entre otros, los perjuicios a la producción que se deriven de prácticas restrictivas de la libre competencia que se originen en la Subregión. Según el citado artículo, se entiende por origen en la Subregión, las prácticas realizadas en uno o más Países Miembros. Quedan excluidas del ámbito de la Decisión 285, las prácticas que lleven a cabo empresas situadas en un solo País Miembro que no tengan efectos en la Subregión, en cuyo caso se aplica la legislación nacional respectiva;

Que, por su parte, la Resolución 892 establece que la práctica a investigar es la fijación de los precios de venta de los aceites crudos de palma/palmiste mediante la utilización de los mecanismos del Fondo que causa un supuesto perjuicio a la producción peruana de aceites crudos de palma/palmiste y manteca comestible, a través de su exportación al Perú. Dicha práctica está contenida en el literal a) del artículo 4 de la Decisión 285. Al ámbito de lo dispuesto en el artículo 2 de la Decisión 285, la práctica denunciada estaría bajo el ámbito de la norma comunitaria

si la misma se origina en Colombia y afecta el precio de venta del aceite de palma/ palmiste y de la manteca en el mercado peruano. La Secretaría General ha constatado, con base en información proporcionada por Fedepalma y SUNAT, la existencia de comercio entre Colombia y Perú de los productos comprendidos en las subpartidas NANDINA 1511.10.00, 1513.21.10, 1511.90.00, 1516.20.00 y 1517.90.00;

Que al respecto la Secretaría General observa que la norma colombiana no establece la forma como debe utilizarse la compensación otorgada, limitándose ella a determinar la compensación al exportador por el menor precio existente en el mercado de exportación respecto del que prima en su mercado nacional;

Que Fedepalma ha presentado el argumento de que las rentas o recursos del Fondo son fruto de la creación legal en Colombia, por lo que los integrantes del sector palmicultor no pueden ni deben obrar en un ámbito de libertad o voluntariedad sino en un contexto de coacción;

Que tal afirmación no se condice con la información que reposa en el expediente, con base en la que la Secretaría General observa:

- Que éste es un mecanismo de adhesión voluntaria en virtud del cual los palmicultores pagan unas contribuciones o reciben unas compensaciones;
- Adicionalmente no se ha encontrado evidencia que demuestre que la ley obligue a los beneficiarios de las compensaciones a utilizar éstas en la fijación de los precios de los productos que ofrecen, en el caso en cuestión, en las exportaciones al Perú, de aceite crudo de palma/palmiste o manteca vegetal comestible;

Que a la luz de lo anterior, se ha observado la existencia de un concierto de voluntades de los palmicultores/extradores de aceite para participar en el Fondo, en tanto se suscribe un contrato entre el Fondo y cada uno de sus integrantes, incluidas las empresas palmicultoras/extradoras de aceite, por el cual se establece el compromiso de aportar cesiones o percibir compensaciones. En efecto, el simple hecho de que los palmicultores/extradores de aceite hayan suscritos contratos amparados por disposiciones legales¹ con el

¹ Según lo manifestado por el Dr. Javier Pascual y Vicente en su Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa:

"(...) Las partes en el acuerdo manifiestan su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado, siendo completamente irrelevante, a los efectos de quedar obligadas, tanto la forma en que se ha exteriorizado ese concierto de voluntades como en el hecho de que el acuerdo sea o no válido y obligatorio conforme al Derecho nacional. (...)"

"(...) se refiere a la aceptación no formal por parte de un sujeto, que puede ser una empresa, de las propuestas formuladas por otro sujeto o empresa. En esta situación existe entre ambos sujetos un consenso no formulado de manera expresa y, por tanto no exteriorizado, pero que puede ponerse de manifiesto posteriormente mediante las actuaciones de aquéllos. En la aceptación tácita hay una declaración de voluntad que emite el destinatario de una oferta dando su conformidad a la misma y dejando claro el sujeto aceptante su intención de quedar obligado por dicha aceptación. (...)"

Fondo para realizar cesiones o percibir compensaciones y, en el caso de las exportaciones al Perú, percibir las empresas exportadoras colombianas las compensaciones acordadas, denota la voluntariedad y bilateralidad que otorga, en primera instancia, un beneficio individual del receptor de las compensaciones del Fondo, aunque últimamente pudiere ser dicho beneficio también del sector en su conjunto;

Que en la actual coyuntura de precios internacionales, el Fondo puede aportar compensaciones a los exportadores debido a la percepción de las cesiones por ventas en su mercado interno. La práctica denunciada involucra el uso de las compensaciones por el exportador, por cuanto es éste el elemento que afecta al mercado peruano y se constituye en una práctica amparada en la Decisión 285 como originada en la Subregión. Por ello, la investigación se centró en el uso de la compensación percibida por el exportador por las ventas realizadas en el Perú;

Que de lo dispuesto por el artículo 3 de la Decisión 285,

"Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia."

Que uno de los elementos básicos inherentes a la libre competencia es la determinación de los precios por el libre juego de la oferta y la demanda, situación ésta conocida que permite operar bajo condiciones comerciales normales en términos de libre competencia. No puede sostenerse válidamente que la determinación de los precios por un acuerdo o práctica concertada, resultado de la intervención directa o indirecta de agentes económicos o de condiciones no normales en los mercados (por ejemplo, existencia de compensación), sea la conducta que la libre competencia propugna. Hay que tener en cuenta que:

"el precio de mercado es la relación cuantitativa a la que, en un momento y lugar determinados, dos agentes económicos intercambian cantidades definidas de dos bienes concretos, uno de ellos en dinero, bien de intercambio por antonomasia en una economía monetaria, y refleja siempre las particulares circunstancias del acto de intercambio, por lo que, en última instancia, lo determinan los juicios valorativos de los intervinientes". (Pascual y Vicente, julio. "Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa", Editorial Civitas. 2002. Página 327).

Que se considera como fijación de precios, la determinación de cualquier condición que participe en la determinación del precio. Ello incluye descuentos, márgenes, rebajas u otros elementos básicos que coadyuvan en el cálculo de los precios de los productos o servicios;

Que en el ámbito de la Decisión 285, se entiende por "términos discriminatorios con relación a los que hubieran prevalecido en operaciones comerciales normales", a cualquier variación registrada en los elementos que habitualmente y, con base en condiciones normales comunes a todos los participantes en el mercado, se consideran para la fijación de precios de un producto en un determinado mercado. No es habitual ni normal considerar elementos como ayudas, compensaciones o subsidios en la formación de los precios de oferta de un bien en el mercado;

Que es una práctica habitual que productores económicos cedan parte de sus recursos para fines gremiales y no constituye una práctica restrictiva al amparo de la Decisión 285, si dicha cesión no afecta el mercado subregional dentro de los causales a que se refieren los artículos 3 y 4 de la referida Decisión. En el presente caso, durante el período de investigación, las cesiones se sucedieron al registrarse ventas exclusivamente en el mercado de Colombia. El efecto en dicho mercado no es objeto de análisis en la presente investigación;

Que el efecto en el mercado subregional se sucede por el uso otorgado a la compensación cuando se verifica una exportación de aceite de palma/palmiste crudo directamente o contenido en la manteca vegetal. Es objeto de la presente investigación verificar si la compensación ha sido utilizada para fijar, directa o indirectamente, los precios de los aceites crudos de palma/palmiste y de la manteca exportados al Perú ocasionando una distorsión en o falseando la competencia en el mercado peruano, tal como ha sido denunciado. En tal sentido, la Resolución 892 acota la presente investigación, a las prácticas restrictivas con base en una supuesta fijación de los precios de venta de los aceites crudos de palma/palmiste utilizando los mecanismos del Fondo que tienen efectos en el mercado peruano del aceite crudo de palma/palmiste y de la manteca comestible;

Que con base en la información contenida en el expediente se ha observado, entre otros, lo siguiente:

- No se ha encontrado evidencia de que los palmicultores/ extractores de aceite/exportadores colombianos de aceite de palma/palmiste crudos hayan realizado un acuerdo² de precios para sus exportaciones al Perú;
- Las condiciones internacionales del mercado de los commodities, entre los que se encuentran los aceites vegetales, impiden presumir la existencia de un acuerdo³ entre los productores colombianos para restringir o impedir la oferta de aceite de palma/palmiste crudos en el Perú;
- No se ha encontrado evidencia de que el Fondo, mediante sus mecanismos normados, haya notificado, recomendado o impuesto a los palmicultores/ extractores de aceite/exportadores colombianos, precios de venta del aceite de palma/palmiste crudos al Perú; y, no se ha encontrado evidencia que demuestre que la ley obligue a los beneficiarios de las compensaciones a utilizar éstas en la fijación de los precios de los productos que ofrecen;
- No se ha encontrado evidencia de que los exportadores colombianos de aceite de palma/palmiste crudos hayan desarrollado una práctica consciente de precios paralelos, sino que los precios siguen la tendencia internacional de dichos productos, en especial los del mercado de Rotterdam;

² Se entiende el término 'acuerdo' en su sentido más estricto sin incluir, entre otros, las conductas paralelas y prácticas concertadas. Estas tres conductas se encuentran claramente diferenciadas en los artículos 3 y 4 de la Decisión 285.

³ Idem.

- Se evidencia que los exportadores colombianos de aceite de palma/palmiste crudos, han percibido un monto por concepto de compensación por kilogramo de aceite exportado al Perú, monto acordado mensualmente por el Comité Directivo del Fondo con base en una metodología y fuentes de información establecidas, y comunicado a todos los asociados por su administrador, en cumplimiento de los dispositivos legales correspondientes;
- Se evidencia que los exportadores colombianos establecen sus precios de venta del aceite de palma crudo al Perú y de la manteca tomando en cuenta el valor de las compensaciones que percibirán del Fondo, por lo que sus precios de venta son inferiores a los de sus competidores internacionales en dichos productos, y la diferencia entre ambos tiene un valor similar a las compensaciones recibidas. Ello permite considerar que el mecanismo de compensación del Fondo ha permitido a los exportadores ofrecer precios mas bajos por su producto en el mercado peruano y establecer condiciones de comercialización en términos ventajosos en relación a aquellas que hubieran prevalecido sin las compensaciones del Fondo;
- No se ha evidenciado una situación similar a la indicada en el párrafo anterior para el caso del aceite de palmiste crudo, por lo cual se considera que no se ha constatado la existencia de una práctica restrictiva en el caso de este producto. En tal sentido, la investigación concluye en esta etapa para este producto; y,
- Que, en el caso de la manteca, se evidencia una diferencia de precios entre el producto colombiano y otros que es superior al valor de la compensación (1,05 unidades de aceite crudo por unidad de manteca). Dicha mayor diferencia puede ser atribuida parcialmente al valor de la compensación y a la mayor eficiencia de las empresas colombianas productoras/ exportadoras de manteca. Es aquella porción de la diferencia de precios que podría estar explicada en el uso de la compensación, la que constituiría el objeto de la práctica restrictiva a la libre competencia, en tanto que afecta la competencia del mercado de manteca del Perú.

Perjuicio a la producción nacional de Perú

Que el artículo 13 de la Decisión 285 establece que la determinación de la existencia del perjuicio deberá basarse, entre otros, en el examen del volumen del comercio de los productos objeto de las prácticas, los precios de los productos o servicios objeto de las prácticas, y los efectos que resulten sobre la producción o exportaciones afectadas por las prácticas según se deduzcan de las tendencias reales o virtuales de los factores económicos pertinentes;

Que respecto del perjuicio ocasionado a la producción nacional de aceite crudo de palma del Perú, la única empresa extractora de aceite crudo que se ha apersonado al procedimiento es la Empresa Industrias del Espino. Dicha empresa ha manifestado un incremento en su producción y ventas de aceite de palma crudo, y se han realizado inversiones en su capacidad productiva durante el período objeto de investigación. Conapal no se apersonó a presentar información;

Que las importaciones de aceite de palma crudo han sido realizadas en un 90 por ciento por las empresas solicitantes, especialmente por Alicorp y su empresa relacionada

Industrias del Espino, empresa extractora de aceite y asociada a Palmas del Espino -productoras de palma y extractora de aceite, durante todos y cada uno de los años objeto de investigación. Dichas importaciones se han realizado a precios menores de los que hubieran prevalecido de haber sido fijados bajo condiciones normales de mercado. Sin embargo y a pesar de ello no se evidencia perjuicio ocasionado a los solicitantes por las importaciones peruanas de aceite de palma crudo provenientes de Colombia, por cuanto la producción peruana de aceite de palma es deficitaria y ha representado como máximo el 9 por ciento (2004) de la demanda nacional aparente del Perú;

Que en cuanto a la manteca vegetal, se observa que las importaciones se inician en el año 2001, como un nuevo producto que se introduce al mercado peruano, incrementándose significativamente su volumen en el año 2002, e iniciando una caída como consecuencia de medidas de defensa comercial impuestas por el Gobierno de Perú, en los años 2003 y 2004;

Que respecto de los valores de las importaciones a nivel FOB Colombia, CIF-Callao y estimados los valores del producto nacionalizado en Perú, se observó que se ha importado adicionalmente a Colombia, de países como Ecuador, Brasil y Malasia, siendo los precios del producto colombiano inferiores de manera significativa a los precios promedio de las otras mantecas vegetales comestibles importadas durante los años 2001 a 2004 (con excepción de los precios de aquellas provenientes de Ecuador en 2004) y a los del producto peruano (que es, a su vez, inferior a los precios de Ecuador, Brasil y Malasia);

Que se han considerado, a efecto de comparación, los precios del producto nacionalizado siendo que algunas de las importaciones son realizadas directamente por las empresas productoras que utilizan la manteca como insumo para su operación productiva. La comisión de los representantes de ventas de las empresas colombianas en el Perú se considera incluida en el precio de importación;

Que el producto peruano ha presentado un incremento constante en los precios entre los años 2001 y 2004, que totaliza un 41 por ciento, en tanto, el incremento del valor promedio nacionalizado de los productos provenientes de Ecuador, Brasil y Malasia ha sido del 43 por ciento. Dichos incrementos están en el rango de los precios esperados considerando el incremento de los precios de los aceites crudos de palma CIF-Rotterdam -53 por ciento- y una participación promedio del aceite crudo en la estructura de precios de la manteca (70 por ciento). El incremento del valor nacionalizado del producto colombiano ha sido del 68 por ciento, a pesar de lo cual se ha mantenido en un nivel inferior al precio del producto peruano en el año 2004, en US \$ 120 por tonelada;

Que de los indicadores de las empresas solicitantes se ha observado que la demanda nacional aparente ha decrecido entre los años 2001 y 2004, en 4 por ciento; la producción nacional, en 8 por ciento (4 por ciento por la caída en las exportaciones), y, las ventas de la producción peruana en el mercado interno, en 5 por ciento. La participación de Colombia en el total de las importaciones de manteca ha pasado del 11 por ciento en el año 2001 a 71-73 por ciento, en los años 2002-2003 y 56 por ciento, en el 2004; y, respecto de la demanda nacional aparente de manteca del

Perú, pasó del 0,5 por ciento al 3,5 por ciento entre 2001 y 2004, habiendo llegado a aproximadamente 9 por ciento en el 2002;

Que a nivel de empresa se apreció que es únicamente la empresa Alicorp la que presenta una significativa caída de sus ventas entre los años 2001 y 2004, en especial en los años 2002 y 2003 (cuando el volumen de las importaciones provenientes de Colombia -4 977 toneladas y 2 764 toneladas- han sido similares a los volúmenes en los que decayeron las ventas de la empresa Alicorp). El año 2004 es un año atípico por la imposición de la salvaguardia. La afectación de la empresa Alicorp se debería principalmente a que, por su ubicación geográfica en la ciudad de Lima y cartera de clientes (potenciales importadores directos), es la empresa más afectada por la competencia de las importaciones independientemente de su origen. Parte de sus ventas se han visto también desplazadas a favor de las otras tres empresas peruanas que han registrado en dicho período incrementos de entre 2 por ciento y 51 por ciento. Los precios de la empresa Alicorp, similares a los precios promedio de la industria peruana, se explicarían por la alta participación de esta empresa en el total de la producción nacional;

Que de lo anterior se concluye que, la práctica investigada ha afectado la producción de manteca comestible de la empresa Alicorp desplazando una parte no significativa de sus ventas a favor de las importaciones colombianas realizadas a menores precios.

Alegatos presentados por las partes en el curso de la investigación

Que los solicitantes han alegado que los exportadores colombianos obtienen aceites de palma/palmiste crudos a precios inferiores al que pueden acceder compradores de terceros países en Colombia. Dichos compradores deben pagar un sobreprecio equivalente al valor del flete más otros gastos de internación por el aceite crudo de palma. Según Fedepalma, no existe ninguna diferencia ni trato discriminatorio derivado del Fondo que le permita al productor colombiano adquirir la materia prima a un precio más bajo de aquel al cual se vende el mismo producto al fabricante peruano;

Que la Secretaría General no ha encontrado evidencia que respalde el alegato presentado por los solicitantes, más aún siendo que la empresa Alicorp es la principal importadora de aceite de palma de Colombia, y que los precios del aceite de palma crudo importado por el Perú son asimismo inferiores a los valores normales de mercado colombiano en montos similares a los de la compensación que ofrece el Fondo a los exportadores de aceite de palma;

Que las empresas colombianas productoras/ exportadoras de manteca al Perú han alegado que los solicitantes han obtenido aceite de palma/palmiste crudo a precios inferiores al que pueden acceder compradores colombianos que han destinado su producción a la exportación a Perú. La Secretaría General no ha encontrado evidencia que respalde dicho alegato;

Que con respecto a lo dispuesto por la Resolución 892 sobre la utilización de información y datos contenidos en el expediente que diera lugar a la Resolución 844, los solicitantes no han cumplido con identificar los números de

folios que contendrían los documentos y datos presentados y actuados dentro de la investigación que diera lugar a la referida Resolución 844, que aportarían pruebas para la presente investigación. Por ello, no han sido considerados para la presente determinación;

Que la empresa Grandinos alega que no se habría atendido su solicitud para que se oficie al INDECOPI (Perú) para que se disponga de copia del Estudio presentado por la Universidad del Pacífico (Perú) que consta en el expediente 002-2000-CDS y copia de las Resoluciones nro. 006-94-CDS-INDECOPI, 034-2000-CDS-INDECOPI, informe final 034-2000-CDS-INDECOPI y Resolución 040-2000-CDS-INDECOPI. Al respecto, la Secretaría General ha anexado dicha información al expediente;

Que la empresa Grandinos manifiesta que la Secretaría General se habría negado a su solicitud de producir prueba a través de las declaraciones de los representantes legales de las empresas solicitantes para que declarasen respecto de los hechos objeto de la investigación de acuerdo con las preguntas que se les formularían en las diligencias correspondientes;

Que, al respecto, la Secretaría General considera que, tomando en cuenta que Grandinos no presentó las referidas preguntas y no pidió participar en la diligencia solicitada, a efectos de atender la solicitud, el órgano comunitario hubiera tenido que sustituir a Grandinos haciendo preguntas sobre la investigación, pudiendo incurrir en error respecto de los puntos que se deseaba probar con la diligencia. En efecto, al haber sido la solicitud planteada en términos abstractos respecto del objeto de la investigación y además pretendiendo que sea la Secretaría General la que formule las preguntas no conocidas, ésta podría haber realizado preguntas inconducentes a los fines perseguidos por la solicitante. Es precisamente para evitar tal situación que, de acuerdo con los principios de derecho procesal, una solicitud de producción de prueba debe precisar los aspectos a ser probados de manera específica y no como en la solicitud en cuestión, que pretende que la autoridad recabe una declaración "... sobre los hechos objeto de esta investigación de acuerdo con las preguntas que se le formularán en la diligencia correspondiente.". Adicionalmente, se debe considerar que Grandinos, además de haber incurrido en las referidas omisiones, no manifestó cuál era el objeto de la prueba, aspecto esencial para determinar la conducencia y pertinencia de la misma. Es pertinente señalar, respecto a la exactitud que deben tener las peticiones de producción de elementos probatorios, que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en Sentencia de Proceso 43-AI-99, manifestó:

"[El] ofrecimiento de pruebas deberá expresar tanto los puntos de hecho que pretenden probarse, así como el medio que se considere apropiado para demostrarlos."

Que por lo expuesto, la Secretaría General consideró la solicitud improcedente y consecuentemente la diligencia no fue realizada;

Que con respecto a la solicitud de Fedepalma, para que, con el objeto de probar los hechos afirmados en su escrito presentado a la Secretaría General en fecha 28 de marzo de 2005, se acepten, decreten y practiquen pruebas documentales, testimoniales, visitas de verificación a las

empresas solicitantes y se oficie a palmicultores colombianos para que certifiquen los precios declarados por Fedepalma, la Secretaría General considera:

- En relación con la solicitud de que se valoren como prueba los documentos aportados por Grandinos y Acegrasas. Dichos documentos deben ser tenidos como prueba siendo que han sido presentados por dos de las partes interesadas;
- En relación con la solicitud de que se valoren como prueba las resoluciones del Fondo sobre las determinaciones de cesión y estabilización. Ellas han sido tomadas en cuenta en la investigación;
- Sobre la solicitud de que se obtenga el testimonio sobre la estructura y funcionamiento del Fondo de su Director. A la luz del principio de abreviación procesal contenido en el artículo 5 de la Decisión 425, dicha diligencia habría sido redundante en la medida en que la Secretaría General cuenta con los documentos oficiales sobre la estructura y funcionamiento del Fondo y realizó una visita a Fedepalma para verificar el funcionamiento del Fondo entrevistándose con el Presidente de Fedepalma y con el Secretario Técnico del Fondo; y,
- En cuanto a la solicitud de que se practiquen en las empresas solicitantes inspecciones con exhibición de documentos y soportes contables a objeto de probar que los productores peruanos obtienen el aceite crudo de palma a un precio inferior al que lo obtienen los exportadores colombianos. Los precios de importación al Perú de aceites de palma/palmiste de Colombia fueron obtenidos empleando como fuente principal los datos oficiales de importación recabados de la SUNAT.

Alegatos presentados por las partes al informe sobre los resultados de la investigación elaborado por la Secretaría General.

Que respecto del Informe de los resultados de la investigación elaborado por la Secretaría General y remitido a las partes, ésta ha recibido los siguientes alegatos de parte:

- a) Las empresas solicitantes han alegado en su comunicación del 20 de septiembre de 2005, que no es procedente aplicar medidas correctivas a las importaciones peruanas de aceite crudo de palma/palmiste por no haber sido ésta su solicitud inicial, no haberse acreditado daño ocasionado a la producción peruana de aceite de palma crudo y por facultar la Decisión 285 sólo la actuación de parte y no de oficio a la Secretaría General;

La Secretaría General considera dicho alegato procedente.

