



REGISTRO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Año III -- Quito, Viernes 4 de Marzo del 2005 -- N° 537

DR. RUBEN DARIO ESPINOZA DIAZ
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\$ 250 -- Impreso en Editora Nacional
2.400 ejemplares -- 48 páginas -- Valor US\$ 1.00

S U P L E M E N T O

SUMARIO:

	Págs.		Págs.
FUNCION JUDICIAL		224-2004	Rafael Barrezueta Minuche en contra del Banco del Pacífico S. A. 16
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA			
PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL:		226-2004	Dolores Díaz Toca viuda de Viteri y otros en contra de Industria Tapitex Compañía Limitada 18
Recursos de casación en los juicios seguidos en contra de las siguientes personas:			
		ACUERDO DE CARTAGENA	
		PROCESOS:	
212-2004	Germania Patricia Dávalos Encalada en contra de Carlos Marcelo Villa Alvaro y otra 2	49-AI-2002	Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República Bolivariana de Venezuela por supuesto incumplimiento del artículo 90 del Acuerdo de Cartagena, de las Decisiones 370 y 466 de la Comisión de la Comunidad Andina y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal 20
214-2004	Marco Honorato Domínguez Avila en contra de Miguel Angel Puga Quiroz 3	5-AI-98	Levantamiento parcial de sanción ... 27
215-2004	Mariana del Carmen Ponce Jijón en contra de César Eduardo Villegas Játiva y otras 4	50-AI-2002	Archivo de procedimiento sumario . 29
216-2004	Doctor Guillermo Ovidio Robles López y otra en contra de Klever Izquierdo Barrera y otros 11		
223-2004	Gerardo Peña Matheus en contra de Dole Food Company Inc. y otras 15		

	Págs.
135-IP-2003 Interpretación prejudicial de los artículos 81, 82 literal a) y 83 literales a) y d) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador. Actor: FERRERO S.p.A. Marca: "NUTTELINI". Proceso interno N° 2679-AI.	30
145-IP-2003 Interpretación prejudicial de las normas previstas en los artículos 81 y 83, literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Parte actora: sociedad SANOFI SYNTHELABO. Caso: denominación "XAPRILA". Expediente Interno N° 2002 - 00111	36
147-IP-2003 Solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 81 y 83 literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, con fundamento en la solicitud proveniente del Consejo de Estado de la República de Colombia. Expediente Interno N° 6902. Actor: "ACCOR". Marca: "IBIS"	41
ORDENANZA MUNICIPAL:	
- Gobierno Municipal de Pastaza: Que contiene el Reglamento Interno de Contrataciones y Prestación de Servicios	45

N° 212-2004

Dentro del juicio ordinario por reivindicación N° 50-04, que sigue Germania Dávalos Encalada, por medio de su mandatario doctor Humberto Treviño Garcés en contra de Carlos Marcelo Villa Alvaro y Magdalena Elizabeth Samaniego, se ha dictado lo siguiente:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 10 septiembre del 2004; las 11h00.

VISTOS: En contra de la sentencia dictada por la Primera Sala de la Corte Superior de Riobamba en el juicio reivindicatorio seguido por Patricia Dávalos Encalada, por medio de su procurador judicial doctor Humberto Treviño Garcés, en contra de Carlos Marcelo Villa Alvaro y Magdalena Elizabeth Samaniego, han interpuesto recurso de casación tanto la parte actora como la parte demandada. Por

concedidos los dos recursos, sube el proceso a la Corte Suprema de Justicia y, por el sorteo de ley, se radica la competencia en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil; la que en providencia del 18 de febrero del 2004 acepta a trámite el recurso de casación deducido por los demandados, y rechaza el deducido por la parte actora. Concluida la sustanciación, atento el estado de la causa, para resolver se considera: PRIMERO.- Los recurrentes Carlos Marcelo Villa Alvaro y Magdalena Elizabeth Samaniego acusan a la sentencia de que adolece del error previsto en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. Esta causal es del siguiente tenor: "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.". En razón del principio dispositivo que guía el recurso de casación, esta Sala se limita a analizar y resolver exclusivamente las acusaciones de los recurrentes que se encasillan en la causal transcrita. Los errores in procedendo previstos en esta causal tienen lugar cuando la sentencia ha sido pronunciada sobre un proceso viciado de nulidad insanable o provocado indefensión. En el juicio ordinario, la nulidad procesal, de acuerdo con el principio de especificidad consagrado por el artículo 353 del Código Civil, se produce en dos casos específicos: a) Por omisión de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, enumeradas en el artículo 355; y, b) Por violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o de la causa que se está juzgando, conforme dispone el artículo 1067. En ambos casos, siempre que la irregularidad procesal no se haya convalidado o hubiese influido o pudiere influir en la decisión de la causa. La acusación concreta de los recurrentes es la de que existe omisión de la solemnidad 3ª del artículo 355, puesto que existe ilegitimidad de personería activa, en razón de que el doctor Humberto Treviño Garcés comparece en el juicio como mandatario de la actora Germania Patricia Dávalos Encalada, omitiendo aplicar las normas contempladas en los artículos 40 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y los artículos 953 y 1488, numerales 2 y 4 del Código Civil; pues aparece como supuesto mandatario a través de la subrogación de un poder improcedente e ineficaz. SEGUNDO.- Mandato dice el artículo 2047 del Código Civil "es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario".- Si bien el otorgamiento del mandato es un acto de confianza, el mandatario está autorizado a delegar el encargo a menos que se le prohíba en el contrato de mandato, conforme dispone el artículo 2066 del Código Civil. En el Código de Procedimiento Civil a la delegación se le denomina también sustitución, y según el artículo 51 de este código, el procurador que haya sustituido el poder podrá revocar las sustituciones, y hacer otras en todo o en parte; así como el sustituto podrá también delegarlo, si no se le hubiere prohibido.- El artículo 41 del Código de Procedimiento Civil faculta tanto al actor como al demandado para concurrir por medio de procurador; el mismo que en la especie se llama procurador judicial. Son procuradores judiciales, dice el artículo 40 del código citado, los mandatarios que tienen poder para comparecer al juicio por otro.- La procuración judicial es solemne, y conforme dispone el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil,

en correspondencia con el artículo 49 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, está sujeto a las siguientes reglas: 1.- Solo los abogados en ejercicio de su profesión podrán ser procuradores judiciales.- 2.- La procuración judicial se operará en una de estas dos formas: por escritura pública o por escrito reconocido ante el Juez de la causa. TERCERO.- De las copias aparejadas a la demanda (fs 4 y 5 del cuaderno de primer nivel) consta lo siguiente: 1. Que Germania Patricia Dávalos Encalada, mediante escritura pública celebrada el 28 de marzo del 2000, ante el abogado Italo Bedrán Riofrío, Notario Público del cantón Riobamba, ha otorgado poder general a favor de Norma Encalada Ambi, para que, entre otras cosas, se encargue de lo siguiente: "d) Le represente en cualquier asunto judicial o extrajudicial que exista a la fecha o que se presentará en el futuro, contestando demandas y proponiéndolas, que continuara el juicio hasta su conclusión en cualquier instancia y de la naturaleza que sea, y de ser necesario contrate un profesional del derecho". 2. La mandataria Norma Piedad Encalada Ambi, mediante escritura pública de 16 de mayo del 2002, ante el abogado Italo Bedrán Riofrío, Notario Público Séptimo del cantón Riobamba, sustituye el poder a favor del doctor Humberto Treviño Garcés. En el contrato de mandato otorgado por Germania Patricia Dávalos Encalada no se prohíbe a la mandataria Norma Encalada Ambi la sustitución del poder, de suerte que la escritura pública de sustitución hecha por la mandataria a favor del doctor Humberto Treviño Garcés es válida y eficaz. Vale resaltar que esa sustitución era indispensable porque, como se expresa anteriormente, solo los abogados en ejercicio de su profesión pueden ejercer la procuración judicial.- Los recurrentes afirman que en la sentencia se han violado los ordinales 2° y 4° del artículo 1488 del Código Civil, que son del siguiente tenor: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 2°.- Que consciente en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio.... ; 4°.- Que tenga una causa lícita".- En el contrato de mandato, como todos los actos bilaterales, se requiere el concurso de las voluntades del mandante y del mandatario, o del mandatarario o del sustituto, según corresponda. Pero no es imprescindible que el mandatario acepte en forma expresa en el mismo contrato. La aceptación puede ser tácita con arreglo a lo dispuesto al artículo 2055 del Código Civil. En la práctica forense lo común es que la aceptación sea tácita. El consentimiento de quienes intervienen en los contratos de poder o sustitución está perfectamente establecido en las declaraciones de voluntad ostentadas en las escrituras públicas agregadas al proceso (fs. 4 y 5 del cuaderno de primer nivel), y los demandados, a quienes correspondía la carga de la prueba, en ninguna forma han demostrado que ese consentimiento adolezca de vicios de error, fuerza o dolo previstos en el artículo 1494 del Código Civil. Asimismo, examinados los contratos de poder y de sustitución no aparece que las obligaciones contraídas en ellos adolezcan de causa ilícita, o sea prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público (inciso segundo del artículo 1510 del Código Civil. Por otro lado, el artículo 953 del Código Civil, citado también por los recurrentes como transgredido en la sentencia, se refiere a la reivindicación o acción de dominio, que ninguna vinculación tiene con el contrato de mandato.- Por todo lo dicho, el doctor Humberto Treviño Garcés ha intervenido en el proceso, en representación de la actora, con poder suficiente, válido y eficaz y, consiguientemente, con personería legítima. No procede entonces la acusación formulada por los recurrentes. Por las consideraciones

expuestas, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, no casa la sentencia pronunciada por la Primera Sala de la Corte Superior de Riobamba, en el juicio reivindicatorio seguido por Germania Patricia Dávalos Encalada, por medio de su procurador judicial doctor Humberto Treviño Garcés. Sin costas. Notifíquese y devuélvase.

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

Razón: Esta copia es igual a su original. Certifico. Quito, 10 de septiembre del 2004.- f.) Dra. Isabel Garrido Cisneros, Secretaria Relatora.

N° 214-2004

Dentro del juicio ordinario N° 5-2004 que por dinero sigue Marco Honorato Domínguez Avila en contra de Miguel Angel Puga Quiroz, se ha dictado lo que sigue:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 15 de septiembre del 2004; las 16h30.

VISTOS: Marco Honorato Domínguez Avila interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, dentro del juicio ordinario que por dinero sigue en contra de Miguel Angel Puga Quiroz. Concedido el recurso, por el sorteo de ley correspondió su conocimiento a esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, la que lo admitió a trámite. Concluido el mismo, para resolver se considera: PRIMERO.- El recurrente considera que las normas de derecho infringidas en la sentencia impugnada son los artículos 1480, 1589, 1594 y 1595 del Código Civil. Afirma que su recurso se funda en las causales primera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. SEGUNDO.- El recurrente funda su recurso en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, que opera: "Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles.". Sin embargo, no señala cuáles de los requisitos, a los que obligatoriamente debe someterse la sentencia, fueron inobservados por el Tribunal de instancia, ni especifica cuáles son las decisiones contradictorias o incompatibles entre la parte considerativa y la resolutive del fallo. Simplemente se limita a afirmar que "la decisión contradictoria se da por la equivocación de creer que en este caso es necesario el requerimiento para que el deudor, ahora demandado, esté en mora", es decir realiza una afirmación que no guarda relación con el contenido de esta causal, sino que más bien se refiere a la causal primera del artículo citado. En consecuencia, este Tribunal de Casación desecha este vicio alegado. TERCERO.- Es necesario destacar que al haberse fundado el recurso en la causal denominada en la

doctrina como “violación directa” de la norma sustancial, es decir en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, y no en la causal tercera del mismo artículo 3 de la Ley de Casación, que se refiere a la “violación indirecta”, la cual se produce cuando al infringirse normas o principios relativos a la valoración de la prueba se transgrede una norma sustancial, debe colegirse que se dan por ciertas las conclusiones sobre la situación fáctica, o determinación de los hechos a que han llegado los juzgadores de instancia. Sobre este asunto Murcia Ballén dice: *“Corolario obligado de lo anterior es el de que, en la demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el tribunal. En tal evento, la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que considere no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados; pero, en todo caso, con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas”* (Recurso de Casación Civil, Tercera Edición, Librería el Foro de la Justicia, Bogotá - Colombia, 1983 Pág. 322). CUARTO.- Respecto de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación que se refiere a la “Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva”, el recurrente sostiene que en el fallo impugnado se ha inaplicado el artículo 1594 del Código Civil, por cuanto afirma que en la especie “no es necesario el requerimiento previo para que el deudor esté en mora y con ello tenga la obligación de cancelar el monto de los intereses demandados.”. Ahora bien, en la sentencia pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito se llega a la conclusión de que entre las partes se celebró un contrato, por el cual el demandado debe al actor sesenta y siete millones de sucres (s/. 67'000.000.); pero además que no existe prueba alguna que determine como se pactaron los intereses ni la fecha de vencimiento de la obligación. Y tal como se analizó en el considerando anterior, son estos los hechos establecidos, los supuestos fácticos determinados por los jueces de instancia, que no pueden ser modificados por el Tribunal de Casación, por lo que, a partir de ellos se debe encontrar los tipos jurídicos conducentes, es decir la norma o normas aplicables. Como el Tribunal ad quem ha establecido que el demandado ha incumplido el contrato materia de la litis que le obliga a pagar al actor, sesenta y siete millones de sucres, la norma aplicable es el artículo 1602 del Código Civil que se refiere precisamente a las reglas relativas a la indemnización de perjuicios causados por mora cuando se trata de una obligación dineraria. El Tribunal ad quem, también concluyó que no existe prueba respecto a si se pactaron o no intereses convencionales, por lo que resulta aplicable a estos hechos lo señalado en el numeral primero del mencionado artículo 1602, que dice que si se han convenido intereses se los seguirá debiendo, pero en caso contrario, es decir, sino se los ha convenido, o no hay constancia alguna de que se haya pactado intereses convencionales, como ocurre en la especie, se deberá únicamente los intereses legales, tal como anota la sentencia del Tribunal ad quem. Ahora bien, en las obligaciones bilaterales, como las que resultan del contrato materia de la litis, cuando se ha convenido un plazo, la parte que incumple se constituye automáticamente en mora a su vencimiento, sin necesidad de requerimiento. En la especie, el Tribunal ad quem señala que las partes no han logrado

determinar la fecha del vencimiento de la obligación, es decir no se ha probado si en el contrato en cuestión se había establecido un plazo y cual era éste, y como vimos, se necesita de él para que en caso de incumplimiento, la mora se constituya automáticamente. Era entonces necesario que el acreedor reconvenga judicialmente al deudor para lograr constituirlo en mora, tal como señala el numeral tercero del artículo 1594 del Código Civil, para lo cual debía presentar una demanda que contenga sus pretensiones, y solo la citación con la misma tiene como efecto constituir en mora al deudor, al tenor del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil. Por tanto, los intereses legales solo pueden ser calculados desde que el demandado fue constituido en mora, esto es desde que se le citó con la demanda. El recurrente señala además, que también se han transgredido los artículos 1480 del Código Civil, relativo a las fuentes de las obligaciones y 1589 del mismo código, referente a la buena fe en las obligaciones, pero no señala de que forma se han violado dichas normas, al contrario al intentar fundamentar el cargo, repite el alegato que sustenta la violación del mencionado artículo 1594. En consecuencia, se concluye que la sentencia dictada por el Tribunal ad quem no ha transgredido ninguna de las normas citadas por el recurrente y por ende la alegación debe ser desechada. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia no casa la sentencia dictada por la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito dentro del juicio ordinario que por dinero sigue Marco Honorato Domínguez Avila en contra de Mario Ochoa Córdova. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Galo Galarza Paz y Ernesto Albán Gómez, Ministros Jueces, Genaro Eguiguren Valdivieso, Conjuez Permanente. Certifico.- Dra. Isabel Garrido Cisneros, Secretaria Relatora, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema.

Razón: Es fiel copia de su original. Certifico.- Quito, 16 de septiembre del 2004.

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

N° 215-2004

En el juicio ordinario (recurso de casación) N° 332-2003 que, por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, sigue Mariana del Carmen Ponce Jijón en contra de César Eduardo Villegas Játiva, por sus propios derechos y como procurador común de Ana Lourdes Beltrán Narváez, Carmelina Chuma Pasquel y María Claudia Inés Chuma Pasquel, se ha dictado lo siguiente:

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

Quito, 21 de septiembre del 2004; las 15h10.

VISTOS: César Eduardo Villegas Játiva, por sus propios derechos y como procurador común de Ana Lourdes Beltrán Narváez, Carmelina Chuma Pasquel y María Claudia Inés Chuma Pasquel, deduce recurso de casación en contra de la sentencia y auto que niega el petitorio de aclaración y ampliación dictados por la Segunda Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Ibarra, dentro del juicio ordinario que, por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, siguió Mariana del Carmen Ponce Jijón en contra del recurrente en la calidad señalada. Como dicho recurso le fue negado, dedujo el de hecho, el que por concedido, permitió que el proceso suba a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia; habiéndose radicado la competencia por el sorteo de ley en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, y una vez que ha terminado la etapa de sustanciación de este proceso de casación, para resolver se considera: PRIMERO.- El recurrente acusa al fallo de última instancia de haber infringido los artículos 24, N° 13 de la Constitución Política de la República; 117, 119, 121, 126, 127, 146, 147, 168, 169, 170, 195, 198 inciso primero N° 4, 203, 211, 212, 213 y 225 inciso primero del Código de Procedimiento Civil; artículos 734, 953, 957, 959, 2416, 2422, 2434 regla segunda y 2435 del Código Civil. Fundamenta su impugnación en las causales tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. Estos son los límites, fijados por el propio recurrente, dentro de los cuales se desenvolverá la actividad jurisdiccional del Tribunal de Casación. SEGUNDO.- Como esta Sala ha señalado en múltiples resoluciones, cuando se acusa al fallo casado de hallarse incurso, entre otras, en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, ha de analizarse este cargo en primer lugar, pues si el Tribunal encuentra que la sentencia de último nivel adopta decisiones contradictorias o incompatibles, o no tiene motivación, debe casarla y dictar en su lugar la que corresponda. El recurrente, con fundamento en el artículo 24 N° 13 de la Constitución, acusa a la sentencia de último nivel de no contener uno de los requisitos exigidos por la ley para su validez, cual es el estar debidamente motivada, pues "...a pesar de la amplitud del texto (de la resolución), solo hay una abultada enumeración de supuestas «pruebas» pero ninguna explicación de los fundamentos jurídicos en los que la Sala se basa para sustentar en esas «pruebas» el fallo... y ni siquiera cuando he requerido que procedan a la ampliación y aclaración del fallo se han dignado atender lo pedido y más bien me han dicho que: «...la Sala actúa sin afectos ni desafectos, sin odios ni pasiones, por lo que se le llama la atención por las insinuaciones de estrecha amistad con la defensora de la parte actora, en cuya virtud se rechaza la petición de ampliación y aclaración formulada...» Pues esto tampoco significa motivar un fallo y la Sala se ha limitado a dar la respuesta que suele dar siempre: «todo está claro y el recurso no procede»...". Se analizará este cargo a continuación. TERCERO.- El artículo 24 N° 13 de la Constitución Política de la República dice que es parte del derecho al debido proceso el que la sentencia sea motivada: "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...". Examinada la sentencia de última instancia se advierte que la misma, aunque cita como único fundamento de derecho el artículo 2434 del Código Civil, que establece los presupuestos fácticos y consecuencias jurídicas para la adquisición del dominio del inmueble que se disputa por el modo prescripción extraordinaria, se limita a realizar una

larga enumeración de las pruebas rendidas por las partes, sin analizar la pertinencia de la aplicación de la norma de derecho a los fundamentos de hecho invocados por aquellas. La Sala considera necesario reiterar una vez más lo que expresó en su fallo N° 253 de 13 de junio del 2000, publicado en el Registro Oficial N° 133 de 2 de agosto del mismo año, en el sentido de que es necesario en cada caso analizar si existe realmente la debida motivación en la resolución judicial "(...) ya que «La articulación de un razonamiento justificativo en la sentencia representa el fundamento de toda motivación. Desde una perspectiva psicológica la motivación, del latín *motus*, designa a aquellos factores o determinantes internos, más que externos, al sujeto que desde dentro le incitan a una acción. Así, cuando un órgano jurisdiccional entra en la apreciación de las pruebas debe, no sólo establecer adecuadamente la estructura interna de la decisión, sino también el aspecto justificativo de la misma... La seguridad jurídica depende en tan alto grado de su esencialidad que algún autor ha pretendido ver en la omisión voluntaria de una motivación, pese a la dificultad práctica de su prueba, la posibilidad de formar parte del tipo de delito de prevaricación. En este sentido, puede afirmarse que el poder de convicción de la sentencia es proporcional al rigor con que se examine y concrete el hecho y el derecho aplicable al caso, así como a la claridad con la que sea capaz de exponerlos explicitando su conexión con el ordenamiento jurídico.» (Sergi Guash Fernández, *El hecho y el derecho en la casación civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 444 y ss.) La motivación es una necesidad y una obligación que ha sido puesta en relación con la tutela judicial efectiva, «es una garantía de interés general encuadrable en un Estado de Derecho», por ello constituye una de las garantías del derecho constitucional al debido proceso, consagrado en el N° 13 del artículo 24 de la Constitución Política del Estado; como señala el citado Guash Fernández, «es un derecho-deber de las decisiones judiciales. Deber porque vincula ineludiblemente a los órganos judiciales y derecho, de carácter público y naturaleza subjetiva, porque son titulares de la misma todos los ciudadanos que acceden a los tribunales con el fin de recabar la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos». Según señala el autor citado, «las partes han de procurar que la prueba practicada lleve al órgano jurisdiccional a la convicción de sus respectivas posiciones. Una vez que ha llegado a esta convicción es éste el que ha de persuadir, en su resolución a las partes, a la comunidad jurídica y a la sociedad en general de los fundamentos probatorios que avalan la versión de lo sucedido y de la razonabilidad de la aplicación de la normativa invocada. De esta manera, la motivación se concreta como criterio diferenciador entre racionalidad y arbitrariedad. Un razonamiento será arbitrario cuando carezca de todo fundamento o bien sea erróneo. Se trata, en definitiva, del uso de la racionalidad para dirimir conflictos habidos en una sociedad que se configura ordenada por la razón y la lógica... con la distinción del contexto de descubrimiento y del contexto de justificación es posible concebir la motivación de las sentencias como la justificación de la decisión tomada. No puede, por lo tanto, decirse que la motivación sea un simple expediente explicativo. Fundamentar o justificar una decisión es diferente a explicarla. Mientras para fundamentar es necesario es dar razones que justifiquen un curso de acción, la explicación requiere la simple indicación de los motivos o antecedentes causales de una acción... la motivación opera como una verdadera justificación

racional de la sentencia en el sentido amplio del concepto. Desde esta perspectiva, el órgano jurisdiccional debe justificar los argumentos racionales que son fundamento de la decisión, sobre todo, cuando se trata de elementos valorativos. La motivación debe mostrar que la decisión está legal y racionalmente justificada sobre la base de aquellos elementos (premisas) que la fundamentan. Justificar o fundar una decisión consiste, en definitiva, en construir un razonamiento lógicamente válido con independencia de si las razones son pensadas antes, durante o después de tomar la decisión... la corrección de estos razonamientos jurídicos derivará, no sólo de la validez de su razonabilidad formal o sometimiento a las reglas de la lógica, sino también de su adecuación a los valores y principios jurídicos reconocidos en la Constitución.»... Ha de añadirse que «la motivación tiene una finalidad endoprocesal y otra de carácter extraprocesal. Endoprocesal como garantía de defensa y extraprocesal como garantía de publicidad. La primera sirve, por un lado, para convencer a las partes de la corrección de la sentencia logrando así una mayor confianza del ciudadano en la administración de justicia derivada, precisamente, de una constatación detenida del caso particular... la motivación no sólo asume una función primordial respecto al mismo Tribunal ya que sirve de guía a la evolución del Derecho sino que, además, supone una actividad de autocontrol a través de la cual se evitan posibles errores judiciales. La motivación permite a los órganos jurisdiccionales descubrir defectos o errores en su razonamiento que pueden haberle pasado desapercibidos. Por último, también se entiende que facilita el derecho de defensa en su máxima manifestación pues, permite utilizar todos los recursos que la ley otorga contra una sentencia definitiva. Concretamente, para (la Corte Suprema), permite el control en casación convirtiéndose así en el conducto de la impugnación en relación al gravamen.» La segunda constituye «una construcción basada en el fenómeno extraprocesal o como garantía de publicidad. Como quiera que la justicia emana del pueblo, el ciudadano tiene el derecho a conocer la motivación de las sentencias con el objeto de contrastar su racionalidad. De esta manera, el ciudadano se configura como controlador de las resoluciones. Así, puede considerarse que la mejor de las justificaciones es la que presenta un mayor consenso entre la mayoría de la comunidad. Es entonces cuando se habla de un acercamiento de la justicia al ciudadano... En definitiva, la motivación de las resoluciones es para el justiciable una de las más preciosas garantías. Le protege contra la arbitrariedad, le suministra la prueba de que su acción ha sido examinada racionalmente y, al mismo tiempo, sirve de obstáculo a que el Juez pueda sustraer su decisión al control de la casación. De esta manera, se garantiza la naturaleza cognoscitiva del juicio, vinculándolo en derecho a la legalidad y de hecho a la prueba.»... CUARTO.- En la especie, la sentencia del Tribunal de última instancia carece en absoluto de estos elementos, pues no explica la pertinencia de sus conclusiones; si bien señala la normas de derecho en la que se fundamenta la resolución (artículo 2434 del Código Civil), se limita a realizar una mera exposición de los hechos sin subsumirlos en la disposición citada; hace una larga lista de los medios probatorios presentados en los cuales fundamenta su decisión, pero no los analiza ni confronta con los hechos alegados; no expone debidamente cuáles fueron los motivos que le llevaron a concluir que se han cumplido los presupuestos fácticos que justifican la declaratoria de que se ha adquirido el dominio por

prescripción extraordinaria; ni explica la razón por la cual desecha, sin análisis alguno, la prueba aportada por el recurrente. La motivación, como derecho a conocer las razones en las que se fundamentan las decisiones judiciales y administrativas (artículo 24 N° 13 de la Constitución), es una de las garantías fundamentales del debido proceso, y además es uno de los “los requisitos exigidos por la Ley” para la sentencia, por ello el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil señala que es obligación del Tribunal expresar los fundamentos o motivos de la decisión. Este vicio, en consecuencia, es motivo para casar la sentencia con fundamento en la causal quinta del artículo 3 de la ley de la materia. QUINTO.- También se acusa a la sentencia de último nivel de incurrir en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, y se citan como disposiciones infringidas los artículos 117, 119, 121, 126, 127, 146, 147, 168, 169, 170, 195, 198 inciso primero N° 4, 203, 211, 212, 213 y 225 inciso primero del Código de Procedimiento Civil; al respecto se anota: a) El artículo 117 del Código de Procedimiento Civil es una norma relativa a la carga de la prueba y no a su valoración, por lo que no cabe acusar su infracción al amparo de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación; b) No se explica de qué manera se han infringido las disposiciones contenidas en los artículos 126, 127, 146 y 147 del Código de Procedimiento Civil, por lo que al no haber sido debidamente sustentada la afirmación de que se ha vulnerado estas normas, se rechaza este cargo por infundado; y, c) Respecto a las demás normas, el recurrente formula varios cargos, que en lo fundamental hacen relación a la falta de aplicación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que han conducido a la equivocada aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia. Se analizarán a continuación cada una de estas acusaciones. SEXTO.- Se alega falta de aplicación del artículo 225 del Código de Procedimiento Civil: cuyo primer inciso ordena que “Cada pregunta o repregunta (del petitorio de declaración testimonial) contendrá un solo hecho. Ninguna será impertinente, capciosa o sugestiva.”. En contravención a este mandato, dice el recurrente, el Tribunal de última instancia ha considerado como válidas las preguntas formuladas por la parte actora a sus testigos, las cuales contienen interrogantes sobre varios hechos y son sugestivas, porque contienen en sí mismas las respuestas afirmativas para los intereses del preguntante. La pregunta en referencia, citada por el recurrente, dice así: “Diga el testigo si es verdad y le consta que mi persona está en posesión de un lote de terreno, ubicado en el sector urbano de la ciudad de Atuntaqui, entre las calles General Enríquez y Galo Plaza, desde aproximadamente el mes de enero de 1984, esto es desde hace 19 años aproximadamente.”. Sin embargo, no contiene varias preguntas en sí mismas, como afirma el recurrente, porque en conjunto, las frases que construyen esta oración se refieren a un solo hecho -la posesión de un inmueble durante determinado lapso de tiempo-, por lo que en realidad la pregunta no contiene varios hechos sobre los que se interroga a los testigos. Respecto a la acusación de que las preguntas son sugestivas, se anota: la calificación de un interrogatorio, al igual que su apreciación, es labor que corresponde exclusivamente a jueces y tribunales de instancia, operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción de dicho medio probatorio, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado, en la demanda y la contestación a la demanda, respectivamente, por lo que al Tribunal de Casación le está vedado revisar dicho proceso de valoración, a menos de que se acuse expresamente que en ese camino el juzgador de instancia ha

vulnerado las reglas de la sana crítica, constituidas por la lógica, la experiencia y las ciencias. En el análisis de estas pruebas, el recurrente se limita a decir que se han valorado declaraciones testimoniales que responden a preguntas sugestivas, sin que vincule dicha infracción a la de una norma sustantiva, ni explique de qué manera dicha valoración infringe las reglas de la lógica, la experiencia o las ciencias, por lo que la acusación de que se ha dejado de aplicar el artículo 225 del Código de Procedimiento Civil carece de sustento. SEPTIMO.- Se acusa falta de aplicación del artículo 213 del Código de Procedimiento Civil, que dice que “Por la falta de edad no pueden ser testigos idóneos los menores de dieciocho años; pero, desde los catorce, podrán declarar para establecer algún suceso, quedando al criterio del juez la valorización de tales testimonios. La misma apreciación hará el juez respecto de la declaración del testigo, cuando el suceso hubiere ocurrido antes de que el testigo haya cumplido catorce años.”, acusación que la sustenta en el hecho de que el Tribunal de última instancia valoró testimoniales de personas que, a la época en que sucedieron los hechos, eran menores de edad y ni siquiera habían cumplido catorce años. Respecto a esta impugnación se anota: Según disponen los artículos 211 y 212 del Código de Procedimiento Civil, el Juez apreciará la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la razón que éstos hayan dado de sus dichos y las circunstancias que en ellos concurran, y que si bien para ser testigo idóneo se necesita edad, probidad, conocimiento e imparcialidad, sin embargo ello no obsta para que el Juez, en aplicación de las reglas de la sana crítica, pueda fundar su fallo en la declaración del testigo que no reúna todas las condiciones enumeradas, cuando tenga el convencimiento de que el testigo ha declarado la verdad, conforme lo ha declarado ya esta Sala en sus resoluciones: N° 265-99, publicada en el Registro Oficial 215 de 18 de junio de 1999; N° 237-99, publicada en el Registro Oficial 214 de 17 de junio de 1999, y N° 28-2000, publicada en el Registro Oficial 61 de 19 de abril del 2000; pero, fundamentalmente, ha de anotarse que la operación de valoración de las testimoniales presentadas por las partes, es una operación mental realizada por los juzgadores de instancia, razonamiento soberano respecto del cual el Tribunal de Casación no tiene facultades revisoras, a menos de que se alegue que las conclusiones a las que ha arribado el juzgador de instancia, sobre la base de la valoración de estas testimoniales, sean ilógicas, absurdas o arbitrarias, lo que no se ha indicado en la especie. No se ha dejado de aplicar, por lo tanto, el artículo 213 del Código de Procedimiento Civil. OCTAVO.- Se acusa al Tribunal ad quem de haber valorado como prueba fundamental para su resolución unas fotografías en las que aparece la actora vigilando la construcción de un muro de bloques en el predio materia de la litis, fotografías que de ninguna manera demuestran el tiempo de la posesión, “y eso admitiendo que pertenezcan al terreno materia de litigio, cosa que tampoco se demuestra con la sola exhibición de fotografías.”. El recurrente, sin embargo, no señala de qué manera el Tribunal de última instancia ha vulnerado las reglas de la lógica o la experiencia, que forman parte de la sana crítica, al valorar esta prueba, tanto más que el artículo 125 del Código de Procedimiento Civil considera a las fotografías como medios probatorios admisibles, por lo que esta acusación no puede ser analizada por no haber sido sustentada debidamente. NOVENO.- Con fundamento en los artículos 121, 168, 195, 198 regla 4ª, 203 y 223 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente alega que el Tribunal de