- b) Fedepalma ha remitido alegatos al informe a través de sus comunicaciones de fechas 28 de septiembre y 24 de octubre y 8 de noviembre de 2005, en las que presenta las siguientes observaciones:

- El Fondo ni las compensaciones se encuentran en el ámbito de aplicación de la Decisión 285;

Este punto en especial es referido en las motivaciones antes señaladas de la presente Resolución.

- Las medidas recomendadas no son congruentes con los motivos por los cuales se decretó la apertura de la investigación, ni con las conclusiones contenidas en el Informe de la Secretaría General por ir más allá de lo establecido en la Resolución 892 y afectar el debido proceso y el principio de congruencia del Gobierno de Colombia; El Gobierno de Colombia no ha sido objeto de investigación al amparo de lo dispuesto en la Resolución 892 sino los palmicultores de Colombia que utilizarían las compensaciones recibidas del Fondo de manera que constituyen una práctica restrictiva a la libre competencia que distorsiona la competencia en el mercado peruano y le ocasiona un daño a la producción nacional de manteca de Perú.

- Inexistencia de perjuicio en el caso del aceite crudo de palma y de la manteca y nexos causales. En el caso de la manteca, por una redistribución del mercado interno entre las productoras locales que afectó negativamente a Alicorp y no por las importaciones colombianas poco significativas, así como por factores productivos inherentes de dicha empresa;

En el curso de la investigación, Fedepalma no ha presentado evidencias o pruebas respecto de la existencia de una redistribución del mercado interno entre las productoras locales peruanas de manteca.

- Inconsistencia en los dictámenes de la Secretaría General pues deben evaluarse idénticos factores (falta información respecto de la acumulación de inventarios y empleo y capacidad instalada) y dar predictibilidad a los resultados;

A pesar de haber utilizado diferentes métodos de análisis en función a las particularidades de cada caso y norma bajo la cual se ha realizado la investigación, los dictámenes de la Secretaría General han sido consistentes. Con respecto al perjuicio ocasionado a la producción nacional de manteca del Perú, puede verse que tanto en la Resolución 805 como en la presente Resolución, se dictamina que ha existido un perjuicio.

- No se han evaluado los efectos restrictivos que tendrá sobre la competencia subregional, las medidas recomendadas, las que contribuyen a consolidar la posición de dominio de los solicitantes y a crear barreras artificiales de acceso a dicho mercado que excluirán la competencia colombiana del mercado peruano;

No es objeto de las normas de competencia analizar los resultados de la competencia sino de asegurar que el proceso competitivo se afiance en el ámbito comunitario andino, tal como se desprende del texto del artículo 93 del Acuerdo de Cartagena, que determina que el objeto de las normas de competencia en la Subregión es el corregir prácticas que puedan distorsionar la competencia en la Subregión;

La Secretaría General tiene por función, en el presente caso, la aplicación de la Decisión 285. Si como resultado de dicha función se concluye la investigación con la aplicación de una medida correctiva para corregir la distorsión en la competencia del mercado peruano de manteca generada por una conducta restrictiva desarrollada por productores/exportadores colombianos,

la intención no es crear una barrera artificial de acceso al mercado peruano para dichos productores/exportadores de manteca, sino corregir la práctica por éstos desarrollada.

- En relación con la medida propuesta por los solicitantes para la imposición de un arancel preferencial a favor de terceros países con el fin de fomentar la competencia en el mercado afectado, la Secretaría General, actuando de manera ultrapetita, las ha desechado proponiendo otras, que a criterio de Fedepalma, son contrarias a los objetivos del Acuerdo de Cartagena en lo que respecta al sector agropecuario y contenido en los objetivos del Fondo;

Al respecto se debe tener presente que, si bien las empresas solicitantes pidieron a la Secretaría General que se autorizara al Perú el establecimiento de intereses preferenciales, tal medida no cumpliría con el objetivo buscado tanto por el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena como por la Decisión 285, que no es otro que el de eliminar las distorsiones en la competencia. En ese orden y tomando en cuenta que el artículo 17 de la Decisión 285 otorga a la Secretaría General la potestad de *"determinar la aplicación de medidas tendientes a eliminar o atenuar las distorsiones que motivaron el reclamo"*, la Secretaría General no considera que las medidas sugeridas en el informe correspondan a una actuación ultrapetita;

La Decisión 285 fue aprobada por la Comisión en concordancia con lo establecido en el Capítulo de Competencia Comercial del Acuerdo de Cartagena, no estableciendo excepciones al ámbito de aplicación de dicha norma;

De otra parte, la presente investigación no cuestiona los objetivos del Fondo sino el efecto que el uso de las compensaciones por parte de los actores económicos que las percibieron ha generado sobre la competencia en el mercado peruano de la manteca.

Asimismo, Fedepalma ha notificado la aprobación de una reforma del Fondo que entrara en vigencia el 1 de julio de 2005, orientada a limitar a los sujetos que pueden ser beneficiarios de cesiones o compensaciones, a únicamente aquellas empresas que realicen la primera venta de aceite de palma/palmiste, con lo cual no se confieren compensaciones a los fabricantes de productos procesados, tales como la manteca;

Al respecto, cabe anotar que la reforma formulada no elimina la práctica restrictiva sino que obliga a los productores/exportadores de manteca a negociar el precio del aceite crudo de palma/palmiste con las empresas extractoras de aceite, considerando de seguro la compensación otorgada por el Fondo;

c) Las empresas Grandinos y Acegrasas, en sus comunicaciones de fecha 20 de septiembre y 3 de noviembre de 2005, han alegado lo siguiente:

- Los solicitantes son en esencia un monopolio en el Perú y han acudido a diferentes medios para excluir la competencia de la manteca colombiana en dicho territorio las medidas sirven para impedir el acceso al mercado peruano;

Este alegato es similar al formulado por Fedepalma y la respuesta ha sido formulada;

- Se han incurrido en una serie de errores de carácter procesal y sustantivos insubsanables, como:
 - La indeterminación que ha imperado en la investigación al haberse variado repetidas veces la conducta investigada y los sujetos denunciados como responsables de la misma no habiéndose aclarado si los investigados con la conducta eran Fedepalma o los productores de palma colombianos.

La conducta investigada es aquella a que se refiere la Resolución 892 que da inicio a la investigación, y la misma no ha sido modificada.

Con respecto a los sujetos investigados, ello fue aclarado en las Resoluciones 892 y 910, en el sentido que son los palmicultores/productores/exportadores de aceite crudo de palma/palmiste, que a través de los mecanismos del Fondo otorgan compensaciones directamente a dicho producto exportado al Perú, como indirectamente a la manteca vegetal comestible, al compensar por el volumen del aceite crudo de palma/palmiste contenido en ella.

Nunca se ha manifestado la Secretaría General, en el sentido de incluir a Fedepalma como empresa investigada, siendo que la misma no ejerce una actividad económica y no es empresa.

- La incongruencia de investigar la exportación de aceites de palma/palmiste crudos pero sancionar las exportaciones de manteca.

Según la Decisión 285, las medidas correctivas están dirigidas a corregir las distorsiones en la competencia generadas por la práctica restrictiva. En el presente caso, la práctica restrictiva denunciada se origina en la venta de aceites de palma/palmiste y genera distorsiones en el mercado de la manteca del Perú al afectar los precios de la manteca que toman en cuenta las compensaciones otorgadas por el Fondo;

- Falta de análisis en la demostración del nexo de causalidad al no haber demostrado que la disminución en la producción de manteca alegada por Alicorp sea consecuencia de las importaciones peruanas de manteca colombiana sino que se puede deber, entre otras, a circunstancias propias e individuales de competitividad e ineficiencias de la empresa peruana Alicorp.

Las empresas Grandinos y Acegrasas no han presentado pruebas de que la existencia del nexo de causalidad entre la práctica y el perjuicio sea por otra causa que la indicada en la presente resolución, y la Secretaría General no ha encontrado evidencias que lo respalden;

- Falta analizar si el Grupo Romero estaría estratégicamente cambiando la producción de manteca de las empresas de Alicorp en Lima a otra de sus empresas para beneficiarse del tratamiento tributario especial que se le reconoce a las empresas ubicadas en la Amazonía;

Las empresas Grandinos y Acegrasas no han presentado pruebas respecto de la afirmación que presentan y la Secretaría General no ha encontrado evidencias que lo respalden;

La entrada en vigencia del Acuerdo 144 del Fondo, a partir del 27 de junio de 2005, modifica la operación del Fondo al cambiar a los beneficiarios de las compensaciones a favor de los productores/vendedores/exportadores que realicen la primera venta de aceite de palma/palmiste crudo con destino a los mercados de consumo objeto de las operaciones de estabilización, cuando el indicador de precio para dichos mercados sea inferior al indicador de precio de referencia para las operaciones de estabilización, de conformidad con la metodología vigente. De esta manera, los exportadores de manteca quedaron excluidos del recibo de las compensaciones, y por tanto, quedan excluidos por imposibilidad legal de incurrir en la demanda denunciada;

Un alegato similar ha sido presentado por Fedepalma y se le ha dado respuesta.

Recomendaciones del CDC

Que la Secretaría General recibió, el 24 de noviembre, el Informe del Presidente del CDC. Siendo que el artículo 13 del Reglamento del CDC establece que “El Comité adoptará sus decisiones por consenso de los miembros presentes, salvo cuando se traten temas a que se refiere el artículo 21 de la Decisión 608. En este caso, la recomendación se adoptará por el voto confluente de por lo menos tres (3) miembros. Los miembros del Comité en minoría podrán aclarar o salvar su posición”, se entiende que la recomendación presentada por el Presidente del CDC es por consenso y que los miembros en el CDC en minoría no desearon aclarar o salvar su posición;

Que en el informe del Presidente del CDC se establece, como recomendación no vinculante para la Secretaría General, no imponer medida alguna y archivar el expediente, ello en consideración a lo siguiente:

- La existencia de eficiencias productivas en las empresas colombianas expresadas en el Informe preparado por la Secretaría General;
- El hecho de que el Fondo beneficia a los pequeños y medianos agricultores colombianos al permitir precios competitivos para todos los productores;
- La existencia del Fondo es producto de la decisión soberana de un País Miembro por creación de ley nacional, por lo que los miembros del Fondo estarían obligados a cumplir con el mandato establecido en la misma;
- El derecho a la libre competencia no es absoluto, en virtud de que no puede ir en contra de la legítima intervención del Estado cuando proteja sectores socialmente vulnerables; y,
- el informe indica que no se han encontrado evidencias que los palmicultores/extractores de aceite/exportadores colombianos de aceite de palma/palmiste crudos hayan realizado un acuerdo de precios para sus exportaciones

al Perú y ante la existencia de posibles vicios en el procedimiento de sustanciación alegados por el miembro suplente de Colombia presentado en el marco de la III Reunión del CDC (3 de octubre de 2005);

Que los supuestos vicios alegados en el documento presentado por el miembro suplente de Colombia al CDC son: la ausencia de identificación a las empresas investigadas por defectos de la solicitud y ausencia de información legalmente requerida a los solicitantes. En su opinión, ello constituye la nulidad de pleno derecho de las resoluciones 892 y 910. Asimismo, constituyen vicios la ausencia de notificación y no citación de las empresas investigadas; y el hecho de que las medidas sugeridas en el Informe son anticompetitivas y, por lo tanto, técnicamente inaplicables;

Que cabe anotar que:

- Efectivamente, el informe reconoce la existencia de eficiencias productivas en las empresas colombianas productoras de aceite crudo como de manteca;
- Efectivamente, el Fondo puede beneficiar a los pequeños y medianos agricultores colombianos al permitir precios competitivos para todos los productores; sin embargo, no necesariamente beneficia a los pequeños y medianos agricultores peruanos al reducir los precios del mercado peruano de aceites crudos de palma;
- Efectivamente, el Fondo al ser creado por ley nacional refleja la decisión soberana de Colombia que considera necesario proteger sus sectores socialmente vulnerables. Sin embargo, cabe considerar que ningún País Miembro puede considerar que su decisión soberana puede obligar a los agentes económicos de otro País Miembro a subsidiar los beneficios que requieren sus sectores socialmente vulnerables, a través del comercio intrasubregional. En el presente caso, los exportadores son competidores directos de productores peruanos en el territorio del Perú;
- El derecho a la libre competencia es un derecho hasta el límite hasta donde lo acuerden los Países Miembros, en el presente caso, la Decisión 285 no dispone de excepciones al respecto;
- Siendo que el artículo 4 de la Decisión 285 es explícito al indicar que la manipulación indebida o fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios con relación a los que hubieran prevalecido en operaciones comerciales normales, se pueden dar a través de acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas, la Secretaría General no puede hacer una referencia al término 'acuerdo' en el sentido amplio de cubrir las tres prácticas (acuerdo, prácticas paralelas y prácticas concertadas). Por ello, las analiza una por una, indicando que efectivamente no encuentra evidencia de un 'acuerdo' (en su término más estricto) ni de prácticas paralelas, pero que sí se evidencia la existencia de una práctica concertada en la fijación de los precios de exportación al Perú del aceite crudo de palma y de la manteca;
- Con respecto a los posibles vicios en el procedimiento de sustanciación alegados, cabe anotar:

- Sobre la ausencia de identificación de las partes demandadas.- Las empresas solicitantes identificadas en la Resolución 892 son aquellas que recurren al Fondo para acceder a las compensaciones. La identificación de las empresas no era información pública sino que estaba y está administrada por el administrador responsable del Fondo, Fedepalma. Dicha entidad no accedió a entregar la información incluso a solicitud de la Secretaría General hasta una vez avanzado el proceso, e incluso entonces solicitó se le otorgara tratamiento confidencial. Usualmente, se le requiere al solicitante aquella información que razonablemente está a su alcance. E incluso, algunas autoridades de competencia posibilitan al solicitante a acceder a información que poseen únicamente los denunciados o testigos hostiles en el curso de la investigación (casos Poller vs Columbia Broadcasting System y Norfolk Monument Co vs Woodlawn Memorial Parks);

- La ausencia de notificación a las empresas investigadas por defectos de la solicitud.- La notificación individualizada a cada una de las partes fue entorpecida por ausencia de la información legalmente requerida al Administrador del Fondo, y por la negativa de Fedepalma de utilizar el sistema de notificación mensual del que dispone para notificar las determinaciones del Fondo a los asociados, para informar de la investigación. Sin embargo, considerando lo anteriormente señalado y el gran número de palmicultores y empresas extractoras de aceite de Colombia (5000, de los cuales más de 2200 son usuarias de los beneficios del Fondo), la Secretaría General considera que se ha realizado la debida citación de todas las partes que se considerasen interesadas, a través de la publicación de las Resoluciones 892 y 910 en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena;

- Nulidad de pleno derecho de las resoluciones 892 y 910 por haber abierto la investigación y confirmar dicha apertura a pesar de la ausencia de la información legalmente requerida que debía ser aportada por los solicitantes y por falta de notificación a las partes.- Se debe considerar que las solicitantes, si bien no individualizaron a todos los palmicultores, identificaron como conjunto a los palmicultores que utilizaban los mecanismos del Fondo y manifestaron que les fue imposible encontrar mayor información respecto de todos y cada uno de ellos. Tal situación fue corroborada por la Secretaría General que recibió una serie de negativas de parte de Fedepalma para realizar la notificación o proporcionar la información relativa a las empresas.

Adicionalmente se debe considerar que la Decisión 285 determina como requisito que el denunciante presente información sobre las empresas involucradas. Se entiende que la misma es la que razonablemente tenga a su alcance. La norma no determina que se debe individualizar a cada una de las empresas involucradas;

- Ser las medidas sugeridas técnicamente inaplicables.- La Decisión 285 es una norma destinada a corregir las distorsiones en la

competencia generadas por prácticas restrictivas a la libre competencia. Para ello se establece que puede aplicar recomendaciones para el cese de la práctica y medidas correctivas para corregir las referidas distorsiones a la competencia. Está en el interés comunitario que la Secretaría General aplique medidas técnicamente aplicables que cumpla con los objetivos de la norma comunitaria en cuyo ámbito se aplica;

Que en tal sentido, la Secretaría General no considera que pueda adoptarse la recomendación que el Presidente del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia hiciera llegar a la Secretaría General con base en el informe que ésta le alcanzara, y el CDC analizara en su III reunión de fecha 14 de noviembre de 2005;

Que la Decisión 285 establece en su artículo 14 que, en el pronunciamiento de la Secretaría General, deben indicarse las características de las medidas que se establezcan, los plazos de su adopción y vigencia; y, de ser el caso, las condiciones que determinen la vigencia de las medidas. Asimismo, establece en su artículo 15, que si se verifican que se modificaron o cesaron las causas que motivaron la Resolución anterior, ésta se dejara sin efecto parcial o total, modificándola o derogándola;

Que las medidas a adoptarse estipuladas en el artículo 16 son:

- a) Una declaración de prohibición cuando se determine la existencia de una práctica restrictiva de la libre competencia que genere o amenace ocasionar un perjuicio; y,
- b) Aquellas tendientes a eliminar o atenuar las distorsiones que motivaron el reclamo, entre ellas, la autorización para que los países donde realicen su actividad económica las empresas afectadas puedan aplicar aranceles preferenciales en relación con los compromisos arancelarios subregionales para los casos de importaciones de los productos afectados por la práctica restrictiva de la libre competencia;

Que, asimismo, establece el artículo 17 de la Decisión 285 que cuando el perjuicio sea evidente, pueden dirigirse recomendaciones tendientes para hacer cesar la práctica;

Que las empresas solicitantes indicaron que las medidas requeridas es la aplicación de aranceles preferenciales. Sin embargo, la Secretaría General considera improcedente la aplicación de esta medida en tanto que afecta el interés comunitario promoviendo la importación de productos de países no miembros de la Comunidad Andina, desfavoreciendo el producto andino;

Que la diferencia encontrada entre los valores de los productos colombianos nacionalizados y los precios del producto peruano pueden estar influidos parcialmente por eficiencias económicas de las empresas colombianas como también estar afectada por el valor de la compensación recibida;

Que de otra parte, en consideración a lo alegado por las empresas colombianas, no puede corregirse una distorsión en el mercado utilizando dos tipos de medidas correctivas diferentes simultáneamente. Por lo que, en el presente caso,

en el momento de aplicar una medida correctiva en el ámbito de la Decisión 285, debe considerarse que se encuentra vigente la Resolución Ministerial 226-2005-MINCETUR/DM del Ministerio de Industria y Turismo de julio de 2005 y la Circular 021-2005/SUNAT/A del Servicio Nacional Tributario que establece una medida de salvaguardia del 29% sobre el valor CIF para las importaciones de los productos de la cadena oleaginosas clasificados en las subpartidas NANDINA 1511.90.00, 1516.20.00 y 1517.900.00 procedentes, entre otros, de Colombia;

Que es necesario declarar improcedente el requerimiento de los solicitantes de recomendar el cese de la práctica como medida cautelar siendo que durante el plazo del que dispuso la Secretaría General para realizar la investigación, estaban en aplicación medidas de salvaguardia a las importaciones de la manteca vegetal comestible proveniente de Colombia; y,

Que, contra la presente resolución cabe la interposición del Recurso de Reconsideración dentro de los 45 días siguientes a su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena,

RESUELVE:

Artículo 1.- Autorizar al Gobierno de Perú a aplicar, por un año contado a partir de la entrada en vigencia de la presente Resolución, una medida correctiva a las importaciones peruanas provenientes de Colombia, de manteca vegetal comestible elaboradas a base de aceite de palma (contenidas en las subpartidas NANDINA 1511.90.00, 1516.20.00 y 1517.900.00).

Dicha medida correctiva será equivalente al valor percibido por los productores/exportadores colombianos de manteca vegetal comestibles, por concepto de compensación del Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, Aceite de Palma y sus Fracciones de Colombia, en el mes calendario inmediatamente anterior a la fecha de ingreso de la mercadería al puerto/ aeropuerto peruano.

Para el cálculo de la compensación percibida se considerará una compensación equivalente a 1,05 toneladas de aceite crudo de palma, por tonelada de manteca importada.

Artículo 2.- El Gobierno del Perú podrá aplicar las medidas a las que se refiere el artículo 1 de la presente resolución únicamente y en tanto no aplique medidas de salvaguardia u otras medidas comerciales restrictivas a las importaciones de la manteca vegetal comestible elaboradas a base de aceite de palma (contenidas en las subpartidas NANDINA 1511.90.00, 1516.20.00 y 1517.900.00) provenientes de Colombia.

Para lo dispuesto en el párrafo anterior, el Gobierno del Perú notificará a la Secretaría General la aplicación de las medidas correctivas a que se refiere el artículo 1 de la presente resolución.

Artículo 3.- Por el plazo de vigencia de la presente resolución, el Gobierno de Colombia deberá, al día siguiente de su emisión, enviar a la Superintendencia Nacional de Tributación del Perú (SUNAT) y a la Secretaría General de la Comunidad Andina, las notificaciones mensuales de la Federación Nacional de Cultivadores de

Palma de Aceite de Colombia, mediante las cuales informa a los miembros del Fondo los valores de las compensaciones por exportaciones al Perú de aceite de palma.

Artículo 4.- Declarar improcedente el requerimiento de los solicitantes de recomendar el cese de la práctica como medida cautelar.

Artículo 5.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Decisión 425, comuníquese la presente Resolución a los apersonados al procedimiento.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los quince días del mes de diciembre del año dos mil cinco.