última instancia ha tomado en cuenta para su resolución medios probatorios no admitidos por nuestra ley procesal; que la valoración de estos medios ha sido determinante para que en la sentencia casada se aplique indebidamente de los artículos 2416, 2422, 2434 “particularmente la regla segunda” y 2435 del Código Civil en concordancia con el artículo 734 del mismo código, y, al mismo tiempo, se deje de aplicar los artículos 953, 957 y 959 del Código de Civil. Para sustentar esta acusación señala que: 1) Se ha tomado en cuenta un documento o carta privada, firmada por el sacerdote párroco de San José de Atuntaqui, en contravención con lo que dispone el artículo 203 del Código de Procedimiento Civil (“Las cartas dirigidas a terceros, o por terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento, ni servirán de prueba”), a pesar de que dicha carta fue debidamente impugnada con fundamento en los artículos 168, 195 y 198 N° 4° del mismo código. 2) Se ha considerado como medio de prueba admisible una declaración rendida ante un notario público, testimonio que no es válido porque no es un medio de prueba reconocido, y que no permite el ejercicio del derecho a la contradicción, dejándose de aplicar el artículo 223 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 121 del mismo cuerpo legal. Se analizarán estos cargos a continuación. DECIMO.- Para fundamentar la acusación de que se ha dejado de aplicar el artículo 203 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente alega que, en la correspondiente etapa procesal, impugnó con fundamento en los artículos 168 y 195 del mismo código la carta suscrita por el párroco de San José de Atuntaqui, Fr. Carlos Calle; que sin embargo, el Tribunal ad quem dio valor probatorio a este documento, en el que consta, según apreciación del Tribunal, que Mariana Ponce -actora en este proceso- junto con Claudia Chuma, “se acercaron para pedir una mediación a fin de superar un conflicto de escrituras en donde la señora Chuma manifestó haber vendido un terreno de la calle General Enríquez y Galo Plaza de la ciudad de Atuntaqui a Mariana Ponce y haber recibido el dinero.”. (considerando sexto de la sentencia de última instancia, foja 72), sin que en esa carta consten siquiera las firmas de quienes supuestamente participaron en aquella mediación, por lo que el recurrente dice que ni siquiera era necesario contradecir dicho documento, pero que aún así lo hizo en escrito de fs. 90 vta., en el que dijo “Impugno el certificado por el señor cura párroco Carlos Calle, en razón de que no es autoridad a la que compete declarar si existe o no posesión de un inmueble, además el contenido de su certificado es impreciso y no describe con apego a la verdad todo lo acontecido en la supuesta «mediación» en la que dice haber sido partícipe.”. Dicho documento dice así: *“Atuntaqui, 10 de Septiembre del 2001. Certificado. A petición de la interesada señora Mariana Ponce: Certifico: Que la mencionada señora Mariana de Jesús Ponce, junto con la señorita Claudia Chuma, se acercaron a la parroquia, para pedir una mediación a fin de superar un conflicto de escrituras, en donde la señorita Claudia Chuma manifestó haber vendido un terreno en la calle General Enríquez y Galo Plaza de la ciudad de Atuntaqui, a la señora Mariana Ponce y haber recibido el dinero, pero no se pudo hacer las escrituras debido a que su hermana la señorita Tomasa Chuma no podía firmar por considerarla minusválida. Conflicto que no se superó, y que hoy agrava por un resentimiento, entre la señorita Claudia Chuma y la señora Mariana Ponce. En donde hoy la señora Mariana Ponce pide las escrituras y la señorita Claudia Chuma, pide se le devuelva su honra desprestigiada y un millón de*

suces con sus intereses que le prestó luego del negocio. Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad y elevo oraciones al cielo a fin de que se dé paso a una justicia fraterna de cristianos. Atentamente, Fr. Carlos Calle. Párroco.” Como bien se señala en el recurso de casación deducido, este documento no podía servir por sí solo para probar la existencia de la posesión por parte de la actora en esta causa, ni podía afectar la relación de dominio que el recurrente dice tiene con el inmueble disputado. Al respecto, vale recordar que según el aforismo romano *res inter alios acta vel iudicata, alteri nec prodest, nec nocet*, la cosa hecha o juzgada entre unos, no aprovecha ni perjudica a terceros; este documento, por sí mismo, no es un medio idóneo para acreditar una relación jurídica establecida entre la actora y quien se dice le ha vendido el terreno que es materia de la controversia (amén de que según el artículo 1767 del Código Civil se requiere para la compraventa de inmuebles de la solemnidad de la escritura pública); por otra parte, el demandado es totalmente ajeno al acto que supuestamente se ha celebrado entre aquellas personas, por lo que sus efectos no pueden alcanzarle. Valga como ejemplo la disposición del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, la que al igual que el 1744 del Código Civil señala que “el instrumento público hace fe, aún contra terceros, 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 fe sino contra los declarantes.” En la especie, la “certificación” suscrita por el párroco Fr. Carlos Calle (que consta tanto a fojas 35 del cuaderno de primer nivel como a fojas 43 del de segunda instancia), no es un documento que sea apto para crear, modificar o extinguir relaciones personales obligatorias respecto de los demandados César Villegas Játiva y Ana Beltrán Narváez, quienes son terceros al documento, ni pueden pero no son idóneos para acreditar que existió un contrato de compraventa entre la actora Mariana Ponce y la señorita Claudia Chuma, que haya podido dar origen a la posesión del terreno por parte de la primera. El documento, en definitiva, no podía hacer fe en juicio como medio probatorio idóneo, por lo que el Tribunal de última instancia ha inaplicado el artículo 203 del Código de Procedimiento Civil, hallándose incurso su sentencia en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. UNDECIMO.- En cuanto al cargo de que se dejaron de aplicar los artículos 121 y 223 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto se ha considerado como medio de prueba admisible una declaración rendida ante un notario público que no permitió al demandado (hoy recurrente) el ejercicio del derecho a la contradicción, se anota: Conforme lo ha dicho este Tribunal en varios fallos, como el N° 188-2000 de 28 de abril del 2000, publicado en el Registro Oficial 83 de 23 de mayo del 2000; el N° 96-2000 de 25 de febrero del 2000, publicado en el Registro Oficial N° 63 de 24 de abril del 2000; el N° 83-99 de 11 de febrero de 1999, publicado en el Registro Oficial N° 159 de 29 de marzo de 1999, y en su fallo N° 190 de 18 de septiembre del 2002, publicado en el Registro Oficial N° 709 de 21 de noviembre del 2002 y en la Gaceta Judicial Serie XVII, N° 10, pp. 3051-3064, nuestra ley procesal consagra en forma taxativa los medios probatorios que pueden ser admitidos en un proceso y la forma legal de introducirlos al mismo, es decir, que el Juez y las partes no están en libertad absoluta de escoger los medios que usarán para formar la convicción del Juez respecto de los hechos discutidos, ni la forma de presentarlos ante el juzgador; por ello, si bien el Juez tiene libertad para apreciar las pruebas rendidas, según se lo dicte su sano criterio (sana crítica), eso no significa que pueda

aceptar cualquier medio de prueba, sino únicamente los previstos en la ley como tales y siempre conforme a las normas establecidas para su actuación y valoración; las normas procesales son de orden público y obligatorio cumplimiento. La potestad de señalar los medios de prueba procesalmente admisibles o su mérito o valor, corresponde exclusivamente a la ley. Se trata de una materia jurisdiccional del Estado y de la regulación del proceso que está fuera de la libertad contractual; en el Código de Procedimiento Civil, el artículo 125 enumera los medios de prueba admitidos y en ninguna parte se menciona a las declaraciones testimoniales rendidas ante notario, las certificaciones e informaciones que otorgan extra-procesalmente los terceros respecto de la génesis de los negocios jurídicos de los que no han sido partes, o sea, de su celebración, modificación, traspaso o extinción; lo que sí pueden hacer los terceros es testimoniar *dentro de un proceso* acerca de lo que han visto u oído, y deben hacerlo dentro del proceso a fin de que la contraparte pueda hacer valer su derecho a la contradicción, repreguntando a los testigos o tachándolos en la forma que la Constitución Política del Estado, en su artículo 24 N° 15 lo establece; admitir como válida una certificación, una información o una declaración juramentada extendida extraprocesalmente por un tercero, sin dar la oportunidad a la parte contraria a ejercer su derecho de contradicción sería violar la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 24 N° 14 de la Carta Política por inobservarse lo que establece el N° 15 de la misma disposición constitucional, por lo que carecería de validez y eficacia. Al haber admitido el Tribunal ad quem la declaración juramentada del señor Humberto Burbano (fojas 57 del cuaderno de primer nivel) como prueba válida e idónea para acreditar la posesión de la actora sobre el terreno materia de la prescripción, ha transgredido no solamente lo que disponen los artículos 223 (que regula el procedimiento para la recepción de la prueba testimonial) y 121 del Código de Procedimiento Civil, sino también el artículo 125 del mismo código, y el artículo 24 números 14 y 15 de la Constitución Política de la República, por lo que la sentencia de último nivel también se halla incurso por este motivo en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. DUODECIMO.- Como se ha señalado en los considerandos cuarto, décimo y undécimo que anteceden, la sentencia del Tribunal ad quem debe ser casada por hallarse incurso en los vicios tipificados en las causales quinta y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación por lo que la Sala debe dictar el fallo que corresponda, en cumplimiento de lo que dispone el artículo 16 de la Ley de Casación codificada. DECIMOTERCERO.- El proceso es válido y así se lo declara, pues no se ha omitido ninguna de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias. DECIMOCUARTO.- Comparece a fojas 3-3 vta. y 5 del cuaderno de primer nivel Mariana del Carmen Ponce Jijón, quien demanda en juicio ordinario a César Eduardo Villegas Játiva y a su cónyuge Ana Lourdes Beltrán Narváez, así como a Claudia, Thomasa y Carmelina Chuma, la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de un inmueble ubicado entre las calles General Enríquez y Galo Plaza en la ciudad de Atuntaqui; lote de terreno que lo ha mantenido “en ocupación permanente e ininterrumpida con la condición y calidad de señora y dueña siendo identificada y reconocida por toda la colectividad...”, y que lo ha poseído por más de quince años, sin que “jamás persona alguna (haya) demostrado objeción (o) interrupción, pues sus originales propietarias han sido las hermanas Carmelina, Thomasa y Claudia Chuma, personas que reconociendo mis legítimos derechos reales han admitido mi ocupación,

posesión sobre el bien por el lapso antes indicado, y personas de quienes conozco en el transcurso de estos últimos días se han permitido efectuar una enajenación total del inmueble de su propiedad a tercera persona quien responde a los nombres de César Villegas Játiva.”. Con fundamento en los artículos 734, 2416, 2422, 2434, 2435 “y más pertinentes” del Código Civil, demanda a los antes nombrados la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del inmueble descrito. Citados los demandados (razones a fojas 7 y 10-10 vta.), deducen las siguientes excepciones: a) César Eduardo Villegas Játiva (fojas 12-13 vta.): 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción contenida en la demanda. 2. Improcedencia de la acción por el fondo y por la forma. 3. Falta de derecho de la actora, porque la posesión alegada no cumple con la circunstancia segunda de la regla cuarta del artículo 2434 del Código Civil ni con el artículo 2435 del mismo código. 4. Falta de derecho de la actora porque la posesión que aduce tener es viciosa por ser clandestina. 5. Falta de derecho de la actora porque la posesión alegada no ha tenido lugar por más de quince años. 6. Ilegitimidad de personería de la parte actora. 7. Ilegitimidad de personería de la parte demandada. 8. Falta de legítimo contradictor; 9. Improcedencia de la acción porque el inmueble materia de la controversia no ha sido debidamente delimitado. 10. No se allana a ninguna causal de nulidad ni preexistente ni superveniente. Con fundamento en el artículo 953 del Código Civil, reconviene a la actora con la reivindicación del inmueble, que está demarcado dentro de los siguientes linderos y dimensiones: Norte, en 8,40 metros con el resto del predio perteneciente a la sociedad conyugal formada con su esposa Ana Beltrán; Sur, en 8,40 metros con la calle General Enríquez; Este, en 21 metros con propiedad de Milton Revelo; y Oeste, en 21 metros con el resto del predio perteneciente a la sociedad conyugal formada con su esposa Ana Beltrán; reclama el pago de los daños y perjuicios ocasionados, así como las prestaciones a que están obligados los poseedores de mala fe, según lo disponen los artículos 970, 971, 974, 975 “y más pertinentes” del Código Civil; fija la cuantía de la reconvencción en cuatro mil dólares americanos; finalmente, pide que se condene a la actora al pago de las costas procesales y honorarios profesionales; b) Carmelina y María Claudia Inés Chuma Pasquel (fojas 19-20): 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción contenida en la demanda. 2. Improcedencia de la acción por el fondo y por la forma. 3. Falta de derecho de la actora porque la posesión alegada no cumple con la circunstancia segunda de la regla cuarta del artículo 2434 del Código Civil ni con el artículo 2435 del mismo código. 4. Falta de derecho de la actora porque la posesión que aduce tener “solo viene desde noviembre del 2000, pues mientras el predio estuvo en nuestro dominio ella jamás ingresó en el mismo”, por lo tanto, la posesión invocada es viciosa y clandestina. 5. Falta de derecho de la actora porque la posesión alegada no ha tenido lugar por más de quince años. 6. Ilegitimidad de personería de la parte actora. 7. Ilegitimidad de personería de la parte demandada. 8. Falta de legítimas contradictoras. 9. No se allanan a ninguna causal de nulidad ni preexistente ni superveniente. Reconviene a la actora con el pago de los daños y perjuicios que les ocasionan, incluidas las indemnizaciones correspondientes por daño moral al haber difamado su buen nombre por causa de este litigio, y fijan la cuantía de su contrademanda en cuarenta mil dólares americanos. Piden que se condene a la actora al pago de las cosas y honorarios profesionales; y, c) Ana Lourdes Beltrán Narváez (fojas 21-22 vta.) deduce las mismas excepciones y

propone la misma reconvencción que su cónyuge César Eduardo Villegas Játiva. DECIMOQUINTO.- Corresponde en primer lugar analizar la excepción propuesta de ilegitimidad de personería tanto de la parte actora como de la parte demandada. Como ha dicho esta Sala en múltiples resoluciones, la ilegitimidad de personería o falta de “legitimatio ad processum” se produce cuando comparece a juicio: 1) Por sí solo quien no es capaz de hacerlo (“la capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”: artículo 1448 inciso final del Código Civil). 2) El que afirma ser representante legal y no lo es (“Son representantes legales de una persona, el padre o la madre bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, los designados en el artículo 589”: artículo 28 del Código Civil). 3) El que afirma ser procurador y no tiene poder (“Son procuradores judiciales los mandatarios que tienen poder para comparecer a juicio”: artículo 40 del Código de Procedimiento Civil). 4) El procurador cuyo poder es insuficiente. 5) El que gestiona a nombre de otro y éste no aprueba lo hecho por aquél, pues se puede comparecer a juicio a nombre de otro sin poder, pero con oferta de ratificación (gestión de negocios). Del proceso no aparece que haya comparecido persona que se halle en alguna de las situaciones antes descritas, por lo tanto se rechaza esta excepción por improcedente. Aún así, cabe anotar que del proceso aparece copia certificada del juicio de interdicción de Tomasa Angélica Chuma Pasquel (fojas 113-128 del cuaderno de primer nivel), quien también ha sido demandada; siendo ésta incapaz, debía ser representada por su curador, y de las copias certificadas antes mencionadas aparece que dicho cargo ha recaído en su hermana María Claudia Chuma Pasquel, por lo que aún en el caso de que Tomasa Angélica Chuma Pasquel hubiese comparecido al proceso, estaba legalmente facultada para representarle su curadora María Claudia Chuma Pasquel. También deviene en improcedente la excepción invocada de falta de personería activa, toda vez que la actora comparece por sus propios y personales derechos, sin que conste del proceso que se encuentre en alguna de las situaciones descritas anteriormente. DECIMOSEXTO.- Respecto a la excepción propuesta de falta de legítimo contradictor en la parte pasiva se anota: esta figura, conocida también como falta de legitimación en la causa (legitimatio ad causam), consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el Juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial, lo que sucede en la especie, pues del proceso aparece el certificado del Registrador de la Propiedad de Atuntaqui (fojas 1 del cuaderno de primer nivel) que acredita que los demandados César Eduardo Villegas Játiva y Ana Lourdes Beltrán Narváez han adquirido el dominio del inmueble materia de la controversia por compraventa efectuada a las hermanas Chuma Pasquel, y lo procedente era dirigir la demanda de prescripción contra quienes aparecen como titulares del inmueble, ya que la acción está encaminada a extinguir el dominio del titular inscrito. No es procedente, por lo tanto, la excepción que en este considerando se analiza. DECIMOSEPTIMO.- A continuación, corresponde estudiar las excepciones propuestas de falta de derecho en varios numerales que, tal como se han sido deducidas, son equivalentes ya que todas se refieren a la falta de cumplimiento de los requisitos para que proceda la

prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio alegada. Como ya lo ha manifestado esta Sala en fallos anteriores, los presupuestos fácticos que se deben justificar para obtener la declaratoria de haber ganado el dominio de un inmueble por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, son los siguientes: 1. Posesión pública, pacífica, no interrumpida, actual y exclusiva de un bien raíz que se encuentre en el comercio humano, es decir, que sea susceptible de esa posesión. 2. Que la tenencia sobre el inmueble se la haya ejercido con ánimo de señor y dueño. 3. Que la posesión haya durado el tiempo previsto por la ley, que en la especie, debe ser de al menos quince años, conforme señala el artículo 2435 del Código Civil. 4. Que la acción se dirija contra el titular del derecho de dominio que debe constar en el correspondiente certificado otorgado por el registrador de la propiedad correspondiente (resoluciones de triple reiteración publicadas en la Gaceta Judicial Serie XVI, N° 15, pp. 4203 a 4206). 5. La individualización del bien, pues la prescripción adquisitiva de dominio únicamente se puede declarar respecto de una cosa determinada, singularizada, cuya superficie, linderos y más características se hayan establecido claramente en el proceso, conforme lo ha declarado este Tribunal en su Resolución N° 566-98 de 3 de septiembre de 1998, publicada en el Registro Oficial 58 de 30 de octubre del mismo año. Todos estos requisitos han de ser concurrentes, de lo contrario la acción no tendría procedibilidad. Al tenor de lo que disponen los artículos 117 y 118 del Código de Procedimiento Civil, corre a cargo de las partes la prueba de sus asertos. En los considerandos precedentes se han analizado las pruebas incorporadas al proceso a instancias de la demandante: 1) La certificación suscrita por el párroco de San José de Atuntaqui, Fr. Carlos Calle (fojas 35 del cuaderno de primer nivel y 34 del de segunda instancia). 2) la declaración juramentada del señor Humberto Burbano (fojas 57 del cuaderno de primer nivel), y se ha concluido que las mismas carecen de toda validez y eficacia. Respecto a las demás probanzas actuadas, se anota:- a) La declaración juramentada de Fabián Hidalgo, en su calidad de Secretario del Juzgado Quinto de lo Civil de Ibarra (fojas 34-34 vta. del cuaderno de primera instancia), en la que dice haber tramitado en la judicatura a la que pertenece un juicio de interdicción propuesto por Claudia Chuma a su hermana Thomasa Chuma, juicio en cuya tramitación participó la actora Mariana Ponce Jijón, es una prueba que, además de adolecer del vicio que fue analizado en el considerando undécimo de esta resolución, es absolutamente impertinente porque no tiene relación alguna con la materia del litigio ni con los hechos sometidos a juicio, por lo tanto, se la rechaza; b) Los comprobantes del pago del "Impuesto a la propiedad urbana 1978" del Municipio del Cantón Antonio Ante (foja 38), del pago del impuesto de alcabalas (foja 39), del avalúo del inmueble (foja 40), de pago de impuesto predial (fojas 41-41 vta.) y de contribución especial de mejoras por adoquinado (fojas 41 vta.-42), son documentos en los que consta que el inmueble materia de la litis está catastrado a nombre de Carmelina Chuma Pasquel y hermana, figurando solamente en uno de ellos que el pago del impuesto de alcabalas fue realizado por la actora. Si bien uno de los actos que denotan sin duda alguna el ánimo de señor y dueño es el pago de impuestos sobre el inmueble poseído, sin embargo, las fechas de los documentos así como las épocas en que los pagos han sido realizados son recientes (desde el año 1996, excepto el certificado del pago de impuesto a la propiedad que consta a fojas 38) y no indican que la posesión se haya venido ejerciendo con la antigüedad exigida por el artículo 2435 del Código Civil

para la procedencia de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. Por ello, a fin de que el juzgador pueda tener un cabal conocimiento de los hechos, ha de considerar las demás pruebas aportadas al proceso y que se analizan a continuación; c) Las fotografías que constan a fojas 43-45, evidencian que la actora realizó, en compañía de otras personas, labores agrícolas de siembra de plantas; aunque el artículo 989 dice que una manera de probar la posesión del suelo es la demostración de que se han realizado plantaciones o sementeras, sin embargo, las fotografías por sí solas no acreditan que dichos actos los haya venido realizando la actora por el lapso de tiempo que invoca; d) Los testimonios de Hugo Rodrigo Donoso Recalde (fojas 50-50 vta.) y María Rosario Andrade Medina (fojas 50-51 vta.) aunque corroboran que la actora se ha encontrado en posesión del inmueble que se disputa, sin embargo, no establecen con precisión la época en la que comenzó dicho hecho, por lo que no pueden certificar que el lapso de duración de la posesión invocado sea igual o superior a quince años; e) Las inspecciones judiciales practicadas tanto en primera (fojas 160-160 vta.) como en segunda instancia (fojas 57-58 vta.), son generales, imprecisas y meramente descriptivas, por lo que no coadyuvan a tener un real conocimiento de los hechos, aunque en ambas actuaciones los juzgadores de manera concordante señalan que los cultivos realizados son noveles, y que existen cerramientos nuevos colindando con paredes de antigua edificación, aunque no se determinan edades de las construcciones; f) El informe pericial presentado en primera instancia (fojas 161) adolece de los vicios señalados anteriormente para la inspección judicial; el presentado en segunda instancia (60-62 vta.) confirma el hecho de la posesión, pero no el tiempo por el cual ésta ha sido ejercida sobre el inmueble; y, g) Finalmente, la confesión judicial rendida por el demandado (fojas 151-152) tampoco hace fe a favor de la pretensión de la actora, toda vez que niega rotundamente los hechos preguntados y que se refieren a la posesión del inmueble por parte de la actora. Analizadas las pruebas en su conjunto, se concluye que la pretensión deducida no cumple con el requisito enunciado en el N° 3 de este considerando, relativo a la duración de la posesión pues no se ha comprobado que haya durado al menos quince años; por lo tanto, cabe aceptar la excepción propuesta de falta de derecho. DECIMOCTAVO.- César Eduardo Villegas Játiva y Ana Lourdes Beltrán Narváez reconviene a la actora con la reivindicación del inmueble. En la especie, los hechos establecidos en la sentencia casada y que no han sido controvertidos por las partes son éstos: a) que entre los cónyuges Villegas Beltrán y las hermanas Chuma se celebró una compraventa cuyo objeto fue la enajenación a favor de los primeros del inmueble materia de la controversia (escritura pública a fojas 67-72 del cuaderno de primer nivel); b) que dicha compraventa ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Atuntaqui (certificado de fojas 1 del cuaderno de primer nivel); c) que la actora se encuentra actualmente en posesión del inmueble, aunque no se ha determinado el tiempo desde el cual se ha verificado tal hecho. Para que proceda la acción reivindicatoria, el actor debe probar: 1) la titularidad del dominio a su favor. 2) que el inmueble se halla en posesión material del demandado. 3) que el inmueble se halla debidamente identificado y linderado. Los requisitos 2) y 3) se hallan justificados con las inspecciones judiciales, en las que se constata tanto la posesión de la actora en el juicio de prescripción como los linderos del inmueble; de la misma manera, Mariana Ponce ha reconocido expresamente a lo largo del proceso que se encuentra en posesión del

inmueble y así consta de la prueba actuada en la causa. Ahora bien, en cuanto al requisito 1) se anota: el artículo 437 del Código Civil dice: "La venta de cualquiera parte de los bienes del pupilo enumerados en los artículos anteriores, se hará en pública subasta; salvo lo establecido en el Código de Procedimiento Civil."; por su parte dice el artículo 790 del Código de Procedimiento Civil: "Para la venta o hipoteca de bienes raíces de menores o de otras personas sujetas a tutela o curaduría, será oído e intervendrá como parte uno de los agentes fiscales, con la obligación de cerciorarse de la necesidad o conveniencia del acto. En caso de manifiesta negligencia en el cumplimiento de este deber, será civilmente responsable. Si se trata de rematar bienes raíces, o muebles preciosos, o que tengan valor de afección, pertenecientes a menores o a otras personas que estén bajo tutela o curaduría, se justificará sumariamente la necesidad, o utilidad de la venta; y el juez dispondrá que se haga ésta en subasta, con las formalidades prescritas para el remate forzoso; y será el juez quien acepte y califique las posturas."; finalmente, señala el artículo 791 del mismo cuerpo legal: "Si el incapaz estuviere sujeto a la patria potestad o a la guarda de padre o madre, respectivamente, queda a voluntad del representante legal, llenados los requisitos del artículo anterior, verificar la venta por escritura pública o en subasta.". En la escritura pública de compraventa del terreno materia de la controversia que otorgan Carmelina Chuma Pasquel y María Claudia Inés Chuma Pasquel (quien además interviene en representación de su hermana interdicta Tomasa Angélica Chuma Pasquel) a favor de César Eduardo Villegas Játiva, se ajunta como documento habilitante la "autorización judicial" para proceder a la venta de los derechos y acciones correspondientes a Tomasa Chuma en este inmueble, autorización concedida por el señor Juez Noveno de lo Civil de Imbabura con sede en Atuntaqui. Sin embargo, dicha autorización judicial, en la forma que ha sido expedida, no era suficiente para proceder a la venta de los derechos y acciones de Tomasa Chuma, ya que según disponen las normas transcritas del artículo 437 del Código Civil, 790 y 791 del Código de Procedimiento Civil, para proceder a la venta del inmueble, era necesario que el Juez disponga se haga ésta en subasta, con las formalidades prescritas para el remate forzoso, correspondiéndole al Juez aceptar y calificar las posturas respectivas. En la especie, no consta que se haya realizado este procedimiento, por lo que al no haberse autorizado en debida forma la venta de los derechos y acciones correspondientes a Tomasa Angélica Chuma Pasquel en el terreno materia de la controversia, el título de compraventa en el que se fundamenta la acción de reivindicación no es válido ni apto para producir la tradición a favor del comprador César Villegas. La actora, por su parte, en el escrito de contestación a la reconvencción de fojas 25-25 vta., se limita a impugnarla, mas no deduce excepción alguna en concreto. DECIMONOVENO.- Carmelina y María Claudia Inés Chuma Pasquel reconviene a la actora con la indemnización de los daños morales que les ha ocasionado la acción de prescripción deducida por aquella; sin embargo, no actúan prueba alguna en este sentido para justificar su pretensión. Por las consideraciones que anteceden, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia dictada por la Segunda Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Ibarra, y aceptando la excepción propuesta de falta de derecho de la parte actora, rechaza la demanda por no cumplirse con el requisito previsto en el artículo 2435 del Código Civil para la procedencia de esta

acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. Se rechaza la reconvencción propuesta por César Eduardo Villegas Játiva y Ana Lourdes Beltrán Narváez, por cuanto la acción de reivindicación que por este medio ha sido propuesta, no cumple con todos los requisitos necesarios para su procedencia, según se ha explicado en el considerando decimotavo de esta resolución. Se rechaza también la reconvencción deducida por Carmelina y María Claudia Inés Chuma Pasquel por las razones señaladas en el considerando decimonoveno de esta sentencia. Se deja a salvo el derecho de la actora Mariana Ponce Jijón a fin de que deduzca las acciones que le correspondan. En cumplimiento de lo que dispone el artículo 12 de la Ley de Casación, devuélvase al recurrente la caución por él constituida. Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Galo Galarza Paz y Ernesto Albán Gómez, Ministros Jueces, Genaro Eguiguren Valdivieso, Conjuez Permanente. Certifico.- Dra. Isabel Garrido Cisneros, Secretaria Relatora.

Razón: Las copias que anteceden son iguales a sus originales.- Certifico.- Quito, 23 de septiembre del 2004.

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

N° 216-2004

En el juicio ordinario (recurso de casación) N° 276-2003 que, por nulidad de contrato de donación, sigue el Dr. Guillermo Ovidio Robles López, en su calidad de procurador judicial de Olga Nohemí Ochoa Jara en contra de Kléver Izquierdo Barrera, Diego Javier Romero Bravo y Marianela Catalina Cantos Bravo, se ha dictado lo siguiente:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 21 de septiembre del 2004; las 16h00.