ALLAN WAGNER TIZON
Secretario General

RESOLUCION 985

Autorizar la prórroga para la aplicación de franquicias arancelarias a la importación de mercancías destinadas a varios municipios de Colombia, al amparo de la Decisión 282

LA SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTAS: La Decisión 282 de la Comisión sobre Armonización de Franquicias Arancelarias y la Resolución 496; y,

CONSIDERANDO: Que mediante comunicación N° 2-2005-030741, el Gobierno de Colombia solicita el concepto favorable de la Secretaría General para prorrogar la aplicación de franquicias arancelarias a la importación de mercancías destinadas a los municipios de Inírida, en el Departamento de Guainía, y Puerto Carreño, La Primavera y Cumaribo, en el Departamento del Vichada, establecidas mediante Resolución 496;

Que asimismo, la mencionada comunicación señala que los referidos municipios pertenecen a una zona geográfica económicamente deprimida que requiere medidas que tiendan a superar las condiciones generales de bajo desarrollo; entre ellas, la no imposición de un gravamen arancelario;

Que de la información remitida por el Gobierno de Colombia, se desprende que las importaciones efectuadas en el período 2001 al 2004, al amparo de la Resolución 496 no superaron, en promedio, el 0,04% de las importaciones totales de Colombia para el mismo período, y el costo fiscal representó el 0,07% de la recaudación total para dicho período, lo que permite concluir que no es un comercio significativo el que se genera en la región y tampoco representa un sacrificio fiscal importante al país, mientras que su exención constituye un alivio económico a la situación de pobreza de la región;

Que el artículo 7 de la Decisión 282 de la Comisión establece que los Países Miembros podrán conceder franquicias arancelarias destinadas exclusivamente a

favorecer zonas geográficas deprimidas o en emergencia, previo concepto favorable de la Secretaría General de la Comunidad Andina;

Que mediante comunicación No. CSCP3.2.239/05 de fecha 9 de noviembre de 2005, la Cámara de Representantes de la República de Colombia hizo de conocimiento de esta Secretaría General la Proposición No. 032 del Representante del Departamento del Guainía Dr. Pedro Nelson Pardo Rodríguez, donde hace referencia a que las condiciones de pobreza a las que se refiere la Decisión 282 en su artículo 7, se mantienen, por lo que hace necesario prorrogar la vigencia de la aplicación de tales franquicias para que los municipios de Inírida, en el Departamento de Guainía, y Puerto Carreño, La Primavera y Cumaribo, en el Departamento del Vichada, sigan gozando de los beneficios hasta ahora recibidos;

Que en efecto, tomando en cuenta la información oficial publicada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, referida al Índice de Necesidades Básicas Insatisfechas que tiene como finalidad medir el nivel e intensidad de la pobreza de los hogares de acuerdo a necesidades consideradas básicas y está expresado en porcentaje de hogares, esta Secretaría General considera que la situación de pobreza en dicha región se mantiene en niveles elevados. Para los municipios motivo de estudio, se tiene la siguiente información con respecto al índice mencionado de pobreza: Puerto Inírida 100%, Puerto Carreño 56,72%, La Primavera 85,81% y Cumaribo 100%, por lo cual puede considerarse que realmente se trata de regiones deprimidas;

Que teniendo en cuenta lo expresado en los párrafos anteriores la Secretaría General considera que esta zona geográfica requiere medidas que contribuyan a superar las condiciones generales de bajo desarrollo. La información disponible indica que la no imposición de gravámenes arancelarios como resultado de la aplicación de la Resolución 496 de 2001 de la Secretaría General, representó un ahorro promedio de 193 mil dólares anuales, valor que debe ser considerado en el contexto del atraso económico relativo de estas poblaciones calculadas, según el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, en 139 332 personas para el año 2005 y proyectadas para el año 2010 hacia un total de 156 908 personas;

Que de conformidad al artículo 5 del Decreto Presidencial No. 1206 de la República de Colombia, del 19 de junio de 2001, toda mercancía introducida en los municipios con franquicias deberá ser consumida exclusivamente en la jurisdicción de dichos municipios y que, en caso de ingresar al resto del territorio aduanero nacional, deberá cumplir con las disposiciones generales de nacionalización;

Que la Secretaría considera que las eventuales amenazas de perjuicio o perjuicios que se deriven de la existencia de las franquicias otorgadas por el Gobierno de Colombia a favor de los municipios objeto de la presente Resolución podrán abordarse vía las normas subregionales para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por subsidios, conforme lo establecido en el artículo 8 de la Decisión 282; y,

Que los considerandos en esta Resolución permiten a la Secretaría General emitir concepto favorable para la prórroga de la franquicia arancelaria solicitada,

RESUELVE:

Artículo 1.- Autorizar al Gobierno de Colombia la prórroga para la aplicación de franquicias arancelarias a la importación del universo arancelario de mercancías, excepto las armas, publicaciones que atente contra la moral y las buenas costumbres, productos precursores en la elaboración de narcóticos, estupefacientes o drogas no autorizadas por el Ministerio de Salud y mercancías cuya importación se encuentra prohibida por el artículo 81 de la Constitución política de Colombia o por Convenios Internacionales a los que Colombia se haya adherido o adhiera, destinadas a los municipios de Inárida, en el Departamento de Guainía, y Puerto Carreño, La Primavera y Cumaribo, en el Departamento del Vichada.

Artículo 2.- La prórroga a que hace referencia el artículo anterior, tendrá una vigencia de cinco (5) años a partir de la entrada en vigencia de la presente resolución.

Artículo 3.- El Gobierno de Colombia suministrará anualmente a la Secretaría General la información referente a las importaciones realizadas al amparo de las franquicias arancelarias concedidas de conformidad con el artículo 1 de la presente resolución.

Artículo 4.- El no cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior puede motivar la suspensión de la presente resolución hasta la remisión de la información allí establecida puesto que es función de esta Secretaría General velar por el adecuado cumplimiento de la normativa andina.

Artículo 5.- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17 de la Decisión 425 de la Comisión, comuníquese a los Países Miembros la presente Resolución, la cual entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los quince días del mes de diciembre del año dos mil cinco.

ALLAN WAGNER TIZON
Secretario General

RESOLUCION 986

Calificación como una restricción al comercio por parte del Gobierno de Ecuador la no autorización de descargas de atún originario de los Países Miembros de la Comunidad Andina

LA SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: El artículo 30 y el Capítulo V del Acuerdo de Cartagena sobre Programa de Liberación y el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General, contenido en la Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; y,

CONSIDERANDO: Que, mediante fax DIE- 0895 de fecha 13 de septiembre de 2005, el Viceministro de Comercio Exterior de la República de Colombia remitió a la Secretaría General copia de la Resolución Ministerial 001 de 13 de

julio de 2005 y del Instructivo para la Veda Atunera del 2005, ambos documentos emitidos por la Subsecretaría de Recursos Pesqueros del Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad de la República del Ecuador (MICIP); así como copia de una comunicación del MICIP dirigida a la Corporación Aduanera Ecuatoriana de Manta;

Que, según el Gobierno de Colombia los documentos expedidos por la República del Ecuador "... *constituyen restricciones que impiden el descargue de buques pesqueros*". Asimismo argumenta que "... *el mencionado Acuerdo Ministerial prohíbe de forma permanente las descargas, transacciones comerciales, transbordos y toda importación proveniente de buques implicados en actividades de pesca ilegal, en aplicación de las disposiciones de la Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT), con lo cual Ecuador estaría transgrediendo el programa de liberación del comercio, previsto en el Acuerdo de Cartagena*";

Que, el Gobierno de Colombia indicó que ya había manifestado con anterioridad su preocupación al Gobierno del Ecuador, señalando mediante carta que "*hemos recibido con desconcierto y sorpresa, la instrucción emitida por el Director General de Pesca de su país, al gerente de la Aduana en Manta, mediante la cual le solicita prohibir la descarga de 10 buques atuneros de bandera colombiana, con el argumento de estar cumpliendo una recomendación de la CIAT, pero a su vez violando los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena y el artículo 4 de la Decisión 472 de la CAN*". En dicha comunicación se le informó al Ministerio de Agricultura de Ecuador que "En caso de que el Gobierno que Usted representa, *mantenga la decisión de adoptar esta sanción, el Gobierno colombiano se verá en la obligación de acudir formalmente a la Secretaría General de la CAN para denunciar este hecho*";

Que, las normas ecuatorianas denunciadas por el Gobierno de Colombia señalan:

- Resolución 001 de la Subsecretaría de Recursos Pesqueros del Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad del Ecuador: "*Artículo 1.- Prohibir a los barcos atuneros cerqueros, operando bajo la jurisdicción del Ecuador, la pesca de atún ... a partir de las 00h00 del 1 de agosto hasta las 24h00 del 11 de septiembre de 2005 ...*"; "*Art. 2.- Todos los barcos atuneros cerqueros operando bajo jurisdicción del Ecuador, al momento de iniciar la veda y durante toda la duración de la misma, deberán permanecer en puerto ...*"; "*Artículo 4.- Prohibir las descargas y transacciones comerciales, incluidas las importaciones al amparo de todos los regímenes aduaneros, de atún y/o productos derivados provenientes de actividades de pesca prohibidas por esta resolución en consonancia con la C-04-09 adoptada por la CIAT*".

- Instructivo para la veda atunera del 2005 de la Subsecretaría de Recursos Pesqueros del Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad del Ecuador: "*1.- ... todos los barcos atuneros cerqueros operando bajo la jurisdicción del Ecuador, deberán estar en puerto el 1° de agosto de 2005*"; "*3. - Los barcos de clase 6 con observador a bordo que deseen operar fuera del área de la veda,*

deberán hasta el 26 de julio de 2005, por escrito pedir la respectiva autorización a esta Subsecretaría. Bajo ninguna circunstancia podrán realizar faenas de pesca durante la travesía fuera del área de veda”.

Que, el 14 de octubre, mediante comunicación SG-F/0.11/1591/2005, la Secretaría General inició una investigación con la finalidad de determinar si las medidas adoptadas por el Gobierno del Ecuador a través de la Resolución 001 y el Instructivo para veda 2005 del Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad, constituyen una restricción a los efectos del Programa de Liberación;

Que, en dicha comunicación le fue otorgado un plazo de 15 días a la República del Ecuador para que hiciera llegar los elementos de información que considerara pertinentes. A la fecha no se ha recibido respuesta alguna de la República de Ecuador al referido inicio de investigación;

Que, en consecuencia, procede que la Secretaría General analice la situación reclamada por el Gobierno de Colombia;

Que, el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena señala que *“El Programa de Liberación de bienes tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro”;*

Que, el segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, norma fundacional de nuestro sistema de integración, establece que *“Se entenderá por ‘restricciones de todo orden’ cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante el cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral”;*

Que, sin embargo, el artículo 73 también contempla excepciones al programa de liberación, las cuales se refieren a la protección de la moralidad pública; la aplicación de leyes y reglamentos de seguridad; la regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones, etc.; la protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales; la importación y exportación de oro y plata metálicos; la protección del patrimonio nacional; y la exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, radiactivos, etc.;

Que, la Resolución C-04-09 es aplicable a buques de cerco pescando atunes aleta amarilla, patudo y barrilete, y a buques palangreros; asimismo establece los períodos en que estará vedada la pesca de atunes en la zona del Océano Pacífico Oriental (OPO) en los años 2004, 2005 y 2006; prohíbe las descargas, transbordos y transacciones comerciales de atún durante la veda; y por último señala que deben asegurarse que en el momento de iniciar la veda, y durante toda el curso de la misma, todos los buques atuneros cerqueros que pesquen atunes aleta amarilla, patudo y barrilete y que enarboles su pabellón en el OPO estén en puerto desde el inicio de la veda hasta su culminación;

Que, se desprende de los considerandos y del articulado de la norma ecuatoriana reclamada, que la misma estaría tomando en cuenta lo señalado en la Convención Interamericana del Atún suscrita por los Estados Unidos de América y Costa Rica en 1949 y a la cual se han adherido algunos Países Miembros. Dicha Convención busca la

conservación de atunes aleta amarilla, bonitos y otros peces. Del mismo modo, se desprende que la norma ecuatoriana se basa en una recomendación contenida en Resolución C-04-09 de la Comisión Interamericana del Atún Tropical, la cual contiene el programa multianual sobre la conservación de atunes en el Pacífico Oriental;

Que, para evaluar la justificación de la medida adoptada se hace necesario examinar los criterios de proporcionalidad, relación causal e insustituibilidad que han sido desarrollados por la jurisprudencia comunitaria andina; sólo si cumple con estos criterios podrá el Gobierno del Ecuador enmarcar su medida en las excepciones del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena antes señaladas;

Que, sobre las mencionadas excepciones y los criterios para su justificación, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha señalado en su sentencia de 8 de diciembre de 1998, proferida dentro del proceso 3-AI-97 *“El artículo 72 -ahora 73- establece que cualquier acción que afecte negativamente la libre circulación de mercancías, únicamente se justificaria por la necesidad de salvaguardar el interés general del país en casos plenamente justificados. Para que la restricción adquiera la categoría de justificatoria, según la competencia asignada a la Secretaría, es necesario que el acto interno del País Miembro esté inspirado en el principio de proporcionalidad entre la medida restrictiva y el objeto específico a que ella vaya dirigida, el cual deberá aparecer como causa directa o inmediata. Sólo así se garantiza que no haya lugar a duda de que la medida interna pueda amenazar subrepticamente el propósito esencial de la integración consistente en la libre circulación de mercancías”;*

Que, sin embargo, del texto de la precitada norma ecuatoriana, no se desprende cómo la veda, establecida durante algunos meses del año, sea una medida proporcional para lograr la conservación de la especie objeto del presente proceso; y cómo la prohibición de realizar descargas, importaciones, y demás transacciones comerciales durante la época de veda, guarde relación causal con la protección y conservación de dicha especie;

Que, de lo antes señalado se deduce que la medida adoptada por el Gobierno del Ecuador ha sido asumida de manera unilateral y tiene por efecto dificultar e impedir las importaciones de atún originarias de la Subregión. En efecto, a través de las medidas contenidas en la Resolución 001 y el Instructivo para Veda se limitan las descargas y transacciones comerciales, incluidas las importaciones al amparo de todos los regímenes aduaneros, enmarcando así dichas medidas en el concepto de restricción contenido en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena;

Que, a pesar de que el Gobierno del Ecuador, según se desprende de la norma, pretendería amparar la restricción a las importaciones de atún establecida en su norma, por lo dispuesto en una recomendación de la CIAT, dicha recomendación no hace referencia a restringir las importaciones, limitándose únicamente a la pesca y otras transacciones;

Que, asimismo, este tipo de mecanismos que impiden o dificultan las importaciones no se condicen con el propósito de conformar un mercado subregional andino basado en el principio fundamental de libre circulación de mercancías;

Que, en función de lo expuesto, y en uso de la atribución prevista en el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena y en los artículos 27 y 54 de la Decisión 425 de la Comunidad Andina, corresponde a esta Secretaría General emitir resolución calificando si la medida adoptada por el Gobierno del Ecuador constituye una restricción al comercio intrasubregional; y,

En cumplimiento de lo establecido en los artículos 17, 37 y 44 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General, se señala que contra la misma cabe interponer recurso de reconsideración dentro de los 45 días siguientes a su publicación en la Gaceta Oficial, así como acción de nulidad ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro de los dos años siguientes a la fecha de su entrada en vigencia,

RESUELVE:

Artículo 1.- Calificar como restricción al comercio intrasubregional, según lo dispuesto en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, la prohibición de descargar y realizar transacciones comerciales, incluidas las importaciones de atún originarias de la Subregión, al amparo de todos los regímenes aduaneros, establecida en la Resolución Ministerial 001 de 13 de julio de 2005 y del Instructivo para la Veda Atunera del 2005 de la Subsecretaría de Recursos Pesqueros del Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad de la República del Ecuador.

Artículo 2.- Se concede a la República del Ecuador un plazo de quince (15) días calendario para que informe acerca del levantamiento de las medidas identificadas como restricción al comercio en el artículo anterior.

Artículo 3.- Notifíquese a los Países Miembros la presente resolución.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los quince días del mes de diciembre del año dos mil cinco.

ALLAN WAGNER TIZON
Secretario General

RESOLUCION 987

Calendario de días hábiles de la Secretaría General para el año 2006

LA SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTO: El Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina contenido en la Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; y,

CONSIDERANDO: Que el artículo 30 del Reglamento de Procedimientos Administrativos dispone que el Secretario General debe dar a conocer anualmente el calendario de días hábiles de la Secretaría General,

RESUELVE:

Artículo 1.- A efectos del cómputo de los plazos de los procedimientos administrativos que se sigan ante la Secretaría General, los días hábiles serán de lunes a viernes.

Artículo 2.- No se considerarán días hábiles los sábados, domingos ni los feriados establecidos por la legislación peruana que se detallan en el anexo de la presente resolución.

Artículo 3.- Los demás días inhábiles que decrete la Secretaría General, incluidas las vacaciones colectivas del año dos mil seis, se darán a conocer oportunamente.

Artículo 4.- Comuníquese a los Países Miembros la presente resolución, la cual entrará en vigencia a partir de su fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los quince días del mes de diciembre del año dos mil cinco.

ALLAN WAGNER TIZON
Secretario General

ANEXO

Jueves, 13 de abril de 2006
Viernes, 14 de abril de 2006
Lunes, 1 de mayo de 2006
Jueves, 29 de junio de 2006
Viernes, 28 de julio de 2006
Miércoles, 30 de agosto de 2006
Miércoles, 1 de noviembre de 2006
Viernes, 8 de diciembre de 2006

No. 265-2006

JUICIO VERBAL SUMARIO

ACTORA: Rosa Argentina Suárez Reyes.

DEMANDADOS: Los herederos de Jaime Alfonso Espinoza Sánchez.

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

Quito, 10 de julio del 2006; las 08h35.

VISTOS (103-2006): En el juicio verbal sumario que por amparo posesorio sigue Rosa Argentina Suárez Reyes, Procuradora Común de Vanesa Pontón Pérez, Ever Cicerón Mera Ceme, Aníbal Washington Vaca Montenegro, Petita Martina Vera Pincay, Elena Angela Pin, Lucinda Alay Pin, Yipsy Pilar Suárez Díaz, Nely Elena Alay Pin, Sonia Bailón Alay, Ramón Adriano Piguave Bravo y Edison Walter Vincos contra los herederos del señor Jaime Alfonso Espinoza Sánchez, la parte actora deduce recurso de hecho

ante la negativa al de casación que interpusiera contra la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, que confirma en todas sus partes la sentencia dictada por el Juez Quinto de lo Civil de Guayaquil que declara sin lugar la demanda. Radicada que ha sido la competencia en la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en virtud del sorteo de ley, para resolver se considera: PRIMERO: Como el Art. 2 de la Ley de Casación vigente prescribe la procedencia del recurso "...contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo", hay que examinar, en primer término, si el juicio de amparo de posesión en estudio pone fin al proceso. Al respecto, el Art. 691 de la codificación vigente del Código de Procedimiento Civil contenido en el Título II Sección 11ª. "De los Juicios Posesorios" dispone que: "Las sentencias dictadas en estos juicios se ejecutarán, no obstante cualesquiera reclamaciones de terceros, las que se tramitarán por separado. El fallo que se pronuncie respecto de dichas reclamaciones podrá rectificar la sentencia dictada en el juicio posesorio...". Por tanto, si la sentencia dictada en un juicio posesorio puede ser rectificada por otra que decida reclamaciones de terceros, no puede considerarse como definitivo al primer pronunciamiento. SEGUNDO: La necesidad de que las decisiones sean definitivas para que haya lugar al recurso de casación, es reconocida por la doctrina. Así: Manuel de la Plaza dice que: "...No son definitivas las sentencias que recaen en juicio ejecutivo..., porque no producen excepción de cosa juzgada y son susceptibles de otro juicio.". Añade que: "No cabe tampoco la casación contra las sentencias, dictadas en los juicios posesorios... y ello, porque en los de esta naturaleza, de igual modo que en los ejecutivos, la sentencia, a pesar de ser final en el juicio de posesión, no impide que la cuestión de la propiedad se ventile en el ordinario." (subrayado de la Sala). También, sostiene que: "...d) Normalmente, y lógicamente además, la casación, con estas y otras limitaciones, no considera más que las sentencias recaídas en el proceso de cognición, no las que se dictan en el de ejecución que le subsigue;...". (La Casación Civil, Págs. 141 a 145); Humberto Murcia Ballén, al referirse a las "sentencias recurribles en casación" dice que, dado el carácter extraordinario del recurso de casación "...la ley lo reserva para impugnar únicamente ciertas y determinadas sentencias: las proferidas en procesos que, ora por la naturaleza de la cuestión controvertida, o ya por la cuantía del negocio, revisten mayor entidad o trascendencia." (Recurso de Casación Civil, Pág. 174). También otros tratadistas sostienen que el recurso de casación procede tan solo cuando se trata de sentencias definitivas, entre otros Murcia Ballén, Pág. 131; Fernando de la Rúa, Págs. 193, 483, 519 y 547; Manuel de la Plaza, Págs. 135, 138, 139 y 142. TERCERO: En cuanto al hecho de que los juicios posesorios no son procesos de conocimiento, tanto la doctrina como la jurisprudencia están acordes en sostener que dichos juicios no tienen ese carácter pues se originan en los interdictos romanos establecidos para regular de urgencia determinado estado posesorio, y sus decisiones, como queda dicho, no son inmutables, como se desprende de las siguientes opiniones del tratadista Víctor Manuel Peñaherrera: "...Mediante juicio posesorio, el poseedor recobra o afianza su posesión; pero no de modo definitivo, sino precario: es el dueño presunto y nada más aunque eso en sí vale mucho. El triunfo en ese juicio no impide en

manera alguna el que enseguida pueda disputarse el derecho en juicio petitorio, y declararse que esa posesión amparada y protegida en el posesorio, ha sido injusta e ilegal. /El fallo expedido en juicio posesorio no produce excepción de cosa juzgada en el petitorio y aun respecto de la materia propia del juicio.". Añade que, si no hay excepción perentoria de cosa juzgada, no hay dilatoria de litis pendencia y anota las siguientes consecuencias: "a) Pendiente el juicio posesorio promovido por el poseedor despojado o perturbado, puede su contrincante suscitarle el juicio ordinario de propiedad... b) El mismo actor en el juicio posesorio, si prevé el mal éxito de su acción o tiene algún otro motivo puede suscitar el juicio petitorio, sin que haya derecho a oponerle la excepción de litis pendencia..." (Víctor Manuel Peñaherrera - La Posesión, Pág. 169 y sgts.); a criterio de Eduardo Couture, "...El proceso posesorio es, normalmente, abreviado y de trámites acelerados, tal como corresponde a la necesidad de amparar la posesión y, en más de un caso, el simple orden de cosas establecido, en forma inmediata, casi policial, contra cualquier clase de perturbaciones. Tales razones no corresponden al proceso en que se debate la propiedad". (Así, con correcta fundamentación, el fallo que aparece en "Rev. D. J. A", t. 32, p. 113.) (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Pág. 86); Ugo Rocco sostiene: "Las providencias inmediatas emitidas por el pretor en juicio posesorio... pueden ser objeto de revocación, y, por tanto, de suspensión, que es una revocación temporal del acto. No están sujetas a impugnación" (Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo V, Pág. 322); Francesco Carnelutti enseña que: "El carácter común entre el proceso cautelar y el proceso posesorio está en que *tanto éste como aquel no son definitivos, en el sentido de que puede desplegarse después de ellos otro proceso (definitivo, tradicionalmente llamado petitorio...)*" (Instituciones del Proceso Civil, Pág. 89); Enrique Vescovi, en el título: "5) Providencias excluidas de la casación a texto expreso", dice: "c) 'Cuando la ley concede el beneficio del juicio ordinario posterior' (...): Tienen juicio ordinario posterior, el ejecutivo, la entrega de la cosa, los posesorios..." (La Casación Civil, Pág. 51); y, el Diccionario Jurídico de Joaquín Escriche en la definición de juicio petitorio y juicio posesorio después de la definición del petitorio, dice: "... Tiene por el contrario el nombre de *posesorio* el juicio en que no disputamos sobre la propiedad, dominio o cuasi dominio de alguna cosa o derecho, sino sobre la adquisición, retención o recobro de la posesión o cuasi-posesión de una cosa corporal o incorporal" (Diccionario Jurídico, Pág. 996). CUARTO: Además, dada la naturaleza cautelar propia de esta acción no puede considerarse como un proceso de conocimiento cuya sentencia le ponga fin como exige la ley para la procedencia del recurso, criterio que ha sido aplicado por la Sala en los siguientes fallos: Res. No. 232-2002 de 24 de octubre del 2002, Res. No. 92-2003 de 9 de abril del 2003; Res. No. 134-2003 de 6 de junio del 2003.- Por todo lo expuesto, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia rechaza el recurso de hecho y por ende el de casación interpuesto por Rosa Argentina Suárez Reyes, Procuradora Común de la parte actora, y ordena la devolución del proceso al inferior para los fines legales pertinentes.- Incorpórese al proceso los escritos presentados por Mariana de Jesús Espinoza Arévalo, en su calidad de representante de los herederos de Jaime Alfonso Espinoza Sánchez, tómesese nota de la casilla judicial No. 3624 señalada para recibir sus notificaciones y la designación del doctor Franio Leonardo Pardo como su abogado defensor, hágase conocer a su anterior abogado que ha sido sustituido en la defensa.- Sin costas ni multa.- Notifíquese.