VISTOS: El Dr. Guillermo Ovidio Robles López, en su calidad de procurador judicial de Olga Nohemí Ochoa Jara, deduce recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Azogues, dentro del juicio ordinario que por nulidad de un contrato sigue el recurrente en contra de Kléver Izquierdo Barrera, Diego Javier Romero Bravo y Marianela Catalina Cantos Bravo. Dicho recurso fue concedido, por lo que el proceso se elevó a la Corte Suprema de Justicia y en virtud del sorteo legal se ha radicado la competencia en la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, la que, una vez concluida la etapa de sustanciación de este proceso de casación, para

resolver considera: PRIMERO.- El recurrente acusa al Tribunal de última instancia de haber infringido los artículos 1725 y 1726 del Código Civil, y los artículos 118 y 119 del Código de Procedimiento Civil. Fundamentan su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. Estos son los límites, determinados por el propio recurrente, dentro de los cuales se desarrollará la actividad jurisdiccional del Tribunal de Casación. SEGUNDO.- Respecto a los artículos 118 y 119 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente únicamente alega que en el fallo de última instancia se ha “ignorado” dichas normas, ya que el Tribunal de último nivel no ha tomado en cuenta ni ha valorado las pruebas por él aportadas al proceso. Al respecto se anota: En el recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la ley de la materia, no se debaten cuestiones fácticas; los hechos quedan fijados en la sentencia del Tribunal de segunda instancia. En el caso de que se hubieren violado las leyes para la valoración de la prueba, puede acusarse a la sentencia por la causal tercera, mas no por la primera. La causal primera es la llamada de “violación directa”, porque por ella se entabla una lucha directa entre la sentencia y la ley, en que nada tiene que ver la prueba. Por esto el Tribunal de Casación al examinar los cargos del recurrente fundados en esta causal no puede entrar a considerar sobre la existencia de hechos ni menos casar la sentencia a base de elementos probatorios en forma distinta a la valoración realizada por el Tribunal ad quem, por lo que de esta manera, al no haber sido impugnada por la causal tercera la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de última instancia, el recurrente considera como definitivos los hechos y las conclusiones que, sobre la valoración de la prueba, ha arribado el Tribunal ad quem. Vale la pena recordar al recurrente que el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil es una norma relativa a la carga de la prueba y no a su valoración; se refiere a la conducta que debe adoptar quien afirma o niega hechos que se deben probar, mas no hace relación a cómo el juzgador debe valorar los hechos invocados por las partes. Y sobre el artículo 119 del mismo cuerpo legal, la Sala también ha dicho que esta norma no contiene una regla sobre valoración de la prueba sino un método para que el juzgador valore la prueba. El juzgador de instancia para llegar al convencimiento sobre la verdad o falsedad de las afirmaciones de las partes concernientes a la existencia de una cosa o a la realidad de un hecho, puede libremente acoger elementos de prueba aportados por el actor y, asimismo, desestimar elementos de prueba aportados por el demandado. La apreciación de la prueba es una facultad soberana del Juez de instancia, y el Tribunal de Casación no está autorizado a examinar ese proceso que ha conducido al Juez de instancia a dar a las pruebas determinada valoración cuando únicamente se invoca el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, salvo que se alegue y demuestre que esa valoración es absurda o arbitraria, lo que no ha ocurrido en la especie. Se rechaza, por lo tanto, la acusación de que en la sentencia impugnada no se han aplicado los artículos 118 y 119 del Código de Procedimiento Civil. TERCERO.- En la especie, se demanda la nulidad absoluta de la donación de un cuerpo de terreno que realizara Kléver Jaime Izquierdo Barrera a favor de Marianela Catalina Cantos Bravo -casada con Diego Javier Romero Bravo-, contrato cuyas copias certificadas constan a fojas 4-6 del cuaderno de primer nivel. Con fundamento en la causal primera, el recurrente señala que el Tribunal de última instancia ha inaplicado los artículos 1725 y 1726 del Código Civil, ya que en la especie, la donación antes señalada se halla incurso en múltiples causales de nulidad

absoluta, a saber: El terreno disputado lo adquirió Rosa María Barrera, tía del demandado Kléver Izquierdo, por compra a los cónyuges José García García y María Teresa Morocho, según escritura pública celebrada el 1 de diciembre de 1964 en Azogues ante el Notario Angel Belisario Vásquez, con la mención expresa de que dicha compra fue realizada para el señor Izquierdo, menor de edad a la época de celebración del negocio jurídico. Más sucede que el demandado Izquierdo acepta dicha compraventa en dos ocasiones (la primera en el año de 1972 y la segunda en 1997), haciendo constar dolosamente en la segunda aceptación que su estado civil es el de divorciado, cuando en la primera aceptación hizo constar que era casado. Dice el recurrente: “Me pregunto y se preguntarán vosotros, ¿qué de la aceptación efectuada en 1972, por qué la necesidad de efectuar otra aceptación en 1997? Conocido es de acuerdo con el texto del Art. 1725 que nadie puede beneficiarse de su actitud dolosa. El dolo, la mala fe, no solo ello -sino el delito grave que se comete con las dos aceptaciones, la segunda para anular dizque a la primera son las que deciden la nulidad absoluta y no relativa. Pero de estos particulares ni siquiera se menciona en vuestro fallo...”. El recurrente dice además que el demandado Kléver Izquierdo, con absoluta mala fe, “llegó a negar que se haya decidido la partición de bienes en el que a mi mandataria Olga Ochoa Jara le correspondió el bien materia de esta demanda de nulidad... Entonces la acción de nulidad absoluta se da largamente pero lamentablemente la falta de aplicación de las normas citadas y la falta de análisis de la prueba nos da como resultado un fallo tan tremendamente injusto...”. Se analizarán a continuación estas acusaciones. CUARTO: Este Tribunal, en su sentencia N° 123 de 2 de mayo del 2003, dictada dentro del juicio verbal sumario N° 178-2002 (Maza vs. Quintuña) dijo: “...*La causa petendi* o causa de pedir se ha definido como aquella situación de hecho jurídicamente relevante y susceptible, por tanto, de recibir la tutela jurídica solicitada. La causa petendi puede entenderse en un sentido restrictivo o en un sentido amplio; en el primero, la causa de pedir se reduciría a la sola fundamentación fáctica, al conjunto de hechos, a las circunstancias concretas o al relato histórico sobre los que el actor basa su petición; en sentido amplio, la causa de pedir estaría formada por dos elementos: el fáctico (conjunto de hechos, circunstancias concretas, relato histórico) y el elemento jurídico o normativo (el título jurídico en virtud del que pide; la subsunción de los hechos en una norma jurídica que otorgue la eficacia que el actor pretende). Históricamente se ha admitido el sentido restrictivo, de allí los aforismos latinos «*iura novit curia*» y «*da mihi factum dabo tibi ius*», que expresan que la causa petendi está constituida únicamente por los hechos alegados, el acaecimiento histórico, la relación de hechos que, al propio tiempo que la delimitan, sirve de fundamento a la pretensión que se actúa, y es el Juez quien ha de señalar el derecho que corresponde aplicar a tal fundamentación fáctica; los tribunales no tienen la obligación, y tampoco la necesidad de ajustar los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes, y bien pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, puesto que ello significa, precisamente, el antes señalado aforismo «*iura novit curia*», porque es suficiente que las partes le den los hechos para que el Juez les dé el derecho: «*da mihi factum dabo tibi ius*». Nuestro ordenamiento jurídico recoge el principio *iura novit curia*, en el artículo 284 del Código de Procedimiento Civil, y por ello los jueces y tribunales están obligados a suplir las omisiones en que

incurran las partes sobre puntos de derecho, siempre y cuando los fundamentos de hecho relatados por la parte actora en su demanda sean pormenorizados y explícitos, y su petición clara y concreta; lo propio cabe decir de la contestación a la demanda; de tal manera que el juzgador pueda establecer con certeza cuál es la norma legal aplicable al caso específico. El artículo 71 del Código de Procedimiento Civil determina que la demanda debe ser clara y contendrá, entre otros requisitos, «3º.- Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión; 4º.- La cosa, cantidad o hecho que se exige;...» Es exigencia de la debida determinación del *petitium* que los hechos que sirven de fundamento a la demanda *sean narrados o expresados de forma ordenada y clara*, de manera tal que los fundamentos de derecho referidos por el demandante a tales hechos, puedan conducir al juzgador a pronunciar una resolución sobre el fondo del conflicto planteado por el actor. De la misma manera, el artículo 106 del Código de Procedimiento Civil prescribe que el demandado al contestar a la pretensión deducida, debe redactarla en forma ordenada y clara, negando o admitiendo los hechos invocados por el actor, y deduciendo las excepciones que estime convenientes, proponiendo al mismo tiempo, y de ser permitido, reconvencción, la cual cumplirá con iguales requisitos que los exigidos al actor para formular su *petitium*; ambas partes, por lo tanto, están en la obligación de expresar con claridad cuáles son los fundamentos de hecho y de derecho de sus pretensiones, y cuál es la tutela jurídica que reclaman, o fundamento de derecho de su pretensión. Ahora bien, los hechos no pueden ser susceptibles de modificación alguna, una vez que se haya establecido el objeto del proceso en la demanda, contestación y reconvencción, en su caso, y vencido el término para reformar sea la demanda (artículo 74) o la contestación (artículo 108), las partes no pueden alterar posteriormente dicho objeto, ya que la actuación procesal de cada una de ellas está condicionado por lo manifestado por la otra. Es muy ilustrativo lo que dice al respecto la Ley de Enjuiciamiento Civil española, en su artículo 218, primer apartado, segundo párrafo, después de prescribir la necesidad de que las resoluciones sean exhaustivas y congruentes, precisa: «*el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.*» Se advierte que, de una parte el juzgador no puede variar los fundamentos de hecho ya que de proceder así incurre en incongruencia; y de otra, que puede corregir el fundamento jurídico si fue mal alegado por las partes, dictando sentencia congruente con el derecho. El juzgador debe disponer que se aclare o complete la demanda o la contestación (artículos 73 y 106 inciso final del Código de Procedimiento Civil), pero si de hecho no lo hace y la demanda o la contestación resulta obscura, por un principio de economía procesal al momento de resolver habrá de interpretar la demanda o la contestación para establecer el verdadero sentido de dichos actos procesales, pero ni en virtud de esta regla de economía ni en aplicación del principio *iura novit curia* está facultado, a pretexto de interpretar los hechos invocados por las partes, darles un alcance distinto del que aquellas les han otorgado, ya que de proceder así estaría incurriendo en el vicio de incongruencia. Al igual que está vedado a las partes innovar, también a los jueces y tribunales les está prohibido modificar, en definitiva innovar, la *causa petendi*. La interpretación, en consecuencia, en ningún caso implicará

cambio de la causa de pedir: éste es un principio fundamental que, de ser transgredido por el Tribunal de última instancia, podrá ser impugnado por la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, ya que la resolución adolecerá del vicio de incoherencia, por incurrirse en extra petita (por haberse resuelto sobre asunto extraño al litigio) y en citra petita (por no haberse decidido sobre lo que fue material de la litis)...». QUINTO.- En su demanda (fojas 9-9 vta. del cuaderno de primer nivel), el actor -hoy recurrente-, expone: «Dña. Rosa María Barrera Amendaño adquirió un cuerpo de terreno a los consortes Jorge García García y María Teresa Morocho mediante escritura celebrada en fecha primero de diciembre de 1964 y ante el Notario público de este cantón Dn. Belisario (sic) Vázquez y la misma que se halla inscrita bajo el N° 35 de fecha Marzo 26 de 1965 y aclarando que dicha compra dice hacerla para su sobrino Kléver Izquierdo Barrera... La compra del terreno efectuada por Rosa Barrera y que adquiere para su sobrino Kléver Izquierdo, fue aceptada por éste cuando se hallaba casado con Olga Nohemí Ochoa Jara, es decir aceptó Kléver Izquierdo la compra efectuada por su tía para la sociedad conyugal existente con mi poderdante en fecha 10 de marzo de 1972 y la que se halla inscrita con el No. 327 del Registro de Mayor cuantía con fecha 28 de noviembre de 1972... Con lo que antecede, es del caso que Kléver Izquierdo Barrera **sin contar con mi consentimiento y HACIENDO USO DE UNA SEGUNDA INSINUACION NOTARIAL EN LA QUE GOZA DE LA CALIDAD DE SER YA DIVORCIADO** (las negrillas y mayúsculas son del actor, hoy recurrente), con la más absoluta mala fe celebra una escritura de donación entre vivos e irrevocable a favor de Marianela Catalina Cantos Bravo quien dice aceptar para sus hijos menores, escritura realizada ante el Notario Público Dr. César Izquierdo Pinos el 13 de Agosto de 1997, escritura que se halla inscrita bajo el N° 1505 del registro de Propiedad de Mayor Cuantía con fecha 26 de Agosto de 1997...» Demanda la nulidad absoluta de dicha donación, mas no cita norma alguna como fundamento de derecho para su pretensión. En aplicación del principio *iura novit curia*, el Tribunal de última instancia ha subsumido los hechos relatados por la parte actora en la norma contenida en el artículo 1727 del Código Civil, que se refiere a la posibilidad de rescindir los contratos que haya realizado el cónyuge respecto de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro cónyuge, cuando éste es necesario. Como se observa de la transcripción que antecede, los hechos, aunque se quiera calificarlos como motivo de una declaratoria de nulidad absoluta del contrato al que se refieren, se subsumen dentro de la causa de rescisión prevista en el inciso segundo del artículo 1727 del Código Civil, ya que se alega que en la celebración del contrato de donación entre quien dice es su esposo y los demás demandados, no se contó con su consentimiento. En su resolución (fojas 76 a 80 vta.), el Tribunal ad quem expone con nitidez la diferencia que existe entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa, denominada también en nuestro derecho rescisión y precisa que en el caso del artículo 1727 inciso segundo, el cónyuge cuyo consentimiento hubiese faltado para la celebración del contrato, puede demandar su rescisión. Como se dijo en el considerando cuarto que antecede, los jueces están prohibidos, a pretexto de interpretar los hechos invocados por las partes, a otorgarles un alcance distinto del que aquellas les han otorgado, ni aun en aplicación del principio *iura novit curia*, pues ello implicaría en definitiva una innovación de la causa *petendi* que devendría en un vicio de incongruencia. El Tribunal de última instancia no deja de

aplicar, por lo tanto, los artículos 1725 y 1726 del Código Civil -que se refieren a la **nulidad absoluta** de los negocios jurídicos-, porque al realizar la subsunción de los hechos relatados por la misma parte actora, los ha encasillado correctamente dentro de la causal de nulidad relativa prevista en el inciso segundo del artículo 1727 del mismo cuerpo legal. SEXTO.- El artículo 1727 del Código Civil dice: "La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse por el Ministerio Público en solo interés de la Ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las Leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes. Los actos realizados por el marido, o por la mujer, respecto de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro cónyuge, cuando éste es necesario, son relativamente nulos, y la nulidad relativa puede ser alegada por el cónyuge cuyo consentimiento era necesario y faltó. Si uno de los cónyuges realiza actos o contratos relativos a los bienes del otro, sin tener su representación o autorización, se produce igualmente nulidad relativa, que puede alegar el cónyuge al que pertenecen los bienes objeto del acto o contrato. La acción de nulidad relativa prevista en el inciso segundo de esta norma." ¿Cuáles son, entonces, los presupuestos para la procedencia de la acción de nulidad relativa prevista en el inciso segundo de esta norma? A más de acreditar que se dispuso arbitrariamente de un bien que pertenecía a la sociedad conyugal, se ha de acreditar la calidad con la que se interviene, pues de lo contrario, el Juez no podría declarar la nulidad relativa del negocio jurídico impugnado. En efecto:- 1) El artículo 91 del Código Civil dice en su primer inciso que "El matrimonio celebrado en nación extranjera, en conformidad a las leyes de la misma nación o a las leyes ecuatorianas, surtirá en el Ecuador los mismos efectos civiles que si se hubiere celebrado en territorio ecuatoriano. Pero si la autoridad competente ha declarado la insubsistencia o nulidad de un matrimonio celebrado en nación extranjera, se respetarán los efectos de esa declaratoria.". Ahora bien, para que el matrimonio así celebrado surta los mismos efectos civiles como si se hubiese celebrado en nuestro país, podrá inscribirse en el Ecuador, o ante el agente diplomático o consular respectivo, quien tendrá en este caso las obligaciones y atribuciones de un Jefe de Registro Civil, según dispone el artículo 15 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación. La actora no adjuntó a su demanda la partida de matrimonio que acredite el estado civil que invoca. A fojas 121 del cuaderno de primer nivel, como a fojas 125, constan sendos oficios suscritos por el Jefe Provincial de Registro Civil, Identificación y Cedulación del Cañar, en los que se hace constar que, luego de haber revisado los archivos de matrimonios del cantón Azogues desde el año 1950 hasta la fecha (mayo del 2002) y revisados los archivos de la parroquia Bayas, parroquia Borrero desde el año 1966 hasta la fecha (mayo de 2002), "no se encuentra realizado el matrimonio civil de Kléber Izquierdo Barrera con Olga Noemí Ochoa Jara". A fojas 19 del cuaderno de segundo nivel aparece copia de la inscripción de matrimonio de fecha 29 de julio del 2002, entre Kléber Jaime Izquierdo Barrera y Olga Noemí Ochoa Jara, inscripción realizada al amparo del artículo 54 de la Ley de Registro Civil, relativo a las inscripciones tardías. Para que el matrimonio celebrado entre ecuatorianos en el extranjero surta efectos en nuestro país debe, pues, inscribirse en el Ecuador o bien ante el funcionario consular competente. La actora, en definitiva, no prueba la calidad con la que interviene, por lo

que no se cumple con el presupuesto de legitimación en la causa para solicitar la nulidad relativa de la donación impugnada. 2) En el supuesto de que el estado civil se hubiera probado conforme a derecho, cabe analizar si el bien del cual se ha dispuesto arbitrariamente, según la parte actora, forma o no parte del haber de la sociedad conyugal. Consta a fojas 7-8 del cuaderno de primer nivel el contrato de compraventa mediante el cual Rosa María Barrera Avendaño compra para su sobrino Kléber Izquierdo un lote de terreno de compraventa que se inscribe en el Registro de la Propiedad del cantón Azogues el 26 de marzo de 1965. Aun cuando la ratificación de este negocio se la realizó en el año 1972 (según copia certificada a fojas 4-4 vta.), ello no obsta de ninguna manera la tradición que se realizó ya en el año 1965, época en la cual Kléber Izquierdo y Olga Ochoa aún no contraían matrimonio. La ratificación de un negocio jurídico celebrado por un tercero, conforme prevé el artículo 1492 del Código Civil, no se refiere sino a la posibilidad de que el negocio jurídico así celebrado pueda ser revocado, mas no se afecta en nada a la contratación en sí misma, ni a sus efectos que, en la especie, fueron la tradición del bien al patrimonio de un célibe. La ratificación, además, surte efectos retroactivos. SEPTIMO.- En su impugnación, el casacionista alega también que el demandado Kléber Izquierdo dispuso indebidamente del inmueble que le correspondía exclusivamente a su poderdante Olga Ochoa Jara "en virtud de la partición de bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal.". Al respecto, este Tribunal anota que el contenido de este petitorio no fue ni podía ser materia de la litis, por lo que al formular este pedido, el recurrente pretende introducir una cuestión nueva en casación, atentando contra la estabilidad y fijeza de lo discutido, lo cual no se halla permitido, conforme lo ha declarado esta Sala en fallos como el N° 234 de 8 de abril de 1999, publicado en el Registro Oficial 214 de 17 de junio de 1999. Se rechaza, en consecuencia, el cargo fundamentado en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por improcedente.- Por las consideraciones que anteceden, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, no casa la sentencia dictada por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Azogues por haber sido dictada conforme a derecho. En cumplimiento de lo que dispone el artículo 12 de la Ley de Casación codificada, entréguese en su totalidad la caución constituida por la recurrente a los demandados, perjudicados por la demora en la ejecución de la sentencia. Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Galo Galarza Paz y Ernesto Albán Gómez, Ministros Jueces, doctor Genaro Eguiguren Valdívieso, Conjuez Permanente.