Fdo.) Dr. César Montaña Ortega, Magistrado; Dr. Daniel Encalada Alvarado, Magistrado; Dr. Rubén Darío Andrade, Magistrado.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

Las dos fojas que anteceden, son fieles y exactas a sus originales.- Certifico.- Quito, 10 de julio del 2006.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

No. 266-2006

JUICIO ORDINARIO

ACTOR: José Miguel Luzuriaga Rosales.

DEMANDADOS: Ana Luisa Pusda Bastidas y otros.

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

Quito, 11 de julio del 2006, a las 10h45.

VISTOS (147-2005): Dentro del juicio de tercería excluyente de dominio que sigue José Miguel Luzuriaga Rosales en contra de Ana Luisa Pusda Bastidas, Alicia del Pilar Cedeño y Jorge Enrique Soto Zambrano, consta de fojas 16 vta. del cuaderno de segundo nivel que la Corte Superior de Justicia de Tulcán, en providencia dictada el 23 de mayo del 2005, a las 10h15, concede el recurso de casación presentado por Ana Luisa Pusda Bastidas, respecto de la sentencia pronunciada por ese Tribunal el 6 de mayo del 2005, a las once horas cuarenta y cinco minutos, para ante una de las salas de lo Civil y Mercantil de la Excm. Corte Suprema de Justicia a fin de que las partes concurren a defender sus derechos. Con estos antecedentes, esta Sala hace las siguientes consideraciones: PRIMERO: De la lectura de este proceso deviene que la tercería excluyente de dominio es un incidente que se ha propuesto por cuerda separada en un juicio ordinario, dentro de un juicio principal de tránsito, tercería en la cual avocó conocimiento el Juez Provincial de Tránsito del Carchi. Respecto de este punto es importante tomar en cuenta las enseñanzas del Dr. Víctor Manuel Peñaherrera sobre las reglas de la competencia: "47.- Regla quinta.- El juez de lo principal es juez de los incidentes o accesorios. Incidente, de incidere, acaecer, sobrevenir, es la cuestión o contestación accesoria que se forma en el curso del asunto principal. Tiene, por tanto, íntima conexión con éste, y debe ser conocido por el mismo juez, por razones análogas a las que adujimos respecto de la regla anterior; a saber, la unidad del proceso y de la cuestión que en él se ventila." (Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal, Pág. 106 y 107, Tomo I, Quito, 1943). El inciso tercero del Art. 8 del Código de Procedimiento Civil, declara: "...Sin embargo de lo dispuesto en el inciso anterior se prorroga la competencia de todo juez, respecto de los asuntos que llegan a ser incidentes de la causa principal.". SEGUNDO: Además, en dicho juicio de tercería excluyente de dominio ya avocó conocimiento el Juez Provincial de Tránsito del Carchi, conforme consta de autos a fs. 17 y 17 vta. del cuaderno que

por cuerda separada, se tramita dicha tercería; al respecto el mismo autor opina: "45.- Regla tercera.- Fijada la competencia del juez de primer grado, lo está, por el mismo hecho, las del juez o tribunal de grado superior." (ibídem, Pág. 103). De lo dicho se concluye que el Juez Provincial de Tránsito del Carchi avocó conocimiento del presente juicio, fijando por tanto la competencia en dicha judicatura; como la tercería es un incidente dentro del juicio principal de tránsito, ésta debe seguir la suerte de lo principal.- Por lo tanto, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, se inhibe del conocimiento de la presente causa, ordenando se remita la misma a la Oficialía Mayor de la Corte Suprema de Justicia para que sea entregada por sorteo a una de las salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Ténganse en cuenta el defensor y casillero judicial No. 202 designado por Ana Luisa Pusda Bastidas, y hágase conocer a su anterior abogado, que ha sido sustituido en la defensa. Igualmente téngase en cuenta el defensor y casillero judicial No. 679 designados por José Miguel Luzuriaga Rosales. Hágase saber a sus anteriores defensores que han sido sustituidos en la defensa. Notifíquese.

Fdo.) Dres. César Montaña Ortega, Daniel Encalada Alvarado y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil.- Certifico.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

Las dos fojas que anteceden, son fieles y exactas a sus originales.- Certifico.- Quito, 11 de julio del 2006.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

No. 267-2006

JUICIO ORDINARIO

ACTORES: René Eduardo Arboleda Barba y otros.

DEMANDADOS: Nelly Susana Ayala Barba y otros.

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

Quito, 17 de julio del 2006, a las 09h09.

VISTOS (73-2003): La presente causa ha subido a este nivel jurisdiccional por recurso de casación interpuesto por el señor René Eduardo Arboleda Barba, procurador común de la parte actora, de la sentencia expedida por la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito que, en voto de mayoría, confirma la sentencia venida en grado en cuanto rechaza la demanda por improcedente y la reconvencción formulada por la parte demandada por falta de prueba. Habiéndose radicado la competencia en esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia; y, encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: Los señores René Eduardo, Gonzalo Armando y Hugo Oswaldo Arboleda Barba, al presentar su demanda, han dicho: que el día 14 de

enero de 1996, en esta ciudad de Quito, falleció su tío materno, señor Juan Bernardo Barba Zambrano, sin haber dejado descendencia directa alguna, por lo que, en calidad de sobrinos propios solicitaron la posesión efectiva de sus bienes, la que les fue concedida mediante sentencia dictada el 27 de marzo de 1997, por el señor Juez Quinto de lo Civil de Pichincha, que fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Cantón Quito, el 5 de abril del mismo año. Lo que hicieron con el ánimo de suceder al causante, conjuntamente con sus primas hermanas, señoras Victoria del Carmen, Nelly Susana de Lourdes y Elva Cecilia Ayala Barba, particularmente en un bien inmueble ubicado en la Av. 10 de Agosto y Cordero, parroquia Santa Prisca del cantón y ciudad de Quito, provincia de Pichincha, bien que había adquirido su tío señor Juan Francisco Barba Zambrano conjuntamente con su cónyuge, por compra realizada a José Javier Concha Sigcha y otros, según escritura pública de 27 de junio de 1959, otorgada ante el Notario Alejandro Troya, e inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Quito el 2 de julio de 1959. Mas sucede que aparece otorgada una escritura pública de fecha 20 de noviembre de 1992, ante el señor Notario Décimo Sexto del cantón Quito, Dr. Gonzalo Román Chacón, que dice contener un supuesto contrato de compraventa de derechos y acciones equivalentes a la totalidad del bien inmueble referido, mediante el cual Juan Bernardo Barba Zambrano vende a las señoras Nelly Susana Ayala Barba y Myriam del Carmelo Araque Mejía. Por cuanto, dicen, las condiciones de salud y la edad del supuesto vendedor señor Juan Bernardo Barba Zambrano le tenían en "estado de completa postración", por lo que "jamás pudo haber comparecido personalmente ante el despacho notarial a cargo del Dr. Gonzalo Román Chacón, para firmar la matriz de la escritura pública que dice contener el contrato de compraventa de derechos y acciones antes aludidos", lo que les hace presumir que "la firma y rúbrica que aparece sentada en dicha matriz ha sido suplantada por una tercera persona con evidente ánimo de apropiarse de cosa ajena...", lo que, según afirman se puede detectar a simple vista y se ha "precisado técnica y científicamente" con la intervención del Juzgado Segundo de lo Civil de Pichincha, dentro de la diligencia previa de inspección y exhibición solicitada y que obra de autos a fs. 11 a 40 del cuaderno de primera instancia, por lo que, en la vía ordinaria, demandan, a las señoras Nelly Susana Ayala Barba y Myriam del Carmelo Araque Mejía, a fin de que en sentencia se declare la nulidad del antes mencionado contrato de compraventa de derechos y acciones, por falsificación manifiesta de firma y rúbrica del supuesto vendedor, y, por consiguiente falsedad de su texto, y para que sean condenadas al pago de daños y perjuicios ocasionados, el daño moral que les causa y el pago de costas procesales en las que se incluirán los honorarios profesionales. En razón de que la primera de las demandadas, señora Nelly Susana Ayala Barba, al tiempo de otorgado el contrato, cuya nulidad se persigue, aparece de estado civil casada, solicitan se haga extensiva la demanda a su cónyuge el señor Eduardo Rosero Barba. Al contestar la demanda, los demandados, se excepcionan diciendo: 1. Son falsos los fundamentos de hecho y de derecho invocados por los actores. 2. Alegamos improcedencia de la acción. 3. Falta de derecho de los actores para demandar. 4. Nulidad de trámite. 5. Prescripción de la acción. Además, reconviene a los actores el pago inmediato del préstamo que le hiciera el causante señor Juan Bernardo Barba Zambrano al actor René Eduardo Arboleda Barba, por la cantidad de nueve millones de sucres, más los intereses, que afirman deben

ascender a la suma de ciento cincuenta millones de sucres. Los actores, por su parte, al contestar la reconvenición planteada han negado pura y simplemente los fundamentos de hecho y de derecho en los que sustenta. El Juez a quo, luego del trámite de instancia, ha dictado sentencia desechando la demanda por improcedente (en razón de que tratándose de bienes sucesorios debían intervenir en la demanda todos los herederos del difunto), y, negando la reconvenición.- Interpuesto recurso de apelación por parte del procurador común de los demandantes, la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, luego del trámite de instancia, en fallo de mayoría, confirma la sentencia subida en grado, al rechazar la demanda por improcedente (el actor debió demandar a más de la nulidad del contrato, la nulidad de la escritura y no lo hizo) y la reconvenición por falta de prueba. SEGUNDO: El procurador común de la parte actora, señor René Eduardo Arboleda Barba, en el escrito de interposición del recurso de casación menciona como infringidos los Arts. 27 y 29 de la Ley Notarial; 1724, 1725, 1726 y 1731 del Código Civil; y, 117 y 118 del Código de Procedimiento Civil, señalando que su recurso lo fundamenta en las causales primera, por errónea interpretación de los Arts. 27 y 29 de la Ley Notarial; y, tercera, por falta de aplicación de los Arts. 1724, 1725, 1726 y 1731 del Código Civil y 117 y 118 del Código de Procedimiento Civil.- Los demandados han contestado el recurso de casación dentro del término que tenían para hacerlo y en lo principal han dicho: Que no procede la admisión del recurso, por que "el recurrente **NO INDICA** de forma alguna si la violación supuestamente perpetrada lo es por comisión o por omisión, **NO ESPECIFICA** si ha existido falta de aplicación o errónea interpretación...".- Que hay ilegitimidad al interponer el recurso de casación, puesto que el señor René Arboleda Barba interpone el recurso de casación a nombre propio y como procurador común de los demás actores, provocando una ilegitimidad de personería al incumplir el Art. 4 de la Ley de Casación, que manda que "el recurso solo podrá interponerse por la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto..." y que la procuración común feneció con lo sentencia de última instancia dictada por la Corte Superior. Depósito irregular y fuera de término de la caución. Falta de fundamento del recurso de casación, por que los casacionistas han fundamentado su recurso alegando la falsificación de la firma y rúbrica del vendedor, esto es, impugnando la autenticidad del documento público, que no puede destruirse sino demostrándose la falsedad del mismo por la persona que lo impugnó. TERCERO: En cuanto al primer cargo, propuesto por el casacionista, esto es errónea interpretación de los Arts. 27 y 29 de la Ley Notarial, manifiesta que el Tribunal ad quem en el fallo impugnado, "no obstante reconocer en el considerando Cuarto de la sentencia que impugnamos":... que "Se ha demandado la nulidad del contrato de compraventa de derechos y acciones" sin embargo ha sostenido que no se ha demandado la nulidad de la escritura pública que contiene dicho contrato de compraventa, por cuanto lo firmado es "la escritura pública" acto muy diferente al contrato de compraventa, ...que se debía demandar...la nulidad de la escritura pública y la del contrato que se halla contenido en ella. A lo dicho, se hacen las siguientes acotaciones: a) Que en ningún momento, en su calidad de accionantes, han dicho que en la matriz no hay firma y rúbrica del vendedor, puesto que en el sitio asignado en la escritura que contiene el contrato de compraventa de derechos y acciones para que se la consigne aparece una firma y rúbrica, pero que éstas no corresponden al titular de los derechos y acciones que se

venden por tal instrumento, lo que se ha demostrado dentro del proceso, especialmente con las experticias que obran de autos; b) Que no habiendo el consentimiento del vendedor, requisito esencial para que el acto o contrato surta plenos efectos legales, el contrato de compraventa de derechos y acciones es nulo de nulidad absoluta; y, c) Que al admitirse la pretensión de que se declare nulo el contrato de compraventa de derechos y acciones, automáticamente queda también nula y sin valor alguno la escritura pública que la contiene. Al respecto y para clarificar el asunto, es necesario remitirse al texto de la demanda que contiene la pretensión de los actores, en la que se lee “demandamos... a fin de que en sentencia se declare la nulidad del contrato de compraventa de derechos y acciones, que dice haber sido otorgado por escritura pública de 20 de noviembre de 1992, ante el Notario Décimo Sexto del cantón Quito y **por consiguiente la falsedad de su texto**” (el resaltado en negrillas es de la Sala). En efecto, lo que persiguen los demandantes es la declaratoria de nulidad de un contrato de compraventa de derechos y acciones sobre un bien inmueble, contrato que está regido por las disposiciones constantes en el Libro Cuarto del Código Civil, Título XXII, que trata sobre la compraventa, entre las que consta la contenida en el Art. 1732, que la define como: “...un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero...” y la que consta en el inciso segundo del Art. 1740, que dice: “La venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputarán perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, ...”, por lo tanto, para que se pueda hablar de compraventa debe existir el acuerdo de voluntades para determinar la cosa que se vende y el precio que se pagará por ella, acuerdo que deberá sujetarse a la normatividad que prevé nuestra legislación sustantiva civil para los actos y declaraciones de voluntad, cuyos requisitos puntualiza el Art. 1461 del citado cuerpo de leyes, que menciona: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1. Que sea legalmente capaz. 2. Que consenta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio. 3. Que recaiga sobre un objeto lícito. 4. Que tenga una causa lícita”, El incumplimiento de tales requisitos, para el caso particular que nos ocupa, esto es la compraventa de inmuebles, acarea de conformidad con el Art. 1698 del Código Civil, su nulidad, la misma que puede y debe ser declarada por el Juez aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato (Art. 1699 *ibidem*). Siendo como es el otorgamiento de escritura pública la única forma de conferirle validez formal al contrato de compraventa de derechos y acciones de bienes inmuebles, la nulidad de éste del contrato, por ausencia de los requisitos que le son inherentes y que quedaron mencionados en líneas precedentes, ocasiona, sin duda alguna, la nulidad de aquella, de la escritura, por tanto al haberse demostrado que la firma del vendedor, acto por el cual queda plasmada la voluntad de otorgar el documento que suscribe, ha sido falsificada, mediante las pericias que obran de autos, no se puede hablar de la expresión o manifestación del consentimiento del supuesto vendedor, por tanto el Tribunal *ad quem*, al señalar que “La firma de la escritura pública, es la forma de expresar el consentimiento del otorgante, al que se refiere en parte el requisito primero del Art. 27 de la Ley Notarial y este requisito ha sido dubitado por la parte actora, alegando que la firma del vendedor de los derechos y acciones es falsificada. Siendo requisito de la escritura pública el consentimiento que se manifiesta con la suscripción de la misma, el accionante debió haber

demandado la nulidad de la escritura pública y del contrato que se halla contenido en ella, cuestión que no lo ha hecho”. Esta apreciación que se hace en el fallo impugnado, en cuanto al contenido y alcance de la demanda, es evidentemente una apreciación errada, la pretensión contenida en la demanda alcanza tanto a la nulidad del contrato como a la nulidad de la escritura que la contiene. El Tribunal inferior, por tanto ha interpretado erróneamente las disposiciones invocadas. La escritura no es sino el documento que concreta el negocio jurídico, en base a la voluntad de las partes, por lo que la firma de sus otorgantes puestas al pie de aquel constituyen la manifestación formal de dicho consentimiento, que bien puede faltar cuando se ha falsificado la firma de uno de los otorgantes como en el caso que nos ocupa.- En cuanto al segundo de los cargos imputados a la sentencia recurrida, esto es errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, cabe mencionar que la resolución objeto del recurso de casación si bien hace referencia a la prueba actuada dentro del proceso en el considerando tercero, no realiza un verdadero análisis de aquella, soslayando los hechos probados por la parte actora, con los que se demuestra la falsificación de la firma del documento impugnado, incumpliendo de esta forma con lo prescrito por el Art. 1699 (ex 1726) del Código Civil, que manda: que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez aun sin petición de parte. CUARTO: En cuanto a las alegaciones realizadas por la parte demandada al contestar el recurso de casación, sobre la primera, esto, es improcedencia de la admisión del recurso de casación por no especificar si existe falta de aplicación o errónea interpretación, debemos remitirnos a lo que textualmente manifiestan los demandados en su escrito de contestación al recurso de casación cuando dicen: “El recurrente en el **enredado y contradictorio** escrito casatorio presentado, en el segundo y tercero párrafos del referido manifiesto, textualmente dice: ‘Consideramos que se han infringido las siguientes normas de derecho. 1.- Errónea interpretación de los Arts. 27 y 29 de la Ley Notarial. 2.- Falta de aplicación de los Arts. 1724, 1725, 1726 y 1731 del Código Civil y 117 y 118 del Código de Procedimiento Civil’. ‘El recurso de casación que interpongo lo fundamento en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación’”. Como se puede observar el recurrente sí individualiza el vicio recaído en cada una de las normas legales que considera infringidas, pues no determina respecto de todas las normas que menciona ambos cargos: errónea interpretación y falta de aplicación, es más vale resaltar el hecho de que el primer vicio lo señala con respecto a la causal primera y el segundo con respecto a la tercera de las causales contenidas en el Art. 3 de la ley de la materia que invoca. Sobre la segunda alegación, ilegitimidad al interponer el recurso de casación, por cuanto su calidad de procurador común feneció con la sentencia de última instancia dictada por la Quinta Sala de la Corte Superior, carece de sustento legal, pues la procuración para dejar de ser tal debe ser revocada expresa o tácitamente, mientras esto no ocurra la designación tiene plena vigencia mientras no concluya el juicio. Además al haberse pagado la caución por parte de los recurrentes ha quedado suspendida la ejecución de la sentencia, lo que confirma sin lugar a dudas que el juicio no ha terminado. Con respecto al depósito irregular y fuera de término de la caución, debemos precisar que el pago de la caución tiene por objeto suspender la ejecución de la sentencia recurrida, no constituye requisito indispensable para la procedencia del recurso de casación, de conformidad con lo prescrito por el Art. 11 de la ley de la materia, a pesar de lo dicho, obra de autos a fs. 74 el

comprobante de depósito de la caución, que por error, en un principio se depositó en cuenta equivocada, yerro que fue corregido por el interesado, con orden del Tribunal ad quem. Por último, en lo que se refiere a las consideraciones que realizan los demandantes sobre la falta de fundamento del recurso de casación, cuando manifiestan que los casacionistas basan su recurso alegando falsificación de la firma y rúbrica del vendedor, impugnando con ello la autenticidad del documento público, vale recordar que la Corte Superior en el fallo recurrido, aunque equivocadamente, desecha la demanda porque supuestamente los actores al proponerla solicitaron solamente se declare la nulidad del contrato de compraventa sin pedir la nulidad de la escritura pública que lo contiene, motivo por el que carece de sustento lo aseverado por la parte demandada al contestar el traslado. Por los considerandos expuestos, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia y por tanto acepta la demanda, declarando la nulidad del contrato de compraventa de derechos y acciones, otorgado por escritura pública de 20 de noviembre de 1992, ante el Notario Décimo Sexto del cantón Quito, Dr. Gonzalo Ramón Chacón, inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Quito el 11 de marzo de 1993, y, dispone se margine en el protocolo correspondiente esta declaratoria y se cancele la inscripción pertinente en el registro de la propiedad, y, se remita copia de los autos al Ministerio Fiscal para los fines consiguientes, de conformidad con lo prescrito por el inciso final del Art. 180 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil vigente.- Sin costas, ni multa.- Notifíquese.

Fdo.) Dres. César Montaña Ortega, Daniel Encalada Alvarado y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil.- Certifico.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

Las seis fojas que anteceden, son fieles y exactas a sus originales.- Certifico.- Quito, 17 de julio del 2006.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

No. 268-2006

JUICIO ORDINARIO

ACTORES: Néstor Holguer Zurita Pérez y otra.

DEMANDADOS: María Ushca y otros.

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

Quito, 17 de julio del 2006, a las 08h17.

VISTOS (293-2003): La presente causa que se sigue por nulidad de contrato, ha subido a este nivel jurisdiccional por recurso de asación interpuesto por los actores, cónyuges Néstor Holguer Zurita Pérez y María Elena Castro, de la

sentencia expedida por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Riobamba que confirma en todas sus partes la sentencia dictada por el Juez Primero de lo Civil de Riobamba que, por improcedente, declara sin lugar la demanda. Habiéndose radicado la competencia en esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia; y, encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: Los cónyuge Néstor Zurita y María Elena Castro de Zurita al presentar su demanda, han dicho: que la señora María Ushca el día 29 de marzo de 1994 les vendió el terreno Cóndor Samana, ubicado en la comunidad Chuquipoguo de la parroquia San Andrés, dentro de los linderos y mensuras que constan en la escritura celebrada el día 29 de marzo de 1994 e inscrita el 30 de los mismos mes y año. Que la vendedora María Ushca vuelve a vender el terreno Cóndor Samana, a favor de su hija la señora Martha Natividad Guamán Ushca, mediante escritura de fecha 2 de mayo de 1995, inscrita en el Registro de la Propiedad el 4 de los mismos mes y año. Que, por último, Martha Natividad Guamán Ushca, a su vez, vende el mencionado predio Cóndor Samana a los señores Juan Efraín Casa y Aída Graciela Caluza Caluña, mediante escritura pública otorgada el 25 de marzo de 1996, inscrita el 1 de abril del propio año, por lo que deducen su acción y demandan a María Ushca, Martha Natividad Guamán Ushca y a los cónyuges Juan Efraín Casa y Aída Graciela Caluza Caluña, la nulidad de los contratos de compra venta, contenidos en el segundo y tercero de los instrumentos públicos antes mencionados y, por los que se vende el terreno Cóndor Samana, el mismo que al tiempo de su otorgamiento no pertenecía a las vendedoras sino a los comparecientes, asimismo solicita la restitución del inmueble, más las costas y perjuicios. Fundamentan su demanda en las normas contenidas en los Arts. 1488, numerales 2, 3 y 4, 1494, 1501, 1507, numerales 1 y 2, 1510, en concordancia con los Arts. 1724, 1725 y 1726, todas del Código Civil. Citados que fueron legalmente los demandados, contestan la demanda los cónyuges Efraín Casa y Aída Caluña y al hacerlo proponen las siguientes excepciones: 1. Negativa simple pero absoluta de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta. 2. Ilegitimidad de personería de los actores para proponer el juicio. 3. Cosa juzgada. 4. Dicen no allanarse a ninguna nulidad procesal. 5. Subsidiariamente a la cosa juzgada alegan litis pendencia. 6. Alegan falta de identificación del lote de terreno materia del juicio. Además, reconviene a los actores el pago de la suma de doscientos millones de sucres valor real del predio. Los actores, por su parte, al contestar la reconvenición planteada han negado simple y llanamente los fundamentos de la misma. Cumplido el trámite de la instancia, el Juez Primero de lo Civil de Riobamba, ha dictado sentencia declarando, por improcedente, sin lugar la demanda y la reconvenición presentada. De la sentencia de primer nivel, los actores han interpuesto recurso de apelación, al que se adhirieron oportunamente los demandados señores Juan Casa y Aída Caluña. Subido en grado el conocimiento de la causa, por sorteo de ley se radicó su conocimiento en la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Riobamba, la cual, sorprendentemente, sin cumplir con el trámite de instancia, formalización del recurso, apertura de la prueba..., previsto en las normas constantes en los Arts. 408 y siguientes del Código de Procedimiento Civil dictan sentencia, para luego, asimismo, sorprendentemente, anular la sentencia por ellos dictada, quebrantando así el principio de irrevocabilidad de la sentencia, consagrado en el Art. 281 del Código de Procedimiento Civil vigente, que dice: "El juez que dictó

sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso...". Repuesto el trámite de la instancia por la Sala de Conjuces se dicta sentencia, confirmando la pronunciada por el Juez de primer nivel en todas sus partes. SEGUNDO: La actuación del Tribunal de alzada referida, en el considerando anterior al anular la sentencia por ellos pronunciada afecta la validez procesal, primer aspecto que debe ser considerado por el Tribunal de Casación al tiempo de conocer el recurso, pues, al anular la sentencia quebrantan norma expresa, la aludida en el considerando anterior y causan la nulidad procesal, pues "Los actos que prohíbe la Ley son nulos y de ningún valor" (Art. 9 del Código Civil vigente). Sin embargo de lo anotado a este respecto, teniendo en cuenta que el vicio no ha sido alegado por el recurrente como cargo a la sentencia impugnada, y, además, también porque conforme a lo prescrito por el Art. 350 del Código de Procedimiento Civil, cuando la nulidad provenga de composición irregular del Tribunal o defecto en la intervención de los jueces..., el superior sin declarar la nulidad procederá a resolver sobre lo principal.... TERCERO: La parte actora en su escrito de interposición del recurso de casación señala como normas infringidas los Arts. 1488 numerales 2°, 3° y 4° del Código Civil, por falta de aplicación en relación con el Art. 1744 igualmente por falta de aplicación; los Arts. 1494 y 1501 del Código Civil por falta de aplicación lo que conlleva a la falta de aplicación de los Arts. 29 inciso final, 32 y 1756; el Art. 1496 del Código Civil por falta de aplicación; el Art. 1507 del Código Civil numerales 1° y 2°, por errónea interpretación; los 1490 y 1509 del Código Civil vigente, por aplicación indebida; el Art. 1510 del Código Civil, por errónea interpretación; los Arts. 1724, 1725 y 1726 del Código Civil por falta de aplicación; el Art. 1727 del Código Civil, por falta de aplicación en concordancia con el Art. 284 del Código de Procedimiento Civil; el Art. 1781 del Código Civil, por errónea interpretación que conlleva aplicación indebida en parte y falta de aplicación en parte, en concordancia con el Art. 23 numeral 26 de la Constitución Política de la República del Ecuador; los Arts. 1492 y 1493 del Código Civil vigente por falta de aplicación; el Art. 285 del Código de Procedimiento Civil por falta de aplicación; el Art. 365 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación y el Art. 1744 del Código Civil por falta de aplicación. Funda su recurso en las causales primera, segunda, tercera y cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación. CUARTO: Los recurrentes, cónyuges Néstor Holguer Zurita Pérez y María Elena Castro, al fundamentar los cargos que formulan a la sentencia que impugnan, han sostenido: - que las escrituras de compraventa celebradas, la una, que ellos califican como segunda escritura, otorgada por la vendedora señora Martha Natividad Guamán Ushca con fecha 2 de mayo de 1995; y, la otra, que la califican como tercera escritura, otorgada por Martha Natividad Guamán Ushca a favor de Juan Efraín Casa y Aída Graciela Caluza Caluña el 25 de marzo de 1996, son nulas, por cuanto el predio fue vendido, con anterioridad, por María Ushca a favor de ellos, mediante escritura de fecha 29 de marzo de 1994; - que, no siendo las vendedoras las dueñas del predio, no podían vender lo que no era de ellas; que en la sentencia impugnada hay falta de aplicación del Art. 1488 (1461 de la codificación actual) numerales 2°, 3° y 4° del Código Civil, que establece: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración, de voluntad es necesario que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita". Han dicho que en la especie los contratos cuya nulidad se

demandan carecen de tales condiciones, "tanto respecto de los mismos contratos impugnados cuanto de la parte actora del presente juicio", que las compraventas efectuadas por María Ushca a Martha Natividad Guamán Ushca y por ésta a José Casa y señora, han sido efectuadas "sin nuestro consentimiento, no existiendo poder o mandato legalmente conferido al amparo de los Arts. 2047 del Código Civil vigente, ni tampoco ratificación de sus actuaciones ilegales". Al respecto, resulta obvio que los recurrentes están equivocados al sostener que hay falta de consentimiento por no haber autorizado ellos como supuestos propietarios la venta. El consentimiento consiste en la expresión libre de la voluntad del otorgante, esto es, de las vendedoras, entonces, no son admisibles, por lo mismo, las afirmaciones hechas sobre vicio del consentimiento por error esencial en el objeto de la venta y dolo de las otorgantes, como no son tampoco admisibles las afirmaciones que se hacen sobre objeto ilícito y causa ilícita, con el argumento de que la venta ha sido hecha sobre un predio que ya no les pertenecía o que está fuera del patrimonio de las otorgantes. Incluso, en la venta de cosa ajena no hay objeto ilícito ni causa ilícita. El Art. 1781 del Código Civil (1754 de la codificación actual) prescribe: "La venta de cosa ajena vale" sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida. La afirmación de los recurrentes de que en la sentencia se evidencia aplicación indebida de esta norma, al no considerar el texto íntegro de la norma que señala que será válida la venta de cosa ajena "sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el transcurso del tiempo", no es admisible desde que en el fallo se alude a la norma íntegra incluida la segunda parte "sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida". En efecto, la venta de cosa ajena no es causa de nulidad, desde que la misma norma legal señala el efecto, **que la venta es válida, sin perjuicio de los derechos del dueño**. Los recurrentes incurren en el error de suponer que el vendedor debe necesariamente ser el dueño de la cosa para que la venta sea válida, y de que al no serlo la venta es nula. Esta idea aunque repetida en la práctica es falsa, desde que la ley admite como válida la venta de cosa ajena, así se ha señalado en repetidos fallos emitidos por la sala de lo Civil de la Corte Suprema se Justicia, entre los que se pueden citar los siguientes: Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia No. 89-99, dictada en el juicio ordinario No. 1298-93 -que por nulidad de contrato de compraventa siguió José Miguel Gómez Fuentes y otros contra María Fabiola Gordillo García y otro, publicada en la Gaceta Judicial Serie XVI, No. 14, Págs. 3971 y s.s.; Resolución de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil No. 47-2003, dictada en el juicio ordinario No. 124-2002, que por nulidad de contrato de donación siguió María Delia López Guaño contra María Carlota López Guaño, publicada en la Gaceta Judicial Serie No. XVII, No. 11 Pág. 3494 y s.s.. El dueño para defender sus derechos sobre la cosa vendida ha de intentar la acción que legalmente corresponde, a efectos de que pueda alcanzar la valoración del título que acredita su derecho, frente a los que puedan exhibir los contrarios, pero esta acción no es precisamente la de nulidad. Por los considerandos que quedan expuestos, la Tercera 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, desestima el recurso y no casa la sentencia. Se observa y amonesta a los señores doctores Rafael Ricaurte R., Adolfo Murillo M. y Eduardo Avila, Ministro y conjuces permanentes de la Primera Sala de la H. Corte Superior de

Justicia de Riobamba por su actuación ilegal al haber anulado la sentencia dictada por ellos mismos, en quebrantamiento de norma legal expresa. Sin costas ni honorarios que regular. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. César Montaña Ortega, Daniel Encalada Alvarado y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

Las tres fojas que anteceden, son fieles copias de su original.- Certifico.- Quito, 17 de julio del 2006.

f.) Secretaria Relatora.

No. 269-2006

JUICIO ORDINARIO

ACTOR: Iván Iglesias Castillo, en calidad de Interventor Titular de la E.E.R.S.S.A.

DEMANDADA: Empresa Eléctrica Regional del Sur S. A.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 17 de julio del 2006, a las 10h29.

VISTOS (169-2004): La causa ha subido a este nivel jurisdiccional por recurso de hecho interpuesto por el Ing. Jorge Ramiro Carrión León, en su calidad de Presidente Ejecutivo y como tal representante legal de la Empresa Eléctrica Regional del Sur S. A. EERSSA, de la sentencia expedida por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Loja, que revoca la sentencia de primera instancia, dictada por el Juez Quinto de lo Civil de Loja, admitiendo la demanda propuesta por Juan Iglesias C. en contra de la referida empresa, por cobro de honorarios. Habiéndose radicado la competencia en esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, se ha cumplido el trámite previsto, con la admisión del recurso de hecho, en providencia inicial y luego con el alegato presentado por la parte demandada, encontrándose al momento la causa en estado en que debe expedirse la sentencia; y, para hacerlo se considera: PRIMERO: El actor ha comparecido con su demanda ante el Juez de lo Civil de Loja manifestando en lo esencial lo siguiente: que mediante Resolución No. 0236/99 del Consejo Nacional de Electricidad CONELEC se dispuso la intervención del Estado, por conducto del CONELEC a la Empresa Eléctrica Regional del Sur S. A., para lo cual fue designado su interventor titular, con fecha 16 de diciembre de 1999, habiendo tomado posesión del cargo el mismo día, con un honorario de veinte millones de sucres mensuales y con una

remuneración de diez millones de sucres para el asistente administrativo. Que en cumplimiento de la obligación contraída, las labores las inició el 16 de diciembre de 1999 hasta el 16 de abril del 2000, habiéndose producido una suspensión temporal de la intervención entre el 27 de marzo del 2000 al 9 de abril del 2000. Que conforme al Art. 110 del Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la Prestación de Servicios de Energía Eléctrica, todos los costos que demande la intervención dispuesta por el CONELEC, debían ser cubiertos por la empresa intervenida. Que la Empresa Eléctrica Regional del Sur S. A. hizo un pago parcial por el período comprendido entre el 16 de diciembre de 1999 hasta el 15 de enero del 2000, por el cual emitió factura, cuyos valores detalla, quedando un saldo que debe cubrir la empresa a su favor a contabilizarse desde el 16 de enero hasta el 16 de abril del 2000. Que realizó continuos reclamos de carácter administrativo ante el Director Ejecutivo del CONELEC y ante el Presidente Ejecutivo de EERSSA, pidiéndoles que den solución al pago de sus honorarios, sin que hasta la fecha la empresa intervenida haya cubierto los valores reclamados. Que con esos antecedentes demanda en la vía ordinaria a la Empresa Eléctrica Regional del Sur S. A. de la ciudad de Loja, en la persona de su representante legal, señor ingeniero José Gutiérrez Viñán y por la responsabilidad solidaria al CONELEC, en la persona de su representante legal señor ingeniero Javier Astudillo Farah, para que en sentencia se disponga que la parte demandada cancele todos los valores que le adeuda, esto es: honorarios del interventor y remuneraciones del asistente administrativo, desde enero 16 del 2000 hasta marzo 22 del 2000; y desde abril 10 del 2000 hasta abril 16 del 2000, con más los intereses de mora hasta la fecha de pago, gastos incurridos en gestiones de cobro y costas procesales. Admitida la demanda a trámite y una vez citada la parte demandada ha comparecido dando contestación y oponiendo las siguientes excepciones: 1. Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. 2. Ilegitimidad de personería de la parte actora puesto que reclama valores y derechos que no le corresponden, debido a que en este campo las acciones son personales. Que si bien es cierto que en la Resolución No. 0236-99 en el numeral 7.9 se daba facultades al interventor para que nombre personal de apoyo a fin de que colabore en su labor, no es menos cierto que la Empresa Eléctrica durante el tiempo que se mantuvo la intervención y, por ende, las labores del actor no tuvo conocimiento de que él haya nombrado un asistente administrativo, al cual jamás se lo llegó a conocer, pues nunca trabajó en las dependencias de la empresa. Que el actor en forma por demás inexplicable hace reclamos de pagos por un tercero, el asistente administrativo del cual ni siquiera da nombre alguno, ni sus generales de ley, ni adjunta contrato de trabajo, tratando astutamente de sorprender a la autoridad. 3. Plus petition, debido a que reclama valores que no le corresponden, puesto que la resolución de intervención en su numeral 11 señala: "Los honorarios por los servicios de intervención serán convenidos con el señor Director Ejecutivo del CONELEC y no podrán superar la remuneración del representante legal de la Empresa Regional del Sur S. A., cuya remuneración a la fecha era de doce millones ochocientos cuarenta mil sucres". Que existe improcedencia de la acción debido a que la empresa intervenida no puede irse en contra de la resolución dictada por el Directorio del CONELEC. Que, adicionalmente a lo expuesto, en ninguna parte de la resolución o comunicación suscrita por el representante del CONELEC se solicita a la institución intervenida que cancele viáticos y pasajes aéreos al doctor

Iglesias, puesto que en los honorarios fijados se contempla todos los rubros, por lo que se llegó a pagar valores en exceso. Que reconviene al actor la devolución de valores pagados en exceso con los respectivos intereses, para lo cual fija la cuantía en la cantidad de mil dólares americanos y reclama el pago de costas procesales.- El actor con posterioridad ha reformado su demanda, pidiendo que se cuente con el señor Procurador General del Estado. Admitida la reforma y cumplido el trámite de la instancia, el Juez Quinto de lo Civil de Loja, ha dictado sentencia declarando sin lugar la demanda por falta de prueba. De la sentencia de primer nivel, el demandante ha interpuesto el recurso de apelación. La Corte Superior de Loja, Sala Especializada de lo Civil, luego de tramitada la instancia, ha dictado sentencia revocando la de primer nivel y, consecuentemente, admitiendo la demanda, disponiendo que la Empresa Eléctrica Regional del Sur S. A. pague al actor la cantidad de veinte millones de sucres por cada mes de labor como interventor y diez millones de sucres que corresponden al asistente administrativo, descontando el período de suspensión de la intervención y el pago parcial efectuado, con más el interés legal sobre el valor no pagado a partir de la citación con la demanda, con costas. SEGUNDO: La demandada, Empresa Eléctrica Regional del Sur S. A, a través de su representante legal, en el escrito de interposición del recurso de casación, ha dicho en lo fundamental lo siguiente: que las normas que han sido inaplicadas son las del Art. 23 numeral 26 y Art. 24 numeral 13 de la Constitución, referentes a la seguridad jurídica y a la garantía que establece que todas las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas, el Art. 97, numeral 18 de la Constitución, que se refiere al libre ejercicio profesional con sujeción a la ética, el Art. 13 del Reglamento de Intervención dictado por la Superintendencia de Compañías, en lo que respecta a la fijación del sueldo de los interventores, el Art. 11 del Reglamento de Requisición de Bienes, que dice que la prestación de servicios se llevará a efecto bajo el control de la autoridad responsable de la empresa, los Arts. 1480, 1481, 1488, 1489, 1492, 1510, 1554 y 1742 del Código Civil, referentes al nacimiento de las obligaciones, a los actos y declaraciones de la voluntad, de la estipulación a favor de una tercera persona, de la capacidad, de la causa real y lícita, de las obligaciones solidarias y de la prueba de las obligaciones. Que el Art. 118 del Código de Procedimiento Civil que se refiere a la prueba, ha sido erróneamente interpretado. Que las normas procesales que no han sido aplicadas son Arts. 72, numeral 2, 278 y 1067 del Código de Procedimiento Civil.- Al aludir a las causales en que funda su recurso, menciona las siguientes: 1) La falta de aplicación de normas de derecho, así como la indebida y errónea interpretación de expresas disposiciones legales en los considerandos de la sentencia, que fueron determinantes para su parte dispositiva, causal contemplada por el Art. 3 de la Ley de Casación, "dentro de la primera de las causales". 2) Falta de aplicación de normas procesales que han viciado el proceso de nulidad insanable y que han influido en la decisión de la causa, que corresponde a la segunda de las causales enumeradas en el Art. 3 de la Ley de Casación. 3) Falta de aplicación de preceptos jurídicos en la valoración de la prueba y error de hecho en la apreciación de las mismas, contempladas por el Art. 3 de la Ley de Casación como tercera causal. 4) Que la sentencia no contiene los requisitos exigidos por la ley y adopta decisiones contradictorias e incompatibles, contemplada como la quinta de las causales por el Art. 3 de la Ley de Casación, que el fallo no cumple con los requisitos

contemplados en el Art. 280 del Código de Procedimiento Civil y en el Art. 119 del mismo código. En el análisis de los fundamentos del recurso ha precisado los siguientes aspectos: que la resolución impugnada no está motivada, conforme lo requiere el Art. 24 numeral 13 de la Constitución. Que la resolución no ha tomado en cuenta la disposición del Art. 13 del Reglamento de Intervención de la Superintendencia de Compañías, que establece: "Los honorarios de los interventores se fijarán tomando en cuenta los siguientes indicadores: volumen de operación compañía intervenida, trabajo a realizar, intensidad de la carga horaria y sueldo del representante legal o de funcionario de similar jerarquía". Que no ha tomado en consideración el Art. 11 del Reglamento de Requisición de Bienes: "La prestación de servicios se llevará a efecto bajo el control de la autoridad responsable de la empresa, institución o dependencia a la que haya sido asignado el personal". Ha transcrito el contenido de las normas del Código Civil aludidas como infringidas, afirmando que el fallo recurrido no contempló ni aplicó ninguna de aquellas, como si no existieran o no fueran procedentes, afirmando que las normas en mención protegen los intereses de su representada, garantizándole el derecho a la seguridad jurídica. Ha dicho que no es posible que el actor pretenda cobrar valores a nombre de una tercera persona, de quien no ha justificado ser mandatario, que pretende cobrar a nombre de un supuesto "asistente administrativo", del cual se desconocen sus funciones, horarios, trabajos realizados. Que la prestación de servicios se presta bajo el control de la autoridad responsable de la empresa, por lo que si el interventor requería de un asistente administrativo, debía haber puesto el particular en conocimiento de la EERSSA, para que le asigne un lugar de trabajo, para que verifique su trabajo, para que le tomen los datos a fin de elaborar las planillas de pago, pero que nada de esto ocurrió, simplemente porque el asistente administrativo no existió, hechos que no son analizados, ni resueltos en la sentencia dictada. Con respecto a la falta de aplicación de preceptos jurídicos en la valoración de la prueba y error de hecho en la apreciación dice que lo expresado en el considerando tercero... "mediante oficio No. 119 de 18 de enero del 2000...", en atención al pedido formulado por el Dr. Iván Iglesias la Dirección Ejecutiva ha aprobado la contratación de un asistente administrativo que colaborará directamente con el interventor y cuya remuneración mensual será de diez millones de sucres...", que el solo hecho de haberse aprobado la contratación del asistente administrativo, no es suficiente fundamento, porque traía implícita la obligación de que éste se presente ante el representante legal de la EERSSA, a fin de que los servicios sean verificados y de que se remita el contrato de ese asistente administrativo, lo cual no ocurrió, sin embargo de lo cual en segunda instancia se ordena el pago de honorarios, no al asistente administrativo sino a un tercero, al actor doctor Iván Iglesias. Que, igualmente, el literal i) del mismo considerando dice: "Certificación sobre remuneración del Presidente Ejecutivo de la Empresa Eléctrica Regional del Sur S. A., que sobrepasa el equivalente a veinte millones de sucres, fijados para el Interventor". Sin considerar la prueba presentada por la parte demandada, ya que de dicha certificación se desprende que el sueldo del Presidente Ejecutivo era de doce millones ochocientos cuarenta mil sucres, y que el valor de los honorarios del interventor no pueden superar esa cantidad. Que no se han revisado los recibos aludidos en el considerando cuarto, en los que las firmas de uno de los supuestos asistentes administrativos, Adolfo Viver I. no concuerdan con las firmas constantes en