Certifico.- Doctora Isabel Garrido Cisneros, Secretaria Relatora.

Razón: Las copias que anteceden son iguales a sus originales.-

Certifico.- Quito, 22 de septiembre del 2004.

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

N° 223-2004

Dentro de la demanda de ejecución de sentencia extranjera N° 226-2004 propuesto por Gerardo Peña Matheus, mandatario delegado y procurador judicial de Walter Gutiérrez Morales y otros en contra de Dole Food Company INC., Shell Chemical Company y Dow Chemical Company, hay lo que sigue:

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

Quito, a 28 septiembre del 2004; las 09h50.

VISTOS: Gerardo Peña Matheus, alegando ser procurador judicial de Oscar Danilo Mendoza S., Orlando Andrés Martínez Q., Lorenzo del Socorro Parajón, Carlos Días R., Porfidio Horacio Peralta, Pedro Antonio Espinoza G., Santana Torrez F., Silvestre del Socorro Alvares A., Leandro Aparicio Galeano A., Carmelo Enrique Morales E., Carlos Isaac Picado, Francisco Calixto Catellon A., Rafael Ramos, Rodolfo Martínez M., Reynaldo Pozo H., Ricardo Carvajal M., Rommel César García M., Teodoro Beltral M., Simeón Adislao Rodríguez F., Paulino José Madrigales, Máximo Lorenzo Reyes E., Moisés Ríos, Miguel Angel Hernández R., Pablo Javier Sandoval N., José Antonio Córdoba F., Pablo Antonio Reyes F., Pedro Ramón Montoya H., Germán Arnulfo Vallejos, Gregorio Arsenio Martínez, Germán Agapito García A., Gustavo Medina P., Jerónimo de los Angeles Lira A., José Antonio Palma C., Juan Ramón Morales, Luis Beltrán Granados D., Luis Antonio Leal L., Luis Alberto Manzanara A., Luciano de Jesús Montoya, Manuel de Jesús Rodríguez R., Mariano de Jesús Pérez, José Javier Martínez V., Mauricio Roberto Tercero R., Juan Rafael Castellón J., Balvenny Meza V., Marco Antonio Olivares, Máximo Wilfredo Alemán, Modesto Mendoza B., Miguel Angel Luna, Juan Ramón García G., Carlos José Arauz C., César Antonio Espinales T., Luis Enrique Ramírez C., Luis Olayon Pineda L., Juan Evangelista Meneses, Juan Pablo Mendoza C., José Miguel García A., Juan Carlos Huerta R., Juan Ernesto Estrada R., Luis Beltrán Solórzano L., Reynaldo Coronado Benavides V., Reynaldo Miranda C., Ramón Antonio Picado, José Angel Durán Z., Cayetano Alberto Núñez V., Carlos Alberto Navarrete, Félix Antonio Juárez H., Julio César Montano R., Orlando Peralta D., Rodiver Antonio Molina, Sergio Varela Rivera, Neftalí Zelaya Izaguirre y Francisco Bayardo Guevara Prado, comparece y demanda el reconocimiento judicial de la sentencia extranjera que en copias certificadas adjunta, el correspondiente exequátur y la declaratoria de legalidad en cuanto a su forma y autenticidad a fin de que se le conceda fuerza ejecutoria en el territorio de la República del Ecuador por tratarse de sentencia condenatoria de última instancia, legalmente emitida y ejecutoriada. Sorteada la presente demanda, ha correspondido su conocimiento a esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, la que para resolver lo que en derecho corresponda, considera: PRIMERO.- Es deber de todo Juez verificar en primer lugar si es competente para conocer la presente demanda y evitar de esta manera incurrir en la omisión de una de las solemnidades sustanciales previstas en el artículo 355 del Código de Procedimiento Civil, numeral segundo, que dice: "*Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: 2a.- Competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila; ...*", omisión

que acarrea la nulidad a costa del Juez infractor. SEGUNDO.- En cuanto a la posibilidad de ejecución de una sentencia extranjera, entendida ésta por la que ha sido expedida por un Juez competente dentro de un determinado territorio y cuya ejecución escapa a la soberanía del Estado de ese Juez, el doctor Juan Larrea Holguín en su obra Derecho Internacional Privado, señala: "*Anteriormente, basándose falsamente en el concepto de soberanía absoluta, no se solía aceptar las sentencias extranjeras. Poco a poco se ha impuesto el criterio contrario, partiendo de varios razonamientos: en primer término, que si el derecho es extraterritorial en muchos casos, no habría razón para no reconocer igual extraterritorialidad de las sentencias que al fin no son más que derecho aplicado; por otra parte, una sentencia puede constituir un derecho adquirido que es preciso respetar, y finalmente, la colaboración internacional cada vez más estrecha es otro motivo para que se apliquen y ejecuten las sentencias extranjeras*" (Corporación de Estudios y Publicaciones, Quinta edición, Quito, 1998, págs. 265 y 266). Pero la ejecución de estas sentencias no puede llevarse a cabo de la misma manera que se lo hace con las nacionales, ya que al haber emanado de quien, siendo autoridad en su país, no lo es en el Estado en donde se la quiere ejecutar, se vuelve necesaria la verificación previa del contenido de la sentencia para que no vulnere las normas de orden público vigentes en el Estado en donde se la pretende llevar a ejecución. TERCERO.- De lo anterior se desprende que para la ejecución forzosa de una sentencia extranjera, el Estado en el que se pretende llevar a ejecución tiene la potestad, a través de sus jueces y mediante un proceso de conocimiento, de verificar su encuadre con el ordenamiento jurídico, lo que se conoce como la "nacionalización", la "homologación" o el "exequátur" de la sentencia extranjera, de manera que se convierta en un elemento jurídico nacional. El autor colombiano Hernando Devis Echandía al referirse al exequátur señala que: "*se trata de un verdadero proceso de tipo declarativo, porque se persigue que se reconozca el valor que dicha sentencia extranjera tiene. Es una condición o formalidad para su cumplimiento, pero no un acto constitutivo de su eficacia o valor que lo tiene por sí misma*" (Compendio de Derecho Procesal, Editorial ABC, décima edición, Bogotá, Tomo I, 1985, pág. 469). Los autores Humberto Ruchelly y Horacio Ferrer señalan que el exequátur "*no debe confundirse con el proceso de ejecución en sí mismo, sino que es el proceso declarativo que va a establecer la licitud en el orden interno de la ejecución, es el reconocimiento para concretar la ejecución. Lo que va a ser motivo del análisis y examen, no es el litigio que da origen a la sentencia, sino la sentencia misma. Al decir de Santiago Sentís Melendo, <la materia litigiosa en el juicio de reconocimiento es la propia sentencia>*" (La sentencia extranjera, editorial Abeledo Perrot, 1ª Edición, Buenos Aires, 1983, pág. 13). CUARTO.- El exequátur, en consecuencia, es el medio idóneo para verificar que se encuentre la sentencia extranjera ajustada al derecho nacional. En nuestro país, de conformidad con lo previsto en el artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, mediante este procedimiento se verifica: a) que el contenido del fallo no contravenga al derecho público ecuatoriano o a las leyes nacionales (inciso primero); b) que la sentencia esté ajustada a lo previsto en los tratados vigentes, en caso de haberlos (ibídem), como por ejemplo la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales extranjeros, publicada en el Registro Oficial 240 de 11 de mayo de 1982; y, c) en caso de no existir tratado vigente, se

acude al sistema de regularidad de fallos (inciso segundo). Al respecto, el Dr. Juan Larrea Holguín en su obra Manual de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano, dice: *“Normalmente se acepta que son requisitos de <regularidad>: 1) La competencia internacional del juez que haya dictado la sentencia; 2) Que se haya citado la demanda; 3) Que esté ejecutoriada la sentencia en el país en que se pronunció; 4) Que la sentencia se presente debidamente legalizada. Suele añadirse un quinto elemento de <regularidad>, que la sentencia extranjera no contraría el orden público del país en el cual se ejecutará; pero esto ya no es propiamente un elemento de regularidad, sino una aplicación más, necesaria y evidente, de principio del respeto al orden público internacional.”* (Ob. Cit., pág. 267). El antes citado artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, para el caso de que no exista tratado vigente, dispone que se verificará la regularidad del fallo extranjero determinado: a) que el fallo está acompañado del exhorto respectivo; b) que la resolución haya pasado en autoridad de cosa juzgada; c) que haya recaído en acción personal; d) que en su contenido no se contravenga al derecho público ecuatoriano o a las leyes ecuatorianas, por ejemplo si un ecuatoriano contrajo matrimonio en territorio ecuatoriano y bajo el imperio de sus leyes, se divorcia en el extranjero, esta sentencia de divorcio dictada fuera del territorio nacional aunque tenga valor en el país en que se la emitió porque se halle pasada en autoridad de cosa juzgada y recae sobre una acción personal, sin embargo no es válida en el Ecuador, por prohibirlo expresamente el artículo 129 del Código Civil, es decir, porque contraviene el derecho público ecuatoriano. Finalmente, debe recordarse que en las relaciones internacionales siempre se procede de conformidad con el principio de reciprocidad, por lo que, si en el país del cual es originario el fallo no admite la ejecución de las sentencias ecuatorianas, tampoco se admitirá en Ecuador la ejecución de los fallos provenientes de tal país. QUINTO.- Es preciso determinar el Juez competente para conocer y resolver de este proceso de “nacionalización”, “homologación” o “exequátur”. La regla general es que, si no se ha atribuido expresamente a una judicatura especial el conocimiento de un asunto, corresponde a la jurisdicción ordinaria (artículo 5 del Código de Procedimiento Civil), esto es, a los jueces de lo civil (numeral primero del artículo 71 de la Ley Orgánica de la Función Judicial) competentes del domicilio del demandado (artículos 25 y 27 del Código de Procedimiento Civil). En nuestro país no se ha atribuido privativamente a un Juez o Tribunal el conocimiento del proceso de “nacionalización”, “homologación” o “exequátur” de las sentencias extranjeras, por lo que deberán aplicarse los principios y las disposiciones generales, por ello el Juez competente para su conocimiento y su consiguiente ejecución es el Juez de primera instancia del domicilio del demandado, quien para ello deberá sujetarse a lo previsto en la Constitución Política, en los tratados internacionales vigentes suscritos y ratificados tanto por nuestro país como por aquel del cual emana la sentencia cuya ejecución se solicita, y en el ordenamiento jurídico nacional. Respecto de la ejecución de las sentencias extranjeras, esta Sala ya se ha pronunciado en este mismo sentido en Resolución N° 290-2000 de 6 de julio del 2000, publicado en la Gaceta Judicial Serie XVII, N° 3, página 613.- Por último, respecto de la alegación del actor de que se trata de un proceso de jurisdicción voluntaria cabe anotar que para que un proceso sea de jurisdicción voluntaria la ley debe señalarlo expresamente y en la especie la ejecución de sentencia extranjera no está determinada en nuestra legislación como

tal y por lo tanto debe tramitarse en un proceso contencioso.- Por lo expuesto, esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, **SE INHIBE de conocer la presente demanda**, debiendo presentarse la misma ante el Juez competente. Devuélvanse los documentos originales presentados por el actor. Notifíquese.

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

Razón: Esta copia es igual a su original.- Certifico. Quito, a 28 de septiembre del 2004.

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

N° 224-2004

Dentro del juicio especial N° 59-2004 que por pago por consignación, sigue Rafael Barrezueta Minuche en contra del Banco del Pacífico, se ha dictado lo que sigue:

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

Quito, 28 de septiembre del 2004; las 10h00.

VISTOS: Fulvio Cabrera Carrión, en su calidad de procurador judicial del Banco del Pacífico S. A., interpone recurso de hecho, por haberse negado el de casación, del auto dictado por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Machala, dentro del juicio especial que, por pago por consignación, sigue Rafael Barrezueta Minuche en contra de su representada. Elevado el proceso ante la Corte Suprema de Justicia, por el sorteo de ley, correspondió su conocimiento a esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil que, en su primera providencia, aceptó a trámite el recurso de casación. Habiéndose pedido los autos para resolver, se hacen las siguientes consideraciones: PRIMERO.- El recurrente funda el recurso en las causales primera, segunda y quinta determinadas en el artículo 3 de la Ley de Casación, y acusa a la sentencia de violación del artículo 192 de la Constitución Política, de los artículos 1612, 1615, 1618, 1634, 1635, 1638, 1641, 1642, 1643, 1644, 1645 y 1648 del Código Civil; y de los artículos 341, 818, 819, 820 y 821 del Código de Procedimiento Civil. SEGUNDO.- El artículo 192 de la Constitución dice: “El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”. Cuando se acusa a una sentencia o auto de haber infringido una