los recibos aparejados en primera instancia. Que sobre el considerando quinto de la sentencia de segunda instancia, que expresa que las excepciones planteadas han quedado como simples enunciados sin ningún respaldo probatorio, sostiene que los jueces no han valorado la prueba presentada por la empresa, como no han valorado tampoco la prueba presentada atinente a la ilegitimidad de personería de la parte actora para demandar el pago de valores que corresponden a terceros. Que, en general, existe una total falta de aplicación de las normas legales sobre valoración de la prueba, que el Art. 1746 del Código Civil en concordancia con el 169 del Código de Procedimiento Civil les dan pleno valor probatorio a los documentos privados reconocidos legalmente, pero no a documentos simples como son los recibos que adjunta el actor. TERCERO: De toda la exposición hecha por el recurrente en su escrito de interposición del recurso y que queda reseñada en el considerando anterior se puede resumir que los cargos que se formulan a 153 sentencia versan sobre los dos siguientes tópicos: 1) Que los honorarios asignados al demandante, por su función de interventor, de veinte millones de sucres por mes, no son los que le correspondían, por cuanto excede el límite señalando en la Resolución No. 0236/99 del Directorio del Consejo Nacional de Electrificación CONELEC, esto es del equivalente a la remuneración del representante legal de la empresa intervenida. 2) Que el demandante carece de derecho para reclamar por los honorarios del asistente administrativo, ya porque no se justificó la prestación de tales servicios, ya también porque el actor carece de derecho para reclamarlos; y, alrededor de estos dos aspectos giran los cargos formulados a la sentencia. CUARTO: Con respecto al primero de los aspectos señalados en el considerando anterior: Consta en la Resolución No. 236/99 del Directorio del CONELEC, que el propio demandante adjuntó a su demanda, al tiempo de presentación ante el Juez de primera instancia, en el numeral 11 de la misma: "Los horarios por los servicios de intervención serán convenidos con el Director del CONELEC y no podrán superar a la remuneración del representante legal de la Empresa Eléctrica Regional del Sur S. A.". A fs. 8 del cuaderno de segunda instancia obra el oficio No. 119 de 18 de enero del 2002, con el que el Ing. Luis C. Vintilla C., Director Ejecutivo del CONELEC, informa al Ing. Vicente Costa, Presidente Ejecutivo de la Empresa Eléctrica Regional del Sur S. A., que los honorarios para el interventor se han convenido en el valor mensual de veinte millones de sucres, en el cual se incluyen todos los beneficios de ley y de los que deberán retenerse todos los valores determinados por las normas legales vigentes. La parte demandada sobre este punto ha venido sosteniendo que la remuneración convenida de veinte millones de sucres excede a la que venía percibiendo el Presidente Ejecutivo de la Empresa, que según su afirmación era de doce millones ochocientos cuarenta mil sucres. A fs. 71 del cuaderno de segunda instancia obra la certificación conferida por la Contadora General de la Empresa Eléctrica Regional del Sur S. A. en la que consta que revisados los roles de pago durante el período diciembre 1999 a abril del 2000, el Presidente Ejecutivo de la empresa percibió los valores que detalla y que en ese período de cinco meses dan el total de tres mil ochocientos veinte y tres dólares que divididos para los cinco meses del período dan un promedio mensual de setecientos sesenta y cuatro dólares con sesenta centavos, que multiplicados por veinticinco mil sucres equivalentes a un dólar, dan diecinueve millones ciento quince mil sucres, suma ligeramente inferior a la fijada de veinte millones, diferencia

que no incide en la validez del señalamiento hecho por el Directorio del CONELEC, y, que bien puede justificarse la diferencia, en razón de que no constan incluidos, por ejemplo, los valores correspondientes a vacaciones no gozadas. Consecuentemente, a lo dicho a este respecto no es admisible el cargo imputado a la sentencia. QUINTO: Con respecto al segundo de los cargos imputados a la sentencia: la autorización dada por el Directorio del CONELEC, igualmente comunicada mediante oficio No. 119 de 18 de enero del 2000, en el sentido de que se ha aprobado la contratación del asistente administrativo que colaborará directamente con el interventor, señalando una remuneración total mensual de diez millones de sucres, no constituye suficiente fundamento para la admisión de la demanda, a este respecto, pues, es obvio entender que el auditor una vez autorizado para la contratación del asistente administrativo, debió proceder a realizar esa contratación por escrito y luego poner a tal asistente administrativo a las órdenes de la Empresa Eléctrica Regional Sur S. A. para que ésta ejerza el control de la prestación efectiva de los servicios, lo incluya en sus roles de pago, le proporcione el local correspondiente de trabajo, etc., lo que no ocurrió. El demandante para justificar su reclamación a este respecto, se ha limitado a presentar únicamente recibos extendidos por las personas que supuestamente prestaron el servicio a favor del demandante Dr. Iván Iglesias, no de la Empresa Eléctrica Regional Sur S. A., recibos que han sido impugnados por la empresa. Por otra parte, como ha quedado indicado en el primer considerando, la empresa demandada al contestar la demanda opuso la excepción de falta de derecho del demandante para reclamar por tales valores. En efecto, el Art. 1492 de la codificación anterior del Código Civil, actual 1495, que el recurrente ha señalado como una de las normas infringidas en la sentencia, prescribe: "Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla, pero solo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado...", consecuentemente, es admisible la excepción opuesta por la parte demandada en la contestación a la demanda, y así debió resolver el Tribunal de alzada y al no haberlo hecho es admisible el recurso por el cargo formulado. Por lo expuesto, la Tercera 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 parcialmente la sentencia de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Loja, en la parte que manda a pagar al actor los honorarios del o de los asistentes administrativos, dejando sin efecto ese pago. Sin costas ni honorarios que regular. Notifíquese y devuélvase los autos.

Fdo.) Dres. César Montaña Ortega, Daniel Encalada Alvarado y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil.

Certifico.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

Las seis fojas que anteceden, son fieles y exactas a sus originales.- Certifico.- Quito, 17 de julio del 2006.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

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

Quito, 11 de septiembre del 2006, a las 10h23.

VISTOS (169-2004): Agréguese a los autos el escrito que antecede. Atento lo solicitado por el Dr. Iván Iglesias Castillo a fojas 27 del cuaderno de la Sala, en razón de que de fojas 22 de la parte expositiva de la sentencia expedida el 17 de julio del 2006 por el Tribunal de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, consta equivocadamente como nombre del actor, el de "JUAN IGLESIAS C."; se lo rectifica disponiendo que en su lugar deberá leerse "IVAN IGLESIAS CASTILLO". Notifíquese.

Fdo.) Dres. César Montaña Ortega, Daniel Encalada Alvarado y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil.

Certifico.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

La foja que antecede, es fiel y exacta a su original.

Certifico.

Quito, 11 de septiembre del 2006.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

No. 270-2006

JUICIO ORDINARIO

ACTOR: Banco del Austro S. A.

DEMANDADOS: Augusto Villegas Mejía y otros.

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

Quito, 17 de julio del 2006, a las 10h10.

VISTOS (209-2004): Por el recurso de casación de la sentencia de la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil en el juicio ordinario que sigue el Banco del Austro S. A. en contra de EQUAGRO S. A., de la Compañía Terranova, Arauz Merchán y Promotora Inmobiliaria L. F. G., de los cónyuges Augusto Villegas Mejía, Graciela Coronel de Lemos de Mejía y otros, interpuesto por la parte actora, en la que se revoca la del inferior y se rechaza la demanda, se ha radicado la competencia en esta Sala para su conocimiento; y, para resolver, se considera: PRIMERO: El Banco del Austro S. A., por intermedio de su Gerente General y representante

legal economista Patricio Robayo Idrovo, quien ha acreditado esa representación con el documento de fs. 55 de la primera instancia, comparece con el escrito de fs. 56 a 58-A del referido cuerpo, demandando en juicio ordinario, en representación del Banco del Austro S. A., a Augusto Villegas Mejía, por sus propios derechos y por los de la sociedad conyugal que tienen formada María Graciela Coronel de Lemos, Carlos Alberto Villegas Coronel, por sus propios derechos y los que representa de la Compañía EQUAGRO S. A. en su calidad de Gerente General, la abogada Gloria Lecaro de Crespo, Notaria Novena de Guayaquil, y las compañías Terranova, Arauz, Merchán y Compañía y Promotora Inmobiliaria L. F. G. y otros (UTE), en las personas de sus representantes legales Marcos Casal Arauz y José Luis Velasco Moreno, respectivamente, con el argumento que en síntesis se resume a lo siguiente: Que el banco que representa el demandante es legítimo tenedor de los documentos suscritos por Augusto Villegas Mejía y su cónyuge María Graciela Coronel de Lemos, ya como obligados principales, ya como fiadores solidarios, suscritos el 14 de agosto y el 7 de diciembre de 1995, por US \$ 75.038,21 y \$ 150.000,00 con fechas de vencimiento del 13 de noviembre de 1995 y 6 de marzo de 1996, respectivamente; que por el incumplimiento de tales obligaciones han sido demandados en varios procesos ejecutivos que se encuentran sustanciando; que en la actualidad, con los intereses moratorios, exceden de los US \$ 370.000,00 dólares de los Estados Unidos de América; que no es que los deudores se hallen en estado de insolvencia o en imposibilidad de pagar sus deudas, sino todo lo contrario, que mantienen un altísimo nivel de vida "y visitan los más elevados círculo sociales de la ciudad de Guayaquil; que éstos junto con su hijo Carlos Alberto Villegas Coronel viven en una de las ciudadelas más lujosas de la provincia del Guayas y del país, denominada "Palmar del Río"; que esa mansión fue adquirida por los mencionados cónyuges a nombre de un tercero, apenas unos meses después de haber contraído las enormes obligaciones antes descritas y ya en mora de pagar sus deudas, por compra a la Asociación de Compañías L. F. G. y otros (UTE), por escritura pública que autorizó la Notaria Novena de Guayaquil, abogada Gloria Lecaro de Crespo, el 16 de diciembre de 1996, inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Samborondón el 8 de enero de 1997; que "...sabiendo los cónyuges Villegas- Coronel que eran deudores morosos del Banco del Austro, y en prevención de los juicios y medidas cautelares que se acercarían, compraron, días antes de adquirir dicho inmueble, a través de su hijo, el señor Carlos Alberto Villegas Coronel, una compañía denominada "Ecuagro S.A.", la cual recién había sido constituida ese mismo año, el 26 de septiembre de 1996, bajo cuyo membrete de fantasía "escondieron" su casa, manteniéndola así hasta la actualidad"; que "La Unión Transitoria de Empresas L.F.G. y otros, (UTE), a sabiendas que recibía el precio de compra del solar donde se levanta dicha lujosa propiedad, de manos de los cónyuges Villegas-Coronel, otorgó dicha escritura de compraventa a favor de la compañía. Equagro S. A., sin saber, por supuesto, que al hacerlo, estaba contribuyendo a ocultar los bienes de dichos cónyuges"; prosigue "...La Notaria Gloria Recaro de Crespo autorizó dicha escritura, sin conocer -por supuesto- que era una escritura simulada"; que dicha compañía "es lo que denominan los abogados "compañía de papel", que no tiene actividad en la práctica, y cuyo único fin suele ser el de esconder un inmueble"; que ha sido tan nula su actividad que ha sido declarada inactiva por la Superintendencia de Compañías el 9 de noviembre de 1998 por no haber

presentado los balances e informes de su administración correspondiente a los años 1996 y 1997; que seguramente, ni siquiera tiene contabilizada adecuadamente la mansión Palmar del Río entre sus activos; que “El dueño único de sus acciones y su Gerente General es el señor Carlos Alberto Villegas Coronel, hijo de los demandados, quien, a sus 24 años, aparece como un próspero empresario, propietario de la casa de sus propios padres, a través de dicha compañía”; que es tan evidente la simulación de Augusto Villegas Mejía y su esposa con su mencionado hijo “que la compañía Equagro S. A. entregó en hipoteca la mansión en Palmar del Río a favor de Solbanco, para caucionar las obligaciones personales de los cónyuges Villegas-Coronel, tal como consta de la escritura pública que autorizó la Notaría Novena de Guayaquil, el 16 de diciembre de 1996”; que dicha compañía no está facultada por su objeto social para dar garantías reales a favor de terceros, y si lo estuviera, “no hubiese recibido ninguna comisión o rédito de los esposos Villegas Coronel por otorgar dicha millonaria garantía”; que en la actualidad la compañía en referencia tiene entregada esa mansión en hipoteca al Banco Popular del Ecuador S. A. para garantizar obligaciones por varias decenas de miles de dólares; que es irrefutable que Equagro S. A. y los cónyuges Villegas-Coronel son uno solo; que “En realidad, Equagro S. A. no opera y ha sido creada solamente para ocultar este inmueble, con aparentes “buenos resultados”; que la referida compañía “no le ha dado destino económico a dicho palacete, ya que no ha lucrado por arrendarlo, ni ha cobrado por garantizar obligaciones personales del padre del Gerente General; que “Equagro S. A.: no es más que un testaferrero en la adquisición de la propiedad de la ciudadela “Palmar del Río”; y que, con cuyos antecedentes demanda para que en sentencia se declare lo siguiente: 1) Que la escritura pública autorizada ante la Notaría Novena de Guayaquil, abogada Gloria Lecaro de Crespo el 16 de diciembre de 1996, inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Samborombón el 8 de enero de 1997, por medio de la cual la Compañía Equagro S. A. adquirió los solares D 114 y 135 de la Urbanización Palmar del Río, es una escritura, simulada. 2) Que esa simulación la hicieron los referidos cónyuges con el ánimo de ocultar sus bienes para no pagar las obligaciones que mantienen con el Banco del Austro. 3) Que los verdaderos y reales compradores de esa propiedad son los cónyuges Augusto Villegas Mejía y María Graciela Coronel de Lemos de Villegas, lo que así deberá hacerse constar al margen del protocolo de la referida escritura y de su inscripción. 4) Que por ende el Banco del Austro tiene derecho a solicitar sobre el referido inmueble las medidas cautelares y/o de ejecución que a bien considere, a fin de asegurar y/o cobrar las obligaciones que mantienen los referidos esposos. 5) Que se condene a éstos a pagar solidariamente al Banco del Austro los perjuicios materiales que le han causado por los actos y procedimientos de simulación que los valora en una suma no menor a cien mil dólares de los Estados Unidos de América, invocando como fuente para establecer la solidaridad el Art. 2244 del Código Civil. 6) Que se condene también a los demandados a pagar las costas procesales, en las que se incluirán los honorarios de sus abogados defensores, que no podrán ser inferiores al 5% de los valores demandados como indemnización, según el Art. 42 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador. Han comparecido al proceso oponiéndose a la acción los siguientes demandados: A fs. 86 y 87, 101 y 102 de la primera instancia, Augusto Villegas Mejía y María Graciela de Lemos de Villegas, exponiendo en lo principal que

rechazan los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; que no se allanan “a ninguna de las innumerables nulidades y absurdos pseudo jurídicos que contiene la mal denominada demanda...”; alegan también “por tanto la nulidad absoluta de todos y cada uno de los mal llamados fundamentos de hecho y de Derecho de la demanda...”; la falta absoluta de derecho del Banco del Austro para demandarlos; y la improcedencia de la acción; a fs. 88, 89 y 90, 99 y 100, comparece Carlos Alberto Villegas Coronel manifestando en síntesis “simplemente expreso mi rechazo absoluto a lo que desproporcionadamente denomina el demandante “fundamentos de hecho y de Derecho de la demanda”; y alegando que rechaza e impugna la demanda porque no es representante de EQUAGRO S. A., por lo que la demanda en su contra es ilegal en todas y cada una de sus partes; y alega además, la improcedencia de la acción y la falta de derecho del actor; a fs. 95, 96 y 97 comparece José Luis Velasco Moreno, Gerente General de la Compañía Promotora Inmobiliaria L. F. G., S. A., negando en lo principal los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda y la falta de derecho total y absoluta de la parte actora; a fs. 98, la abogada Gloria Lecaro de Crespo, Notaría Novena del Cantón Guayaquil comparece negando los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda y la falta de derecho total y absoluta de la contraparte; a fs. 110 y 111 ha contestado la demanda Henry Varas León, en representación de Equagro S. A., planteando las siguientes excepciones: primera (1), falta absoluta del derecho del Banco del Austro; segunda (2), improcedencia de la acción; y tercera (3), nulidad del trámite dado a la demanda. La litis se ha trabado entre las pretensiones de la parte actora que constan de la demanda y las excepciones que han planteado los demandados; y en cuanto concierne a Terranova, Arauz, Merchán y Compañía, que no han comparecido a juicio y en cuya representación se ha citado por la prensa al señor Marcos Casal Arauz, su situación jurídica ha quedado sometida a lo previsto en el Art. 107 (actual 103) del Código de Procedimiento Civil, negativa pura y simple de la demanda. SEGUNDO. El economista Patricio Robayo Idrovo, por los derechos que representa del Banco del Austro S. A., con escrito de fs. 70 a 93 del cuaderno de segunda instancia, interpone recurso de casación de la sentencia pronunciada por los ministros de la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil doctores Holger E. Bonilla Andrade y Gustavo Von Buchwald B. y abogado Julio Arellano Párraga, los dos primeros ministros titulares y el tercero Ministro Interino, por las causales tercera y quinta de la Ley de Casación; por la tercera, alegando la falta de aplicación del Art. 119 del Código de Procedimiento Civil y que esa omisión indirectamente ha conducido a la no aplicación de los artículos 1480, 1488 (numerales segundo y cuarto) 1588, 1725, 1726 y 2391 del Código Civil; y, por la causal quinta, asegurando que el fallo no contiene los requisitos exigidos por el Art. 24, numeral 13 de la Constitución Política de la República, ni los previstos en los artículos 278, 280 y 301 del Código de Procedimiento Civil. TERCERO: El primer cargo que el recurrente formula a la sentencia en cuestión se refiere a que el Tribunal de instancia no ha aplicado el Art. 119 del Código de Procedimiento Civil que, para entonces, prescriba: “La prueba deberá ser apreciada en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. **El Juez no tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren decisivas para el fallo de la causa**” (lo resaltado en

negrillas es de la Sala); esa disposición corresponde al Art. 115 de la codificación vigente del Código de Procedimiento Civil, cuyo inciso segundo ha variado en su contenido y dispone: “El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas”. Como el recurrente afirma que la omisión de la disposición procesal citada ha llevado indirectamente a la no aplicación de los artículos 1480, 1488, 1588, 1725, 1726 y 2391 del Código Civil, cabe resumir el contenido y alcance de esas disposiciones: a) el Art. 1480 (actual 1453), establece como fuentes de las obligaciones civiles al contrato, al cuasicontrato, al delito, al cuasidelito y a la ley; b) el Art. 1488 (1461 actual), en los numerales 2º y 4º, prevé que para que una persona se obligue legítimamente se requiere que su consentimiento no adolezca de vicio y que el acto por el que se obliga tenga causa real y lícita; c) el Art. 1588 (1561 actual) dispone que todo contrato legalmente celebrado constituye ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales; d) el Art. 1725 (1698 actual) prescribe las causas que generan la nulidad absoluta y relativa de las obligaciones; e) el Art. 1726 (1699 actual) dispone que la nulidad puede y debe ser declarada por el Juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; que puede alegarse por quien tenga interés en ello, excepto por el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, a sabiendas del vicio que lo invalidaba; que puede pedirse por el Ministerio Público; y que no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años; y, e) el Art. 2391 (2367 actual) que establece, que toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes muebles o inmuebles del deudor, con excepción de los inembargables. Este cargo comprende las imputaciones de que los juzgadores de segunda instancia no han valorado toda la prueba de la parte actora y que no se ha aplicado el principio de la sana crítica; y, analizada la sentencia del Tribunal ad quem, se advierte que éste ha realizado un análisis aceptable de las constancias procesales y de la prueba, que lo ha expuesto en forma escueta en el fallo. Así, en el considerando quinto, se refiere a la simulación y al acto de simulación, recurriendo al Diccionario Jurídico Omeba y citando una resolución judicial del 16 de febrero de 1960 de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, publicada en la Gaceta Judicial No. 10, de la Serie IX; en el considerando sexto, refiriéndose a la prueba, expresa que “el demandante pretende la declaratoria de simulación en la Escritura Pública de compraventa que otorga la sociedad L.F.G. y otros (UTE) a favor de la Compañía EQUAGRO S. A., hipoteca abierta, prohibición voluntaria de enajenar y gravar y anticresis que otorga la Compañía EQUAGRO S. A., a favor de SOLBANCO S. A., que obra de fs. 6 a 56 de los autos, y que, según alega el accionante, los verdaderos propietarios son los cónyuges Augusto Villegas Mejía y Graciela Coronel de Lemos, quienes se niegan a cancelar dos pagares suscritos a favor del Banco del Austro S. A...”; en ese mismo considerando, el Tribunal de instancia analiza la confesión judicial rendida por María Graciela Coronel, que consta a fs. 304 del proceso, destacando que ésta ha manifestado que “efectivamente reside, en compañía de su madre y marido en la ciudadela Palmar del Río, y que quien se encarga de pagar el alquiler es su madre, pero que ellos no son los propietarios...”; se refiere a la confesión rendida por Augusto Villegas Mejía de fs. 313, señalando que “corroboro lo manifestado por su cónyuge, señalando que quien cancela el arriendo de dicha vivienda es su suegra, debido a la difícil situación económica que atraviesa”;

analiza la confesión del Gerente General de EQUAGRO S. A., Henry Varas León, señalando que éste manifiesta “que su administración se inicia en Agosto del 2000, que ejerce la función de Gerente por petición del único accionista de la empresa, Ing. Antonio Guerrero, y que se encuentra afiliado al IESS por la compañía Industrial Agrícola S.A.”; agrega el mencionado Tribunal que de fs. 332 a 394 constan las copias certificadas del informe pericial realizado por Violeta Aguirre de Mena, quien en las conclusiones ha señalado que no ha podido examinar personalmente los libros de contabilidad o movimiento de cuentas sistematizadas con referencia a las obligaciones contraídas por la Compañía EQUAGRO S. A. con las instituciones del sistema financiero; y, concluye el referido Tribunal en la apreciación de la prueba en el considerando séptimo, expresando que: “Revisada la prueba en todo su contexto, y del análisis de la misma, es criterio de la Sala, que no se han constituido los elementos necesarios para determinar la existencia del acto o contrato simulado, resultando improcedente la pretensión del demandante”. Dada la oposición a la demanda por parte de los accionados y la naturaleza de las excepciones que plantearon contra la misma, correspondió a la parte actora la carga de la prueba respecto de los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, de acuerdo con lo previsto en el Art. 113 (117 anterior) del Código de Procedimiento Civil; y, en el criterio del Tribunal de instancia, aparece que no se ha dado en el proceso la prueba correspondiente, que no podía ser otra que prueba conjetural capaz de establecer presunción judicial en base a indicios graves, precisos y concordantes, de acuerdo a lo previsto en el Art. 1729 del Código Civil, para desnaturalizar el contenido de la escritura pública mencionada en la demanda, por medio de la cual la Compañía EQUAGRO S. A. adquirió los solares D 114 y 135 de la urbanización Palmar del Río, cuya copia certificada y anexos consta de fs. 6 a 53 de la primera instancia, para que se pueda hacer constar en su lugar que los verdaderos adquirentes de los mencionados inmuebles son los cónyuges Augusto Villegas Mejía y María Graciela Coronel de Lemos de Mejía; escritura en la que han intervenido José Luis Velasco Moreno, en nombre y representación de L. F. G. y otros (UTE) Unión Transitoria de Empresa, en calidad de vendedor; el señor Carlos Alberto Villegas Coronel a nombre y representación de la Compañía EQUAGRO S. A., como comprador de los referidos inmuebles, para esa compañía; los esposos Augusto Villegas Mejía y María Graciela Coronel de Lemos de Mejía, en calidad deudores del SOLBANCO S. A.; y el Ing. Luis Rueda Ullauri, como representante y apoderado especial del SOLBANCO S. A., aceptando el gravamen de hipoteca abierta constituida en ese mismo acto por la Compañía EQUAGRO S. A., sobre los mencionados predios, para caucionar obligaciones crediticias de los cónyuges Augusto Villegas Mejía y María Graciela Coronel de Lemos de Mejía. En esa escritura pública consta: “CLAUSULA CUARTA: PRECIO.- El precio que las partes contratantes han convenido como justo precio por la transferencia de la propiedad de los bienes inmuebles antes mencionados es la suma de QUINIENTOS VEINTE Y CINCO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS SUCRES, por el Lote D ciento catorce y la suma de SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS TREINTA Y SEIS, por el lote ciento treinta y cinco, valores que la VENDEDORA declara haber recibido de la COMPRADORA de contado y a su entera satisfacción sin tener reclamo posterior alguno por este, ni ningún otro concepto” (el resaltado en negrillas es de la