disposición constitucional, y en este caso uno de los principios básicos que regulan la administración de justicia, este cargo, dada la jerarquía de la norma presuntamente violada, debe ser examinado con prioridad y especial atención. En concreto señala el recurrente que el auto impugnado viola el principio consagrado en el artículo citado, pues se está sacrificando la justicia por la sola omisión de una formalidad. En dicho auto, el Tribunal ad quem rechazó el recurso de apelación presentado por el ahora recurrente por considerarlo improcedente, puesto que no apeló del auto resolutorio del Juez de primera instancia sino de la providencia en que este Juez atendió y desestimó el pedido de ampliación; y que, siendo esta una providencia de mero trámite, no puede apelarse de ella, ya que el artículo 330 del Código de Procedimiento Civil señala que sólo se puede apelar de las sentencias, de los autos y de los decretos que tienen fuerza de auto. Frente a tal razonamiento, el recurrente señala que del escrito de apelación que presentó “se puede apreciar claramente expresado el espíritu de esta apelación (que) indudablemente es de la decisión del juez inferior con su auto resolutorio”. TERCERO.- El derecho procesal clasifica a los recursos en verticales y horizontales. Los primeros son aquellos que se interponen para ante el superior que dictó el auto o sentencia impugnados y son la apelación, la casación y el recurso de hecho, que en la mayor parte de legislaciones y en la doctrina se conoce como “recurso de queja”; en tanto que los recursos horizontales son aquellos que se interponen ante el mismo Juez o Tribunal que dictó la providencia impugnada y se subdividen en aclaración, ampliación y revocatoria, aunque este último recurso puede interponerse solamente de autos y en ningún caso de sentencias. Según el artículo 286 del Código de Procedimiento Civil, la aclaración procede cuando la sentencia fuere oscura y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas. La jurisprudencia constante ha determinado que estos recursos sólo podrán utilizarse por una sola vez por cada una de las partes y no uno a continuación de otro, y que los términos para interponer los otros recursos, es decir los verticales, se contarán a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución recaída sobre la aclaración o la ampliación. La naturaleza de estos recursos implica que, al atenderlos, el Juez o Tribunal podrán precisar el alcance de la sentencia o auto que han dictado previamente, explicando inclusive, si fuere pertinente, el sentido de las palabras que han utilizado, lo cual indudablemente permitirá su ejecución; podrán también corregir los errores de cálculo o las erratas o lapsus calami que pudieran haberse deslizado inadvertidamente; y aun más, en el caso de la ampliación, deberán resolver aquellos puntos sobre los cuales se trabó el litigio y que no hubieren sido materia de la sentencia o auto. Y es por eso igualmente que el término para interponer otros recursos empieza a contarse luego de la notificación de la providencia respectiva, pues solamente entonces con estas providencias la decisión judicial se ha completado. Por ello no es exacto afirmar que esta providencia sea un decreto de mero trámite, como lo sostiene el Tribunal ad quem; más bien puede decirse que forma una unidad con la sentencia o auto frente al cual se ha formulado el petitorio de aclaración o ampliación. CUARTO.- Es cierto que el recurrente al interponer ante el Juez de primera instancia el recurso de apelación, señaló que lo hacía de la providencia dictada el 10 de julio del 2001, es decir de la providencia que desestimaba el petitorio de ampliación, pero del texto mismo del escrito se establece sin duda alguna que la

impugnación se refería al contenido del auto del 16 de febrero del 2001, con el cual el Juez aprobaba la aceptación del pago por consignación y se ordenaba el archivo del proceso. A estas resoluciones se opone el apelante, pues estima que con ello se está violando la ley y perjudicando a su representada, consideraciones que hizo en el pedido de ampliación que el Juez no aceptó. Es claro entonces que el espíritu de la apelación se refiere al conjunto de la resolución judicial, esto es al auto de 16 de febrero del 2001 y a la providencia del 10 de julio del mismo año. Entenderlo de otra manera es ciertamente afectar a los intereses de la justicia por una formalidad: la enunciación en detalle de las providencias impugnadas. El sistema procesal, también lo dice la Constitución en el mismo artículo 192, es un medio para la realización de la justicia, por encima de los formalismos y su eventual omisión no debe tener el gravísimo efecto de dejar en la indefensión a quienes comparecen ante las judicaturas. Por todo esto se concluye que la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Machala al declarar improcedente el recurso de apelación interpuesto por el ahora recurrente y al no pronunciarse sobre la reclamación de fondo del apelante, como era su deber, ha violentado el trámite previsto por la ley y lo ha dejado en indefensión. Por tanto, no sólo que ha infringido el artículo 192 de la Constitución Política, sino también el artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil, provocando una nulidad que debe ser declarada aun de oficio. En definitiva la sentencia adolece del vicio enunciado en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. QUINTO.- En relación a los otros cargos formulados por el recurrente, que se refieren al fondo de la cuestión en litigio, esta Sala de Casación es incompetente para entrar a su estudio y resolución, pues el Tribunal ad quem no se pronunció sobre ellos, y solo cabría examinarlos cotejándolos con lo que ese Tribunal habría resuelto, mas no con la resolución del Juez de primera instancia.- Por las consideraciones que anteceden, esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declara la nulidad de lo actuado, a costa de los ministros de la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Machala, dentro del juicio especial que, por pago por consignación, sigue Rafael Barrezuela Minuche en contra del Banco del Pacífico C. A., a partir del auto pronunciado por dicha Sala el 25 de septiembre del 2003. Devuélvase al recurrente el valor de la caución consignada. Notifíquese, publíquese y devuélvase para que la causa sea tramitada conforme lo establece el segundo inciso del artículo 16 de la Ley de Casación.

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

Razón: Es fiel copia de su original. Certifico.- Quito, 28 de septiembre del 2003.

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

N° 226-2004

Dentro del juicio verbal sumario de inquilinato N° 86-2004, que sigue Dolores Díaz Toca viuda de Viteri, Juan Francisco, María Guadalupe y David Sebastián Viteri Díaz en contra de Industria Tapitex Compañía Limitada, legalmente representada por su Gerente General Walter Bravo Campoverde, se ha dictado lo siguiente:

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

Quito, 30 septiembre del 2004; las 09h30.

VISTOS: Dolores Díaz Toca viuda de Viteri, Juan Francisco, María Guadalupe y David Sebastián Viteri Díaz deducen recurso de casación contra la sentencia dictada por la Cuarta Sala de la Corte Superior de Quito, en el juicio de inquilinato que ellos siguen en contra de Industria Tapitex Compañía Limitada, legalmente representada por su Gerente General Walter Bravo Campoverde. Aducen que en la sentencia se han transgredido los artículos 796, 797, 822, 825, 826, 1487, 1488, 1726 y 1753 del Código Civil, y los artículos 117 y 198 del Código de Procedimiento Civil.- Fundamentan el recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.- Por concedido el recurso sube a la Corte Suprema de Justicia y se radica la competencia, por el sorteo de ley, en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, la que en providencia de 24 de marzo del 2004, lo acepta a trámite. Concluida la sustanciación, atento el estado de la causa, para resolver se considera:

PRIMERO.- Para el análisis del recurso de casación propuesto es necesario precisar, cronológicamente, los siguientes hechos: 1) El 7 de mayo de 1991, por escritura pública celebrada ante el Notario Decimoséptimo del cantón Quito (fs. 3 a 6 del cuaderno de primer nivel), inscrita en el Registro de la Propiedad de Quito el 2 de abril de 1996, los cónyuges Alejandro Viteri Paredes y Dolores Díaz Toca de Viteri donan un inmueble de manera gratuita e irrevocable, a favor de sus hijos Juan Francisco, María Guadalupe y David Sebastián Viteri Díaz. 2) El 1 de septiembre de 1997, Alejandro Viteri Paredes, por sus propios derechos, por una parte, e Industria Tapitex R&B Cía. Ltda., representada por su Gerente Walter Bravo Campoverde, por otra parte, celebran el contrato de arrendamiento (fs. 7 a 11 del cuaderno de primer nivel), mediante el cual el primero de los nombrados da en arriendo a Industria Tapitex R&B Cía. Ltda. un inmueble ubicado en la Panamericana Norte kilómetro 14½, parroquia Calderón, cantón Quito, provincia del Pichincha; con el plazo de dos años, contado a partir del primero de septiembre de 1997. 3) El 14 de noviembre de 1998 ha fallecido Alejandro Viteri Paredes conforme consta de la partida de defunción incorporada al proceso (fs. 92 del cuaderno de primer nivel). 4) A fs. 30 a 33 está incorporado un instrumento privado, de cuya redacción aparece entre otras estipulaciones las siguientes: "Que comparecen a la celebración del presente contrato de arrendamiento por una parte: los señores: Juan Francisco Viteri Díaz, María Guadalupe Viteri Díaz y la Sra. Dolores E. Díaz Toca viuda de Viteri, en representación de su hijo menor de edad, David Sebastián Viteri Díaz a quienes se les denominará arrendadores; y por otra parte: Industrias Tapitex R&B Cía. Ltda., representada por su Gerente el señor Walter Bravo Campoverde, en calidad de

arrendatario, quienes libre y voluntariamente, convienen en celebrar el siguiente contrato de arrendamiento, contenido en las siguientes cláusulas. Primera: Antecedentes.- Los señores Juan Francisco, María Guadalupe y David Sebastián Viteri Díaz, son propietarios de un bien inmueble, compuesto por cinco lotes de terreno con su respectivo cerramiento, tres de éstos tienen su respectiva puerta Lanford, cada lote tiene una extensión de 600 m2, se incluye un lote contiguo de 40 m2. Adicionalmente tiene dos bodegas de 70 m2 cada una, estas últimas ubicadas en otro bloque de construcción. Para efectos de ubicación, los cinco lotes se los ha denominado con las letras A, B, C, D, E partiendo del costado oriental. En el lote "A" existe una construcción de 60 m2 conformada de tres cuartos con cubierta de eternit; un galpón de 120 m2 de estructura metálica, techo de eternit. En el lote "B" se encuentra cinco cuartos que suman 80 m2, con cubierta de eternit. Además se incluye una cisterna para el funcionamiento del agua potable e instalaciones de servicios higiénicos. Todo esto asentado en un área aproximada de 3.500 m2 de terreno, la cual está ubicada en el Panamericana Norte Km 14½ parroquia de Calderón, provincia de Pichincha. ... Séptima.- Plazo. El plazo de duración de este contrato es de dos años contados a partir del primero de septiembre de 1999, para lo cual la arrendataria deberá cumplir estrictamente con las estipulaciones del presente contrato, principalmente con el pago de la pensión mensual de arrendamiento. La parte que quisiere que termine este contrato a la finalización del plazo, dará aviso a la otra de esa decisión con 90 días de anticipación por lo menos a tal finalización. A falta de tal aviso, el presente contrato se entenderá prorrogado por un año más."... Este contrato fechado el 1 de septiembre de 1999, por Walter Bravo Campoverde, arrendatario y por Juan Francisco Viteri Díaz y María Guadalupe Viteri Díaz, arrendadores. No está suscrito por Dolores Díaz de Viteri. 5.- El 18 de mayo del 2001, Dolores viuda de Viteri, Juan Francisco, María Guadalupe y David Sebastián Viteri Díaz comparecen ante la Jueza de Inquilinato de Quito y solicitan se notifique con el desahucio a la Cía. arrendataria Industria Tapitex R&B Cía. Ltda., en la persona de Walter Bravo Campoverde como su representante legal; puesto que su deseo y decisión definitiva es de dar por terminado el contrato celebrado por su difunto cónyuge y padre, respectivamente, el 1 de septiembre de 1997.- Walter Bravo Campoverde es notificado con la solicitud de desahucio y la providencia respectiva el 28 de mayo del 2001 (fs. 13 del cuaderno de primer nivel). 6.- El 20 de noviembre del 2002, Dolores Díaz viuda de Viteri, Juan Francisco Viteri Díaz y María Guadalupe Viteri Díaz y David Sebastián Viteri Díaz, en su libelo de demanda (fs. 16), expresan: "Segundo: Resulta que mi esposo y nuestro padre Alejandro Viteri Paredes, el 1 de septiembre de 1997 habían suscrito un contrato de arriendo de un lote de terreno de 3.500 m2, construcciones, servicios y demás anexos con la empresa <Industria Tapitex R&B Cía. Ltda.> representada por su Gerente Walter Bravo Campoverde. El mencionado contrato tuvo el plazo inicial de dos años cumplidos y a la fecha está transcurriendo un período igual conforme lo estipula la cláusula séptima del documento contractual. Con la debida antelación y por determinación y voluntad nuestra, solicitamos al Juzgado Primero de Inquilinato se notifique con el desahucio a la arrendataria, diligencia que fue cumplida el 28 de mayo del 2001, como consta de la certificación anotada. A este desahucio no se opuso la inquilina, por lo tanto surte todo efecto legal la petición. Tercero: Con estos antecedentes, en base a lo establecido en el contrato de arrendamiento, cláusula séptima; la diligencia

de desahucio cumplida y lo previsto en los artículos: 28, 30, literal a), y 33 de la Ley de Inquilinato codificada, acudimos ante su autoridad y en juicio verbal sumario de inquilinato demandamos a la Empresa Industria Tapitex R&B Cía. Ltda. representada legalmente por su Gerente Walter Bravo Campoverde, la terminación del contrato de arrendamiento y para que en sentencia sea condenada a 1) Pago de las pensiones arrendatarias atrasadas y las que se vencieren hasta la entrega del inmueble. 2) Restitución del inmueble en similares condiciones como la recibida. 3) Reconocimiento y pago de los daños causados y vicios ocultos. 4) Pago de costas y gastos judiciales y los honorarios profesionales de mi abogado patrocinador que los reclamo expresamente". No existe controversia en lo concerniente a que el inmueble es el mismo a que se refieren los hechos anteriormente puntualizados.- De los antecedentes expuestos se desprenden las situaciones jurídicas que se analizan en los considerandos siguientes. SEGUNDO.- El contrato de arrendamiento celebrado entre Alejandro Viteri Paredes y la Industria Tapitex R&B Cía. Ltda. tiene el plazo de dos años contados desde el 1 de septiembre de 1997, es decir, hasta el 1 de septiembre de 1999. La arrendataria no ha sido notificada con la solicitud de desahucio con noventa días de anticipación; por lo cual el plazo se ha prorrogado por dos años, esto es, hasta el 1 de septiembre del 2001 de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Inquilinato y lo estipulado en la cláusula séptima del contrato. Por estos motivos el contrato de arrendamiento antedicho quedó concluido el 1 de septiembre del 2001. TERCERO.- En la donación del inmueble otorgada por los cónyuges Alejandro Viteri Paredes y Dolores Díaz Toca de Viteri a favor de sus hijos Juan Francisco Viteri Díaz y María Guadalupe Viteri Díaz y David Sebastián Viteri Díaz, los donantes se reservaron el derecho de usufructo, sin señalar tiempo alguno para su duración. Se entiende entonces constituido por toda la vida de los constituyentes, conforme dispone el artículo 802 del Código Civil. En vista de que el derecho de usufructo se reservaron ambos cónyuges donantes, al fallecer Alejandro Viteri Paredes, el derecho de usufructo acreció a favor de la otra usufructuaria Dolores Díaz Toca viuda de Viteri, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 812 del Código Civil. Esto es, Dolores Díaz Toca viuda de Viteri tiene el derecho de usufructo mientras viva. El derecho de usufructo, dice el artículo 796 del Código Civil: "es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa, con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de devolver igual cantidad y calidad del mismo género o de pagar su valor, si la cosa es fungible.". En el derecho de usufructo coexisten necesariamente dos derechos reales: el de propiedad en manos del nudo propietario y el de usufructo en manos del usufructuario (Art. 797 del Código Civil). Pero ambos derechos tienen vida independiente, trátase de derechos distintos que recaen en una misma cosa. El nudo propietario conserva la facultad de disposición de la cosa. El usufructuario tiene el uso y goce de la cosa (usus y fructus), el aprovechamiento de los frutos naturales y civiles de la cosa. El derecho de uso y goce de la cosa conlleva a la facultad de arrendarla, como establece el artículo 895 del Código Civil. Obviamente el nudo propietario no está legitimado para arrendar la cosa y si de hecho lo hiciera estaría arrendando cosa ajena. CUARTO.- El contrato de arrendamiento suscrito el 1 de septiembre de 1999, por el representante legal de la Cía. Industria Tapitex R&B Cía. Ltda., Walter Bravo Campoverde, y Juan Francisco Viteri Díaz y María Guadalupe Viteri Díaz (fs. 30 a 33 del