Sala); con cuanta mayor razón que José Luis Velasco Moreno, representante legal de la compañía vendedora, en el escrito de contestación de la demanda que corre a fs. 95, 96 y 97 de la primera instancia, en la parte pertinente afirma: "CUARTO: En el caso que nos ocupa, una vez agotada la etapa administrativa y operativa de calificación del cliente, **la Unión Transitoria de Empresas L.F.G., y otros (UTE.), otorgó escritura pública de compraventa a favor de la compañía Equagro S. A., de los solares D 114 y 135 de la Urbanización "Palmar del Río"** (el resaltado en negrillas es de la Sala), escritura que fue autorizada por la Notaria Novena del Cantón Guayaquil, abogada Gloria Lecaro de Crespo con fecha 16 de diciembre de 1996, e inscrita en el Registro Público de la Propiedad del Cantón Samborondón el 8 de enero de 1997". CUARTO: Con relación al mismo cargo que se imputa a la resolución del Tribunal de instancia, cabe reflexionar que, sin duda, la simulación corresponde a un acto doloso, que puede carecer de causa real de obligación, y en ciertos casos, recaer en causa ilícita, y por tanto, en el primer supuesto, puede ser anulable o generar acción de nulidad relativa o rescindible, y en el segundo caso, puede dar lugar a la nulidad absoluta del acto o contrato; y por tanto, su comprobación demanda de la concatenación de hechos, circunstancias, antecedentes e indicios que conduzcan a la conclusión incontrovertible o irrefragable de su forjamiento. En el caso que nos ocupa, esta situación no se ha dado a criterio del mencionado Tribunal, a quien por ley le correspondió analizar y apreciar la prueba, actividad que, por cierto, no corresponde a los tribunales de casación, salvo en los casos en que puede establecerse que en las sentencias y providencias resolutorias se hubiere violado la ley por errores o vicios in iudicando o in procedendo de las normas jurídicas aplicadas en la misma. El Tribunal ad quem, refiriéndose al pronunciamiento judicial mencionado en el considerando que antecede, expresa que en el sistema actual de nuestro código, un acto de simulación tiene como efecto la nulidad del acto o contrato y que tal nulidad debe ser declarada "a petición de las partes que celebraron el acto ficticio o de terceros afectados por este negocio intrínsecamente inexistente". Revisado aquel pronunciamiento se encuentra también plasmado el siguiente criterio: "en la simulación lo que se intenta es demostrar la existencia de un acuerdo para otorgar un acto ficticio y, por consiguiente, de acreditar que si hubo consentimiento **para simular el contrato**, faltó consentimiento para los efectos jurídicos que patentizan la declaración contractual aparente". QUINTO: Sobre la misma causal que se viene analizando, en lo que concierne a la sana crítica, que se menciona en el recurso como no aplicado, Eduardo J. Couture en su obra Fundamento del Derecho Procesal Civil, páginas 174, 175 y 176, publicado por Editorial Depalma, Buenos Aires 1951, citado por el doctor Santiago Andrade Ubidia en su obra "La Casación Civil en el Ecuador", editada por Andrade y Asociados, en Quito, 2005, en la páginas 160 y 161, expresa: "Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano en ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del Juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos de que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El Juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad discrecionalmente arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas

abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento. Las reglas de la sana crítica conducen en su sentido formal a una operación lógica. Existen algunos principios fundamentales de la lógica que no podrán ser nunca desoídos por el Juez [...]. Las máximas de experiencia de que ya se ha hablado contribuyen tanto como los principios lógicos de valoración de la prueba...". Resumiendo, una resolución expuesta en forma sucinta, no puede revelar la falta de aplicación de las reglas de la sana crítica, ni que carezca de su aplicación. Por tales razonamientos la Sala desestima el cargo analizado, máxime que el Art. 1717 del Código Civil prescribe que: "El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. **En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes.- Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen prueba plena respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones o descargos por título universal o singular"** (Lo resaltado en negrillas es de la Sala). SEXTO: El segundo vicio que el recurrente atribuye a la sentencia del Tribunal de instancia se basa en la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación, al afirmar que aquel pronunciamiento no contiene los requisitos de los artículos 24, numeral 13, de la Constitución Política de la República, ni los previstos en los artículos 278, 280 y 301 del Código de Procedimiento Civil, en resumen, por falta de motivación de la sentencia y de una correcta estructura de la misma. Al respecto, el numeral 13 de la Constitución Política del Estado prescribe: "Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente". El Art. 278 (274 actual) del Código de Procedimiento Civil, dispone que en las sentencias y los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución fundándose en la ley y en los méritos del proceso; y a falta de ley, en los precedentes jurisprudenciales obligatorios y en los principios de justicia universal. El Art. 280 (276 actual) del Código de Procedimiento Civil, prescribe que en las sentencias y en los autos, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión y que no se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda instancia y de casación por la mera referencia a un fallo anterior; y el Art. 301 (297 actual) del Código de Procedimiento Civil, que establece que la sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho; y que para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no solo la parte resolutive, sino también los fundamentos objetivos de la misma. Analizado el fallo en referencia, se advierte, que éste contiene en su estructura una parte expositiva, otra considerativa y la resolutive, expresadas en los considerandos segundo al séptimo, como ya se dijo antes, de manera constreñida y concreta, y si bien el análisis así realizado no representa un buen modelo de expresión, sus imperfecciones no constituyen vicios que puedan invalidar la resolución. Por esta razón este Tribunal desestima también este cargo formulado contra el fallo que se viene analizando. Con tales antecedentes, la Tercera 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, no casa la sentencia analizada, desechando el recurso de casación interpuesto por el representante legal de la compañía demandante. Sin costas ni multa. Notifíquese, cúmplase y publíquese.

Fdo.) Dres. César Montaña Ortega, Daniel Encalada Alvarado y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil.

Certifico.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

Las ocho fojas que anteceden, son fieles y exactas a sus originales.

Certifico.

Quito, 17 de julio del 2006.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

N° 271 - 2006

JUICIO ESPECIAL

ACTOR: Juan Carlos Roldán Ortiz.

DEMANDADA: Jhadira de los Angeles Aguilar León.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 17 de julio del 2006, a las 08h33.

VISTOS (243-2006): En el juicio especial que por aprehensión de un vehículo vendido con reserva de dominio sigue Juan Carlos Roldán Ortiz a Jhadira de los Angeles Aguilar León, la demandada deduce recurso de casación contra el auto dictado por la Segunda Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, el cual confirma la providencia emitida por el Juez Tercero de lo Civil del Azuay que considera lícito y legal el acuerdo constante a fs. 66 del proceso y lo aprueba en su totalidad. En tal virtud, el proceso ha subido a esta Sala, en la cual se ha radicado la competencia en razón del sorteo efectuado, por lo que para resolver el recurso se considera: PRIMERO.- El Art. 2 de la Ley de Casación dispone que "El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo..."; y que "Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado". Por tanto, el recurso

de casación solo procede contra las sentencias o autos dictados en los procesos "de conocimiento". SEGUNDO.- La legislación ecuatoriana no contiene disposición expresa respecto a qué ha de entenderse por "proceso de conocimiento". En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 18 del Código Civil, para interpretar la norma, se debe "recurrir a su intención o espíritu claramente manifestado en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento". Al efecto, se anota que la norma referida se origina en el veto parcial formulado por el Presidente de la República a la Ley Reformativa a la Ley de Casación, remitida por el Congreso Nacional, veto que incluye las siguientes expresiones que clarifican el problema: "El veto parcial se basa en los siguientes razonamientos: 1. Art. 2 de la reforma: a) Las únicas sentencias y autos susceptibles de casación son aquellos que resuelven puntos de derecho y respecto de los cuales no existe la posibilidad procesal de volverlos a discutir. En definitiva, tal cosa ocurre solamente en los procesos de conocimiento, es decir, dentro de nuestro sistema procesal civil, los que se sustancian por las vías ordinarias y verbal sumaria. Actualmente se abusa del recurso en una forma muy preocupante, especialmente en los juicios ejecutivos, que son aquellos en que se da cumplimiento a 'lo dispuesto por el acto anterior que opera como título de ejecución norma', es decir, en los que el recurso de casación se ha convertido en un mecanismo para postergar indebidamente el cumplimiento de las obligaciones. Por lo tanto, es necesario limitar el recurso en ese sentido. Por ello se sugiere principalmente aumentar en el artículo 2 de la reforma después de la palabra 'procesos' la frase 'de conocimiento'". Como el Plenario de las Comisiones Legislativas se allanó al veto parcial e incluyó la modificación sugerida, es obvio que aceptó el criterio expuesto. Por otro lado, la doctrina ha entendido al proceso de conocimiento como "aquel proceso en que se tiende a que se declare lo que debe ser [...] Según el Dr. Juan Guillermo Velásquez G., el proceso de conocimiento se llama así porque mediante él se busca proporcionar al Juez el conocimiento necesario para darle certeza respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda" (Dr. Santiago Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados Fondo Editorial, Quito, 2005, pág. 74). TERCERO.- El auto recurrido se ha dictado dentro de un proceso de aprehensión de un vehículo que fue adquirido a través de un contrato de venta con reserva de dominio, trámite especial que está contenido en la Sección quinta, Título II del Libro II del Código de Comercio (Sección agregada por el Decreto Supremo 548-CH, publicado en el R. O. N° 68, de 30 de septiembre de 1963). Este procedimiento especial no es de conocimiento sino de ejecución abreviada, cuyo objeto es hacer efectivo el cumplimiento de una obligación documentada en el contrato de venta con reserva de dominio; en este sentido se ha pronunciado la Primera Sala de lo Civil y Mercantil en la Resolución N° 160 de 7 de abril del 2000 (R. O. N° 83, de 23 de mayo del 2000). Igualmente, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil en resoluciones Nos. 377-2001 de 18 de septiembre del 2001 y 409-2001 de 16 de octubre del 2001 ha afirmado la naturaleza ejecutiva de este tipo de acciones, en vista de que su única finalidad es conseguir el pago de lo adeudado sin que quepa la posibilidad de discusión del derecho de los litigantes. CUARTO.- El recurso de casación es extraordinario, y las leyes que lo norman deben interpretarse en forma restrictiva, en tal virtud, habiéndose delimitado legalmente la procedencia del recurso de casación a las sentencias y autos dictados en los procesos de

conocimiento, este recurso extraordinario no procede en el presente caso.- Por las consideraciones que anteceden, la Sala rechaza el recurso de casación interpuesto y ordena devolver el proceso al inferior para los fines legales pertinentes. Sin costas ni multa. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, Rubén Darío Andrade Vallejo y Manuel Sánchez Zuraty, Magistrados y Conjuetz Permanente, respectivamente, de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

Las dos fojas que anteceden son fieles copias de su original.

Certifico.

Quito, 17 de julio del 2006.

f.) Secretaria Relatora.

N° 272 - 2006

JUICIO ORDINARIO

ACTORA: Gladys Eulalia Neto Espinoza.

DEMANDADO: Nicolás Andrés Tobar Morales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 17 de julio del 2006; a las 09h45.

VISTOS (267-2006): En el juicio especial de inventarios y tasación de los bienes existentes de la extinta sociedad conyugal que hubo entre los ex cónyuges Nicolás Andrés Tobar Morales y Sandra Olivia Neto Espinoza, Gladys Eulalia Neto Espinoza, apoderada de su hermana Sandra Olivia Neto Espinoza, deduce recurso de hecho ante la negativa al de casación que interpusiera contra el auto resolutorio dictado por la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Latacunga que desestima el recurso de apelación y confirma el auto de nulidad pronunciado por el Juez Primero de lo Civil de Cotopaxi que declara la nulidad de todo lo actuado por falta de legitimidad de personería.- Radicada la competencia de la causa en la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia y en virtud del sorteo de ley, para resolver se considera: PRIMERO.- Es una característica del procedimiento de casación, que tenga una fase previa en la cual se analiza la admisibilidad del recurso para dar trámite al mismo, luego de cuya fase se inicia el estudio de fondo; este procedimiento permite juzgar si el recurso reúne todos

los requisitos indispensables para ser tratado, tal y como lo dispone el Art. 7 de la Codificación de la Ley de Casación vigente. SEGUNDO.- El Art. 2 de la Ley de Casación establece en su inciso primero: "Procedencia: El recurso de casación **procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos** de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo" (negritas y subrayado de la Sala). De fojas 6 a 7 del cuaderno de segundo nivel, consta que la recurrente interpone recurso de casación del auto que "...pone fin al proceso, en el que se declara la nulidad por supuesta falta de legitimidad de personería...", pretensión que no es suficiente, en razón de que la resolución que no tiene alcance de definitiva, no es susceptible de casación. La doctrina extranjera, al respecto opina: "... Se ha declarado, por otra parte, que no es definitiva la resolución que pronuncia la **nulidad de actuaciones** porque la resolución que decide una cuestión vinculada con la nulidad de ciertas actuaciones no pone fin al pleito ni impide su prosecución;..." (El Recurso de Casación, Fernando de la Rúa, página 423). El Dr. Jorge Zavala Egas en su artículo "La Ley de Casación: principales postulados" publicado en el libro "La Casación Estudios sobre la Ley N° 27", opina que la característica de **final** en cuanto al punto en discusión, aunque no **definitivo**, del auto de nulidad no resuelve el problema de fondo de la litis, **condición** esta última **sine qua non** para la procedencia del recurso extraordinario de casación.- TERCERO.- El auto de nulidad no ataca al tema principal materia del juicio, sino que sus efectos alcanzan solamente a la parte procesal cuando los jueces han observado que se han omitido determinadas solemnidades procesales, y siempre que dichas violaciones hubiesen influido o pudieren influir en la decisión de la causa, características que convierten al auto recurrido en final, no así en definitivo, conforme se explica en el considerando segundo; por tanto y en virtud de lo anteriormente expuesto solamente procede el recurso extraordinario de casación de las sentencias y autos dictados dentro de los procesos de conocimiento que pongan fin a los mismos produciendo efecto de cosa juzgada sustancial y formal, de manera que no pueda renovarse la litis entre las mismas partes, ni demandarse entre éstas la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho.- CUARTO.- Por otro lado, respecto a la naturaleza del juicio de inventarios, aunque en nuestro sistema legal, consta en un capítulo especial del Código de Procedimiento Civil y bajo la categoría de juicio, se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria que tiene la finalidad de realizar el alistamiento, avalúo y custodia de los bienes en la forma señalada por los Arts. 406 y 407 del Código Civil y por los Arts. 635 incisos primero y segundo y 636 del Código de Procedimiento Civil, por tanto, en estos casos, el Juez no puede llegar a resolver las cuestiones que se aparten de estos objetivos. En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en los fallos dictados dentro de los siguientes juicios: juicio de inventarios N° 1547 - 96 (Resolución N° 345 - 98 de 2 de abril de 1998) y juicio de inventarios N° 1591 - 96 (Res. 392 - 98 de 21 de abril de 1998).- Por las consideraciones que anteceden, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, rechaza el recurso de hecho y consecuentemente el de casación interpuesto por Gladys Eulalia Neto Espinoza. Sin costas ni multa. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. César Montaña Ortega, Daniel Encalada Alvarado y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil.

Certifico.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

Las dos fojas que anteceden son fieles y exactas a sus originales.

Certifico.

Quito, 17 de julio del 2006.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

N° 273 - 2006

JUICIO VERBAL SUMARIO

ACTOR: KENGAR S. A.

DEMANDADOS: Filanbanco S. A. y otras.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 17 julio del 2006; a las 08h46.

VISTOS (310-2006): En el juicio verbal sumario que por dinero sigue la Compañía KENGAR S. A. a "Filanbanco S. A., en persona de su representante legal Antonio Bejarano Trujillo, a las Inmobiliarias Amalia S. A., Elenita S. A., Campo Verde S. A., Faji S. A. y Agrícola Acquarela S. A.", el Ing. Eduardo Miranda y Ab. Juvenal Macías, por los derechos que representan de KENGAR S. A., interponen recurso de hecho, ante la negativa al de casación que interpusieron del auto de nulidad (de mayoría) pronunciado por la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil el 16 de septiembre del 2004, que "...declara la nulidad de todo lo actuado a partir de la demanda...". Radicada la competencia de la causa en esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia y en virtud del sorteo de ley, para resolver se considera: PRIMERO.- Es una característica del procedimiento de casación, que tenga una fase previa en la cual se analiza la admisibilidad del recurso para dar trámite al mismo, luego de cuya fase se inicia el estudio de fondo; este procedimiento permite juzgar si el recurso reúne todos los requisitos indispensables para ser tratado, tal y como lo dispone el Art. 7 de la Codificación de la Ley de Casación. SEGUNDO.- El Art. 2 de la Ley de Casación establece en su inciso primero: "Procedencia: El recurso de casación **procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos** de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo" (negrillas y subrayado de la Sala). De fojas 10 a 11 del cuaderno de segundo nivel,

consta que el recurrente interpone recurso de casación del auto que "... declara la nulidad de todo lo actuado a partir de la demanda...", pretensión que no es suficiente en razón de que la resolución que no tiene alcance de definitiva, no es susceptible de casación. La doctrina extranjera, al respecto opina: "...Se ha declarado, por otra parte, que no es definitiva la resolución que pronuncia **la nulidad de actuaciones** porque la resolución que decide una cuestión vinculada con la nulidad de ciertas actuaciones no pone fin al pleito ni impide su prosecución..." (El Recurso de Casación, Fernando de la Rúa, página 423). El Dr. Jorge Zavala Egas en su artículo "La Ley de Casación: principales postulados", publicado en el libro "La Casación Estudios sobre la Ley N° 27", opina que la característica de final en cuanto al punto en discusión, aunque no **definitivo**, del auto de nulidad no resuelve el problema de fondo de la litis, **condición** esta última *sine qua non* para la procedencia del recurso extraordinario de casación. TERCERO.- El auto de nulidad no ataca al tema principal materia del juicio, sino que sus efectos alcanzan solamente a la parte procesal cuando los jueces han observado que se han omitido determinadas solemnidades procesales, y siempre que dichas violaciones hubiesen influido o pudieren influir en la decisión de la causa, características que convierten al auto recurrido en final, no así en definitivo, conforme se explica en el considerando segundo; por tanto y en virtud de lo anteriormente expuesto solamente procede el recurso extraordinario de casación de las sentencias y autos dictados dentro de los procesos de conocimiento que pongan fin a los mismos produciendo efecto de cosa juzgada sustancial y formal, de manera que no pueda renovarse la litis entre las mismas partes, ni demandarse entre éstas la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho. En consecuencia, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, rechaza el recurso de hecho y consecuentemente el de casación interpuesto por los recurrentes. Se llama la atención a la Secretaria Relatora de la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, por cuanto el auto de nulidad y voto salvado de 16 de septiembre del 2004 fueron notificados el 17 de febrero del 2005, cinco meses después de haber sido expedidos, disponiendo se oficie al Consejo Nacional de la Judicatura para que inicie una investigación disciplinaria sobre este hecho. Agréguese a los autos el escrito que antecede. Para posteriores notificaciones, tómese en cuenta la autorización conferida al Ab. Jorge Yáñez Barrera y el casillero judicial N° 231 señalado por el Ing. Eduardo Miranda y Ab. Juvenal Macías, por los derechos que representan de KENGAR S. A. Sin costas ni multa. Notifíquese.

Fdo.) Dres. César Montaña Ortega, Daniel Encalada Alvarado y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

Las tres fojas que anteceden son fieles copias de su original.

Certifico.

Quito, 17 de julio del 2006.

f.) Secretaria Relatora.

N° 274 - 2006

JUICIO EJECUTIVO

ACTOR: Banco del Austro S. A.

DEMANDADA: Compañía Industrial AGROINSA S. A.

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

Quito, 21 de julio del 2006; a las 08h46.

VISTOS (242-2000): En el juicio ejecutivo que por dinero sigue el Ec. Patricio Robayo Hidrovo, por los derechos que representa del Banco del Austro S. A. contra la Compañía Industrial AGROINSA S. A.; la parte actora deduce recurso de hecho, ante la negativa al de casación que interpusiera de los autos de "8 de febrero de 1999, a las 09h00 y del 15 de junio de 1999, a las 09h45" dictados por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, mediante los cuales, rechazando la solicitud de reforma se confirma el auto que declara el abandono de la causa. En tal virtud el proceso ha subido a esta Sala, en la cual se ha radicado la competencia en razón del sorteo efectuado, por lo que para resolver el recurso se considera: PRIMERO.- El Art. 2 de la Ley de Casación dispone que "El Recurso de Casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las Cortes Superiores, por los Tribunales Distritales de los Fiscal y de lo Contenciosos Administrativo..."; y, que "Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas Cortes o Tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, no decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado". Por tanto, el recurso de casación sólo procede contra las sentencias o autos dictados en los procesos "de conocimiento"; y éste no es el caso que se estudia. SEGUNDO.- La doctrina y la jurisprudencia así lo reconocen: Caravantes, en su obra "Tratado Histórico, Crítico y Filosófico de los Procedimientos Judiciales", T. 3, pág. 257 dice: "Por oposición y a diferencia de los procesos de conocimiento, el proceso ejecutivo no se dirige a declarar derechos dudosos o controvertidos, sino a llevar a efecto los que se hayan reconocido por actos o en títulos de tal fuerza que determine que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado para que sea atendido". Por su parte el tratadista Francisco Beceña en su obra "Los Procedimientos Ejecutivos en el Derecho Procesal Español", págs. 82 - 83 explica las diferencias entre los procesos de conocimiento y los procesos de ejecución, expresando en síntesis que en este último su especialidad consiste en que "en limine litis se decreta lo que en el procedimiento ordinario es contenido en la decisión final", añadiendo que: "en los procedimientos ordinarios las decisiones ejecutivas son siempre tomadas después de agotado el período de declaración y sin posibilidad de volverse a reproducir". TERCERO.- La legislación ecuatoriana no contiene disposición expresa respecto a que ha de entenderse por "proceso de conocimiento". En

consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 18 del Código Civil, para interpretar la norma se debe "recurrir a su intención o espíritu claramente manifestado en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento". Al efecto, se anota que la norma referida se origina en el veto parcial formulado por el Presidente de la República a la Ley Reformatoria a la Ley de Casación remitida por el Congreso Nacional, veto que incluye las siguientes expresiones que clarifican el problema: "El veto parcial se basa en los siguientes razonamientos: 1. Art. 2 de la reforma: a) Las únicas sentencias y autos susceptibles de casación son aquellos que resuelven puntos de derecho y respecto de los cuales no existe la posibilidad procesal de volverlos a discutir. En definitiva, tal cosa ocurre solamente en los procesos de conocimiento, es decir, dentro de nuestro sistema procesal civil, los que se sustancian por la vía ordinaria y verbal sumaria. Actualmente se abusa del recurso en una forma muy preocupante, especialmente los juicios ejecutivos, que son aquellos en que se da cumplimiento a "lo dispuesto por el acto anterior que opera como título de ejecución normal", es decir en los que el recurso de casación se ha convertido en un mecanismo para postergar indebidamente el cumplimiento de las obligaciones. Por lo tanto, es necesario limitar el recurso en ese sentido. Por ello se sugiere principalmente aumentar en el artículo 2 de la reforma después de la palabra "procesos" la frase "de conocimiento". Como el plenario de las comisiones legislativas se allanó al veto parcial e incluyó la modificación sugerida, es obvio que aceptó el criterio expuesto, esto es que los juicios de conocimiento son aquellos que se sustancian por las vías ordinarias y verbal sumaria en algunos casos, no así el juicio ejecutivo. CUARTO.- Por otra parte, el recurso de casación es extraordinario, y las leyes que lo norman deben interpretarse en forma restrictiva, en tal virtud, habiéndose delimitado legalmente la procedencia del recurso de casación a las sentencias y autos dictados en los procesos de conocimiento, este recurso extraordinario no procede en un juicio ejecutivo.- Por las consideraciones que anteceden, la Sala rechaza el recurso de hecho y por ende el de casación interpuesto, y, ordena devolver el proceso al inferior para los fines legales pertinentes. Agréguese a los autos los escritos y anexo que anteceden. Para posteriores notificaciones tómese en cuenta el domicilio judicial señalado por Miguel Marchán Solórzano, por los derechos que representa de Industrial AGROINSA S. A. Notifíquese.

Fdo.) Dres. César Montaña Ortega, Daniel Encalada Alvarado y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

Las dos fojas que anteceden son fieles copias de su original.

Certifico.

Quito, 21 de julio del 2006.

f.) Secretaria Relatora.

N° 275 - 2006

JUICIO ORDINARIO

ACTORA: Elvia Argentina Rivas Molina de Macías.

DEMANDADA: Adela Alcívar Loor.

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

Quito, 21 de julio del 2006; a las 10h11.

VISTOS (162-2003): La presente causa ha subido a este nivel jurisdiccional por recurso de casación interpuesto por la demandada señora Jacinta Adela Alcívar Loor de la sentencia expedida por la Corte Superior de Justicia de Portoviejo en el juicio ordinario, reivindicatorio, que le sigue Elvia Argentina Rivas Molina de Macías que, apartándose de la fundamentación del Juez a quo, confirma sin embargo, en todas sus partes la sentencia recurrida que declara sin lugar la demanda. Habiéndose radicado la competencia en esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, y, encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO.- La señora Elvia Argentina Rivas Molina de Macías, al presentar su demanda, ha dicho: que conforme aparece de la escritura pública que acompaña, celebrada en la Notaría Primera del Cantón Manta e inscrita en el Registro de la Propiedad el 27 de enero de 1989, es dueña de un inmueble ubicado en el barrio Santa Marianita de la ciudad y cantón Manta, provincia de Manabí, "por el modo de adquirir, prescripción extraordinaria de dominio", que con el transcurso del tiempo dicho terreno ha sufrido variaciones en cuanto a sus colindantes; que de este bien raíz ha entrado a tomar posesión, la señora Adelaida Alcívar Loor, desde hace más de dos años a la fecha, habiendo construido en él una endeble vivienda de caña guadúa y un servicio higiénico independiente, procediendo a cerrar la puerta que servía de entrada por la Av. 16, y, que efectúa actos de señora y dueña; que a pesar de haber tratado por todos los medios de que la señora Adelaida Alcívar Loor desocupe su inmueble no lo ha conseguido y mas bien ha sido demandada, en el Juzgado XXI de lo Civil de Manta, por la señora Jacinta Adela Alcívar Loor la Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio del bien que le pertenece y del que se encuentra posesionada, por lo que amparada en los Arts. 953, 954 y 959 (actuales 933, 934 y 939) del Código de Procedimiento Civil en la vía ordinaria demanda a la señora Adelaida Alcívar Loor: a) La reivindicación del terreno de su propiedad, que arbitrariamente posee, singularizado de la siguiente forma: **por el frente** con la Avda. 15, en 16.20 metros; **por atrás** con la Avda. 16, en 16.10 metros; **por un lado** con Isabel Cedeño Vda. de Delgado y Hdros. de Miguel Chávez Robles; y, **por el otro costado**, con propiedad de Leonor Barberán y José Vincés Delgado, en 25 metros; b) El pago por parte de la demandada de los daños y perjuicios que su posesión le está ocasionando; y, c) El pago de las costas procesales. Citada que fue legalmente la demandada, al contestar la demanda, propone las siguientes excepciones: 1. Improcedencia de la acción; 2. Ilegitimidad de personería

de la demandada; 3. Falta de derecho de la actora; 4. Falsedad de los fundamentos de hecho de la demanda; 5. Inidentidad entre el predio contenido en la protocolización de la sentencia exhibida por la actora con el que ha demandado su reivindicación, pues las medidas y linderos difieren completamente; 6. Falta de causa y objeto lícitos; 7. Incumplimiento de las exigencias de titularidad de dominio, singularización de la demanda y legítimo contradictor que establece la acción de reivindicación; 7. negativa amplia y rotunda de los fundamentos de hecho y de derecho; 8. Litis pendiente. Además, reconviene a la actora la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del predio que deja singularizado, así también reclama la indemnización de daños y perjuicios que los fija en cien millones de sucres, el pago de honorarios profesionales del abogado que ha debido contratar, los daños y perjuicios por daño moral del que ha sido objeto con esta acción e inclusive los gastos judiciales y extrajudiciales que le provoca la demanda. La actora, por su parte, al contestar la reconvenición planteada ha propuesto las siguientes excepciones: 1. Improcedencia de la acción; 2. Ilegitimidad de personería de la actora, pues la demanda la presentó contra Adelaida Alcívar Loor y quien está reconviniéndole es la señora Adela Alcívar Loor; 3. Falta de derecho de la actora; 4. Negativa total de los fundamentos de hecho y de derecho de la contra demanda; y, 5. Que no es verdad que la demandada Adelaida Alcívar Loor tenga la posesión del terreno singularizado en su demanda desde hace 50 años, por cuanto dicho bien perteneció a Raúl Mendoza Cedeño, quien lo compró a Elvira Holguín Vda. de Conforme, y, vendió parte del mismo a Adelaida Alcívar Loor, en un área de 5 metros, 50 centímetros de frente, igual extensión por la parte de atrás y 12 metros de cada costado, circunscrito dentro de los siguientes linderos: por el frente calle pública Cañar, ahora Avda. 15, por atrás y por el costado izquierdo, terreno que le quedó al vendedor, por el otro costado, solar de Leonor Reyes Barberán, ahora lógicamente con otros colindantes, según escritura pública celebrada en la Notaría Primera del Cantón Manta el 6 de noviembre de 1964 e inscrita bajo el No. 358 del registro de compra venta con fecha noviembre 10 de 1964. Luego la posesión y derecho de dominio que adquirió Adelaida Alcívar Loor sobre la parte del terreno singularizado, terminaron de acuerdo a la sentencia expedida por el Juez Sexto de lo Civil de Manabí el 22 de diciembre de 1988, a las 09h30, que declara a su favor el derecho de dominio por el modo de adquirir, prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del terreno descrito en su libelo de demanda, por lo tanto la actora solo tiene 2 años de posesión sobre el terreno materia de la presente acción.- SEGUNDO.- Cumplido el trámite de la instancia, el Juez Sexto de lo Civil de Manabí, ha dictado sentencia declarando sin lugar la demanda y la reconvenición presentada. De la sentencia de primer nivel, la actora señora Elvia Argentina Rivas Molina de Macías ha interpuesto recurso de apelación, al que se adhirió oportunamente la demandada señora Jacinta Adela Alcívar Loor. Subido en grado el conocimiento de la causa, en virtud del recurso de apelación interpuesto y de su adhesión, por sorteo de ley se radicó su conocimiento en la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo que, mediante decreto expedido por el Ministro de sustanciación el día 11 de noviembre del 2002, las 10h00, ordena: "El recurrente determine los puntos a los que se contrae su recurso dentro del término de diez días de conformidad con lo que dispone el Art. 417 (actual 408) del Código de Procedimiento Civil", en cumplimiento de lo cual, la actora, por su parte, presenta la formalización de su recurso de apelación, dentro

del término concedido para el efecto, e incluso pide se actúen pruebas por haber hechos que justificar. La demandada, quien se adhirió al recurso de apelación, en cambio en lugar de determinar explícitamente los puntos a los que se contrae su recurso, conforme lo ordena la disposición invocada presenta un escrito, que obra a fojas 41 del cuaderno de segunda instancia, en el que señala que su adhesión al “recurso de apelación planteado por la contraparte tiene como objetivo que la Sala **aclare y amplíe el fallo**”, en el sentido de que se ha omitido el análisis de la prueba aportada y con la que ha demostrado la reconvencción planteada y que se refiere a su derecho de ser titular del dominio del bien objeto de la demanda por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, contraviniendo con esta falta de formalización de los puntos a los que se contrae su adhesión al recurso de apelación a lo dispuesto por el Art. 408 del Código Adjetivo Civil (ex 417), puesto que el hecho de adherirse al recurso de apelación interpuesto por la otra parte, no es sino el modo de expresar su inconformidad con la resolución dictada por el Juez para que el Tribunal superior, por el conocimiento de la litis, la revoque, modifique o anule. Así lo señala, acertadamente, el tratadista Guillermo Cabanellas, quien al referirse al **APELADO** lo define como “Litigante favorecido por la sentencia apelada. Puede apelar también, adhiriéndose a la *apelación*, cuando no estime suficiente para su derecho el fallo del Juez” (Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Ed. Heliasta, Argentina, Tomo 1, Pág. 327.). La formalización del recurso, en definitiva, persigue que el apelante “concrete, precise y determine los puntos de discrepancia y de disconformidad con el fallo expedido y que se considera lesivo a su interés jurídico, determinación que se ha estimado indispensable para que el Juez ad - quem, (en materia Civil Corte Superior o Corte Suprema) pueda circunscribir sus facultades jurisdiccionales “dentro del ámbito, que fije el razonamiento del impugnante...” (Gaceta Judicial Año LXXX, Serie XIII, N° 8, Pág. 1662); y, vulnerando con el contenido de su petición, constante en el escrito antes referido y al que equívocamente le quiere hacer pasar por fundamentación, en el que textualmente dice que con su adhesión al recurso de apelación persigue: “que la Sala aclare y amplíe el fallo” (de primera instancia dictado por el Juez Sexto de lo Civil de Manabí), lo prescrito por el Art. 334 del Código de Procedimiento Civil, que dice: “El juez para ante quien se interponga el recurso, puede confirmar, revocar o reformar la resolución apelada, y aún cuando el juez inferior hubiere omitido en su resolución decidir alguno o algunos de los puntos controvertidos. En este caso, el superior fallará sobre ellos...”, de tal suerte que el Tribunal ad quem al conocer del recurso de apelación y la adhesión a aquel, por mandato legal no podía sino revocarla, modificarla, reformarla o decidir sobre los puntos que siendo parte de aquellos en que se trabó el litigio no fueron resueltos por el inferior. La aclaración y ampliación de la sentencia le corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal que dictó la resolución, de conformidad con lo establecido por el Art. 281 *ibídem*, lo que ya tuvo lugar, en su oportunidad, cuando el Juez de primera instancia, mediante auto dictado con fecha septiembre 25 del 2002, a las 08h21, negó la solicitud de aclaración formulada por la señora Jacinta Adela Alcívar Loor (fs. 151 cuaderno de primer nivel). **TERCERO.-** Habiendo, entonces, la parte demandada, incumplido con su obligación de formalizar debidamente la adhesión al recurso de apelación y habiendo, en su lugar, insistido erróneamente ante el Tribunal ad quem respecto de una petición (aclaración, y

ampliación) que solo le correspondía conocer y resolver al Juez que conoció de la causa en primera instancia, no se puede hablar de “apelación”, ni de adhesión al recurso de apelación (que no es sino la apelación propiamente dicha conforme quedó establecido en líneas precedentes) interpuesto oportunamente por la contraparte, en consecuencia la recurrente no cumple con la exigencia determinada por el Art. 4 de la Ley de Casación que prescribe en su parte pertinente: “... No podrá interponer el recurso quien no apeló de la sentencia o auto expedido en primera instancia ni se adhirió a la apelación de la contraparte...”, para poder deducir recurso de casación de la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo. Por los considerandos expuestos, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, rechaza el recurso de casación interpuesto por Jacinta Adela Alcívar Loor. Sin costas, ni multa. Notifíquese.

Fdo.) Dres. César Montaña Ortega, Daniel Encalada Alvarado y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil.

Certifico.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

Las tres fojas que anteceden son fieles y exactas a sus originales.

Certifico.

Quito, 21 de julio del 2006.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

N° 276 - 2006

JUICIO ORDINARIO

ACTORA: Enma María Magdalena Ocampo.

DEMANDADO: Luis David Ocampo Jiménez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL SALA DE CONJUECES PERMANENTES

Quito, 21 de julio del 2006; a las 10h27.

VISTOS (46-2004): La señora Mercedes Lucía López Ramón, quien no es parte en el juicio, ha interpuesto recurso de casación contra el auto de 21 de noviembre del 2003, las 09h15, dictado por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Loja, en el proceso ordinario signado en segunda instancia con el número 136 - 03, que sigue Enma María Magdalena Ocampo contra Luis David

Ocampo Jiménez, en el que niega el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el señor Juez Segundo de lo Civil de Loja el 14 de marzo del 2003. PRIMERO.- Este Tribunal de Casación es competente para conocer y resolver la presente causa en virtud del mandato contenido en el Art. 200 de la Constitución Política de la República y en atención a lo dispuesto en el Art. 1 de la Ley de Casación. SEGUNDO.- 1.- La casacionista, en el número 1 del escrito que contiene el recurso, dice que lo interpone contra el auto de fecha veintuno de noviembre de dos mil tres, pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Loja, en el proceso ordinario signado en segunda instancia con el número 136 - 03 que tramita Enma María Magdalena Ocampo contra Luis David Ocampo Jiménez. 2.- La recurrente, en el número 2 del recurso, indica que las normas de derecho que considera infringidas constan en los artículos 24, numerales 10 y 17 de la Constitución Política de la República; y, 290 y 329 del Código de Procedimiento Civil. 3.- En el número 3 del recurso, dice la casacionista que fundamenta el recurso en la causal constante (sic) en el numeral segundo del artículo 3 de la Ley de Casación, esto es la errónea interpretación de los principios constitucionales indicados y de los artículos 290 y 329 del Código de Procedimiento Civil. 4.- En el número 4, como fundamentos del recurso relata que ha vivido en unión de hecho con el señor Luis David Ocampo Jiménez, por más de cuarenta años, situación que ha sido aceptada en sentencia; que ha intervenido en el presente juicio, por tener interés inmediato en la causa, solamente cuando tuvo conocimiento, cuando se había dictado sentencia; que interpuso el recurso de apelación porque según lo dispuesto en el artículo 329 del Código de Procedimiento Civil “pueden interponer el recurso de apelación las partes que han intervenido en el juicio y los que tengan interés inmediato y directo en el pleito...”, pero que en el auto resolutorio recurrido se interpreta erróneamente esta norma estableciendo que la facultad de apelar le asiste a un interesado solamente cuando es el comprador de una cosa raíz sobre la que versa el juicio, situación que según su criterio no es cierta ya que la norma amplía el derecho para apelar a todo quien tenga interés inmediato en el proceso; dice que de igual forma se interpreta el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, limitando su aplicación a entender que solamente las partes procesales tienen interés en el juicio, cuando la norma indica que las sentencias y autos aprovechan y perjudican tanto a las partes que litigaron en el juicio, como a quienes por excepción tengan interés inmediato en la causa; concluye diciendo que la indebida aplicación e interpretación (sic) de los artículos 290 y 329 del Código de Procedimiento Civil, produce como efecto que se rechace el recurso de apelación que interpuso, estimando que no tiene derecho a interponerlo, lo que atenta a sus derechos y a la tutela jurídica oportuna e imparcial, causándole gravamen irreparable.- En la fundamentación no argumenta sobre las disposiciones constitucionales que considera infringidas. TERCERO.- 1.- El artículo 4 de la Ley de Casación, dice que “el recurso sólo podrá interponerse por la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto”. Cuando esta disposición legal menciona la palabra “parte”, se refiere al actor o demandante que ejerce su derecho presentando la demanda mediante la que deduce su acción o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo como dispone el Art. 66 del Código de Procedimiento Civil, y se refiere también al demandado que presentará su contestación conforme al 102 del mismo cuerpo legal. Demandante y demandado son las partes entre las cuales se

traba la litis o juicio, que conforme al Art. 57 del Código de Procedimiento Civil, es la contienda legal sometida a la resolución de los jueces. La casacionista señora Mercedes Lucía López Ramón, no es demandante ni demandada, en el presente juicio, por tanto, desde este punto de vista no es “parte” y no está legitimada en este proceso para presentar recurso de casación. 2.- También se considera parte a las personas que cumpliendo con el Art. 494 del Código de Procedimiento Civil, se han presentado como terceristas en primera instancia del juicio ordinario, antes de sentencia, pero en el presente caso no aparece que hubiera ocurrido ese evento procesal con la comparecencia de la señora Mercedes Lucía López Ramón, tanto más que como ella misma lo dice en su escrito de casación que de este proceso “no tuve conocimiento sino cuando se había dictado sentencia”, por lo que presentó un improcedente recurso de apelación. Al respecto y concordantemente con la disposición del Art. 494 del Código de Procedimiento Civil, /el Dr. Santiago Andrade en su obra la Casación Civil/ en el Ecuador (pág. 211 y 212) manifiesta: “Los terceros pueden intervenir en el proceso y ser parte del mismo, pero si no han concurrido al juicio oportunamente, no pueden interponer el recurso de casación ya que la Ley de Casación, en su artículo 4, no deja lugar a duda...”.- Con relación a quienes pueden interponer el recurso de apelación, Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual (Tomo I, pág. 196) señala que: “Sólo puede apelar quien haya sido parte en el juicio, y aquél al cual la sentencia dictada atañe de modo directo, por producir, de consentirla, excepción de cosa juzgada contra él”. Situación que no ocurre en el presente caso, por tener la recurrente expedita otras acciones. El análisis que precede demuestra que la casacionista señora Mercedes Lucía López Ramón no es parte en el juicio y por tanto no está legitimada para interponer recurso de casación, como lo ha hecho. Por las consideraciones que anteceden, esta Tercera 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, deniega el recurso por falta de legitimación en el proceso, de la casacionista. Sin costas. Ténganse en cuenta el defensor y casillero judicial N° 1015 designados por Enma María Ocampo, a fin de que actúe en forma individual o conjunta con los defensores que vienen actuando en esta causa a su nombre.- Notifíquese, publíquese y devuélvase. Lo interlineado /el Dr. Santiago Andrade en su obra la Casación Civil/ vale.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, Rubén Darío Andrade Vallejo y Manuel Sánchez Zuraty, Magistrados y Conjuez Permanente de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil.

Certifico.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

Las dos fojas que anteceden son fieles y exactas a sus originales.

Certifico.

Quito, 21 de julio del 2006.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.



Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República
Responsabilidad de la Dirección del Registro Oficial