cuaderno de primer nivel) no tiene ninguna eficacia jurídica en contra de Dolores Díaz Toca viuda de Viteri, por los siguientes motivos: a) porque dicho documento no está suscrito por ella, y la suscripción es la manifestación externa del consentimiento, que según el ordinal 2° del artículo 1488 del Código Civil, es uno de los elementos esenciales para que una persona se obligue a favor de otra; y, b) porque Juan Francisco y María Guadalupe Viteri Díaz, en calidad de nudos propietarios del inmueble, no tenían ningún derecho para arrendarlo. Ese derecho le correspondía a la usufructuaria con arreglo al artículo 825 del Código Civil. Si bien puede arrendarse una cosa ajena, según lo previsto por el inciso segundo del artículo 1884 del Código Civil, dicho contrato en nada afecta los derechos de uso y goce de la usufructuaria del inmueble, estos derechos permanecen indemnes y completos. En el arrendamiento de cosa ajena existe simplemente una relación personal entre el arrendador y el arrendatario, que en forma alguna se refleja en el derecho de uso y goce de la cosa por parte de la usufructuaria; tomando en cuenta, además, que el usufructo es un derecho real y como tal se tiene directamente sobre la cosa, sin respecto a determinada persona. En otras palabras, el contrato de arrendamiento, celebrado por los nudos propietarios no es oponible a la usufructuaria; es decir, ésta puede hacer valer los derechos emanados de la terminación del contrato de arrendamiento celebrado por su marido Alejandro Viteri Paredes a Industria Tapitex R&B Cía. Ltda., a que se refiere el considerando segundo, sin que sea obstáculo legal el que Juan Francisco y María Guadalupe Viteri Díaz hayan convenido con dicha compañía en ampliar el plazo del contrato. QUINTO.- En la sentencia recurrida el fundamento central para rechazar la demanda es que el contrato celebrado el 1 de septiembre de 1999, suscrito por Juan Francisco y María Guadalupe Viteri Díaz extendió válidamente el plazo del contrato de arrendamiento original celebrado el 7 de septiembre de 1997 por Alejandro Viteri Paredes y la Cía. demandada. La valoración de este medio de prueba, por parte de la Cuarta Sala de la Corte Superior de Quito, es arbitraria, porque transgrede entre otras normas procesales, el artículo 198 del Código de Procedimiento Civil, lo que ha conducido a la falta de aplicación o aplicación indebida de las normas sustantivas o materiales contenidas en los artículos 796, 797, 822, 825 y 1488 del Código Civil. En esta virtud, esta Sala encuentra procedente el recurso de casación propuesto por los recurrentes, apoyado en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. A esta Sala le toca, por tanto, dictar la sentencia que corresponda en lugar de la sentencia dictada por la Cuarta Sala de la Corte Superior de Quito. SEXTO.- Lo normal o común, dentro de la relación jurídico procesal, es que el juicio se desarrolle entre dos sujetos: un actor y un demandado, pero también puede haber pluralidad de sujetos procesales, tanto actores como demandados, y en este supuesto se produce la llamada, por los clásicos, acumulación subjetiva, y por los tratadistas modernos litis consorcio activo o pasivo, según haya pluralidad de actores o demandados. Pueden varias personas demandar conjuntamente como litis consortes siempre que se hallen en estado de comunidad jurídica con respecto al objeto litigioso o tengan un derecho u obligación de la misma clase, basados en causas de hecho y jurídicas homogéneas en lo esencial. Sobre el tema, Eduardo Pallares, en su obra "Diccionario de Derecho Procesal" (Editorial Porrúa S. A. México 1976. Pág. 543) cita la siguiente opinión de Goldshmidt: "Que el litis consorcio puede producir por acumulación subjetiva de los actores, la cual requiere que existan alguna de las siguientes circunstancias: 1°.-

Comunidad jurídica por el objeto del litigio. Tal sucede en los casos de comunidad, copropiedad, acreedores pro indiviso, etc.- 2°.- Igualdad de la causa del derecho o de la obligación, acreedores parciales por contrato, coherederos del acreedor después de la división, pluralidad de accionistas, etc. 3°.- Que los derechos y obligaciones litigiosas sean de la misma especie por su contenido o por su fundamento de hecho y jurídico (litis consorcio impropio). Así sucede con varios perjudicados por un hecho ilícito, las acciones de una persona jurídica contra sus miembros, las derivadas de la letra de cambio, etc.". El artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, en su inciso primero, regula la acumulación subjetiva activa, cuando dice: "No podrán demandar en un mismo libelo dos o más personas, cuando sus derechos o acciones sean diversos o tengan diverso origen. ...". Como se explica en los considerandos anteriores, los nudos propietarios Juan Francisco, María Guadalupe y David Sebastián Viteri Díaz, conjuntamente con la usufructuaria Dolores Díaz Toca de Viteri, demandan en el mismo libelo a la empresa Industria Tapitex R&B Cía. Ltda., por medio de su representante legal Walter Bravo Campoverde, en forma específica lo siguiente: el pago de las pensiones arrendaticias atrasadas y las que se vencieren hasta la entrega del inmueble; restitución del inmueble en similares condiciones como lo recibió, y reconocimiento y pago de los daños causados y vicios ocultos. Siendo los actores primeramente nombrados nudos propietarios no estaban legitimados para pretender la restitución del inmueble, lo que comporta su uso y goce; dicho derecho lo adquirirán cuando haya fallecido la usufructuaria, al cabo de lo cual se consolidará el usufructo con la propiedad (inciso segundo del artículo 797 del Código Civil).- Tampoco están legitimados para pedir que se les pague pensiones conductivas de arrendamiento, que son frutos civiles, porque ese derecho le corresponde exclusivamente a la usufructuaria, por expresa disposición del artículo 822 del Código Civil, en correspondencia con el artículo 813.- Al haber demandado en un mismo libelo los nudos propietarios Juan Francisco, María Guadalupe, David Sebastián Viteri Díaz conjuntamente con la usufructuaria Dolores Díaz Toca viuda de Viteri, cuyos derechos son diversos, conforme se analiza anteriormente, existe inepta acumulación de personas y trasgresión del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil.- En mérito de lo expuesto, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia dictada por la Cuarta Sala de la Corte Superior de Quito, en el juicio de inquilinato seguido por Juan Francisco Viteri Díaz y otros en contra de la Empresa Industria Tapitex R&B Cía. Ltda., por medio de su Gerente y representante legal Walter Bravo Campoverde. En su reemplazo, de conformidad con lo previsto en el artículo 16 de la Ley de Casación, rechaza la demanda por inepta acumulación activa de personas. Sin costas. Se deja a salvo el derecho de la usufructuaria para que pueda proponer las acciones que estime convenientes en ejercicio de sus derechos de uso y goce del inmueble. Notifíquese y devuélvase.

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

Esta copia es igual a su original. Certifico.- Quito, 30 de septiembre del 2004.

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

ACUERDO DE CARTAGENA

49-AI-2002

Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República Bolivariana de Venezuela por supuesto incumplimiento del artículo 90 del Acuerdo de Cartagena, de las Decisiones 370 y 466 de la Comisión de la Comunidad Andina y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en San Francisco de Quito, a los ocho días del mes de octubre de dos mil tres.

VISTOS

La comunicación SG-C/1.8/00649/2002 de 28 de mayo del 2002, recibida en el Tribunal el 3 de junio del mismo año, por medio de la cual la Secretaría General de la Comunidad Andina interpone demanda contra la República Bolivariana de Venezuela por supuesto incumplimiento del artículo 90 del Acuerdo de Cartagena, de las Decisiones 370 y 466 de la Comisión de la Comunidad Andina y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, por no haber retirado de su lista de excepciones al Arancel Externo Común, a más tardar el 31 de julio del 2000, mediante el traslado al Anexo 1 de la Decisión 370, el grupo residual de subpartidas NANDINA;

El auto de 19 de junio del 2002, por el cual la demanda fue admitida a trámite, ordenada su notificación a la República Bolivariana de Venezuela y concedido el plazo de 40 días para que dé contestación a la misma;

El escrito 000680 de 31 de julio del 2002, recibido en el Tribunal en la misma fecha, por el cual se da contestación a la demanda por parte de la República Bolivariana de Venezuela;

El auto de 14 de agosto del 2002, por el cual el Tribunal decide tener a la demanda como contradicha tanto en los hechos como en el derecho, ya que la contestación a la misma fue presentada fuera de término. Asimismo resuelve tener por presentadas las pruebas aportadas por la actora en su escrito de demanda y convocar a las Partes a Audiencia Pública;

La Acta de la Audiencia Pública celebrada el 19 de septiembre del año 2002; y,

Los escritos de conclusiones de las partes.

1. Antecedentes

1.1. Las partes

Es parte demandante la Secretaría General de la Comunidad Andina, y demandada la República Bolivariana de Venezuela, en su condición de País Miembro de la Comunidad Andina.

1.2. La demanda

Por medio de comunicación SG-C/1.8/00649/2002 de 28 de mayo del 2002, recibida en el Tribunal el 3 de junio del mismo año, la Secretaría General de la Comunidad Andina interpone acción de incumplimiento contra la República Bolivariana de Venezuela por supuesto incumplimiento del artículo 90 del Acuerdo de Cartagena, de las Decisiones 370 y 466 de la Comisión de la Comunidad Andina y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, por no haber materializado la última fase del desmonte de la lista de excepciones temporales al Arancel Nominal, para perfeccionar la aplicación del Arancel Externo Común y de esta forma la consolidación de la Unión Aduanera, según el cronograma establecido.

Fundamentos de hecho

La Decisión 370 de la Comisión estableció un plazo dentro del cual el Gobierno de Venezuela se comprometió a reducir anualmente 50 subpartidas de su lista de excepciones relacionadas en el anexo 4 de la citada Decisión, trasladándolas al anexo 1.

El último plazo para el desmonte definitivo fue originalmente establecido para el 31 de enero de 1999; por medio de la Decisión 466, este plazo fue prorrogado para su desmonte en tres etapas, estableciéndose el cumplimiento de la última a más tardar para el 31 de julio del 2000.

Debido a las diversas modificaciones a la nomenclatura NANDINA, y a los retiros de subpartidas de las listas de excepciones efectuados por Colombia, Ecuador y Venezuela, la Comisión actualizó los anexos 1, 2, 3 y 4 mediante Decisión 465, de acuerdo a la cual Venezuela debió retirar el total de subpartidas NANDINA faltantes a más tardar hasta el 31 de julio del 2000, en virtud del compromiso adquirido a través de la Decisión 466.

Con fecha 6 de octubre, la Secretaría General emitió Nota de Observaciones SG/F2.1/2378/ 2000, otorgando al Gobierno de Venezuela un plazo de 10 días para su respuesta. Dicho Gobierno, al dar respuesta a la nota, argumentó *“que en virtud de la presunción de veracidad y legalidad a la que se encuentran sujetos los actos administrativos, las afirmaciones contenidas en la nota de observaciones carecen de veracidad al afirmarse que se estaba en presencia de un incumplimiento flagrante, por lo que la citada nota sería absolutamente nula por basarse en falsos supuestos”*.

Con fecha 29 de noviembre del 2000, la Secretaría General expidió la Resolución 456 que contiene el Dictamen de Incumplimiento 37-2000, mediante el cual *“se determinó el incumplimiento por parte del Gobierno de Venezuela, en la reducción de la lista de excepciones al Arancel Externo Común establecida en la Decisión 466 de la Comisión”*.

Fundamentos de derecho

El incumplimiento del artículo 90 del Acuerdo de Cartagena

La Secretaría General sostiene que *“uno de los mecanismos fundamentales previstos en el Capítulo VI del Acuerdo de Cartagena, de gran importancia para el logro de los objetivos de la integración andina y la conformación de un mercado común, es la aplicación del Arancel Externo Común”*.

Que de acuerdo al artículo 90 del Acuerdo de Cartagena los Países Miembros adquieren el compromiso de poner en aplicación el Arancel Externo Común en los plazos y modalidades que establezca la Comisión, artículo que se complementa con el 96 del mismo Acuerdo, al disponer que sólo le corresponde a la Comisión modificar los niveles arancelarios adoptados, y que conforme al artículo 98 de dicha normativa comunitaria, los Países Miembros se comprometen a no alterar unilateralmente los gravámenes que se establezcan en las diversas etapas del Arancel Externo Común.

Asimismo indica que *“el incumplimiento de Venezuela del artículo 90 del Acuerdo de Cartagena radica en el hecho de no haber cumplido con la última fase del desmonte de la lista de excepciones temporales del Arancel Externo Común ... de conformidad con el artículo 9° de la Decisión 370 y su prórroga estipulada en la Decisión 466 de la Comisión...”*.

Incumplimiento de las Decisiones 370 y 466 de la Comisión

La Secretaría General sostiene que la Decisión 370 fijó un cronograma de desmonte para que las subpartidas NANDINA del Anexo 4 fueran gradualmente incorporadas a las listas del Anexo 1. A medida que estas etapas se fueron cumpliendo, las listas del Anexo 4 se fueron limitando a las subpartidas pendientes de desmonte.

Indica que *“de acuerdo al cronograma, Venezuela, así como los demás Países Miembros, debían reducir gradualmente la lista de excepciones temporales del Anexo 4 de la Decisión 370 y sus actualizaciones con miras a la consolidación de la Unión Aduanera, debiendo trasladar aquellas subpartidas arancelarias al Anexo 1, siempre que cubriera el porcentaje mínimo de subpartidas a desmontar establecido en la Decisión 370 y sus modificaciones”*.

La Decisión 466 de la Comisión, prorrogó los plazos establecidos en la Decisión 370, de manera que el traslado de la lista de excepciones temporales del Arancel nominal (Anexo 4) al Anexo 1 se hiciera en tres etapas: *“(i) 20 por ciento de subpartidas NANDINA para el 31 de julio de 1999; (ii) cuarenta por ciento para el 31 de enero de 2000 y; (iii) a más tardar el 31 de julio de 2000 el desmonte del residuo faltante. En este sentido, Venezuela cumplió con las dos primeras etapas de desmonte establecidas, no cumpliendo con la última de vital importancia para consolidar la Unión Aduanera de la Comunidad Andina”*.

Sostiene que la conducta de la República Bolivariana de Venezuela encuadra dentro de la definición de *“incumplimiento objetivo”*, el que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal *“corresponde a los casos en los*

cuales la infracción se aprecia por la simple lectura y análisis de los hechos inculcados de incumplimiento y el derecho violado”.

También indica que en el presente caso, *“la República Bolivariana de Venezuela ha incurrido en un incumplimiento del Arancel Externo Común, pues hasta la fecha no ha cumplido con el desmonte definitivo de la lista de excepciones del Arancel Externo Común establecida en el Anexo 4 de la Decisión 370 (modificada por la Decisión 465) de acuerdo a los plazos estipulados en el artículo 3° de la Decisión 466”.*

Incumplimiento del artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Sostiene que la República Bolivariana de Venezuela estaría contraviniendo lo dispuesto en el artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal, citando al efecto la sentencia proferida en el Proceso 3-AI-98 en sentido que *“en el presente caso, la demanda hace referencia a la falta de cumplimiento, por parte del Gobierno de Venezuela, de compromisos asumidos en el marco del Acuerdo de Cartagena al no desmontar las partidas NANDINA restantes de la lista de excepciones temporales del Arancel Externo Común y/o no comunicar tal desmonta (sic) a la Secretaría General, tal como lo ordenan los artículos 3° y 5° de la Decisión 466 de la Comisión”.* Por lo que *“el incumplimiento de estas obligaciones de hacer constituye a su turno una infracción directa de lo dispuesto en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”.*

Finalmente solicita del Tribunal *“su pronunciamiento respecto a la omisión por parte del Gobierno de Venezuela en el desmonte de las subpartidas NANDINA restantes que figuran en el Anexo 4 de la Decisión 465... y/o la comunicación de tal acción a la Secretaría General. Dicha conducta califica como un incumplimiento objetivo del artículo 90° del Acuerdo de Cartagena, las Decisiones 370 y 466 de la Comisión y el artículo 4 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.* En consecuencia solicita que *“se ordene al Gobierno de Venezuela que adopte las medidas necesarias a fin de que se ponga fin al señalado incumplimiento, y proceda a la devolución de los derechos indebidamente cobrados, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 4 y 27 del mismo Tratado, con expresa condena en costas a la demandada”.*

1.3. Contestación a la demanda

Por medio de escrito N° 000680 de 31 de julio del 2002, la República Bolivariana de Venezuela, de forma extemporánea, da contestación a la demanda de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina, razón por la cual este Tribunal, en cumplimiento del artículo 60 de su Estatuto, la tuvo por contradicha tanto en los hechos como en el derecho.

1.4. La Audiencia Pública

Por auto de 14 de agosto del 2002, el Tribunal convocó a las partes a la Audiencia Pública a celebrarse el 19 de septiembre del 2002. En esta fecha se llevó a cabo la Audiencia Pública con la asistencia de Representantes de ambas partes, cuyas personerías fueron debidamente

reconocidas, quienes presentaron las fundamentaciones que se recogen en el acta correspondiente y, en los respectivos escritos de conclusiones.

1.5. Conclusiones de la República Bolivariana de Venezuela

El 27 de septiembre del 2002 la República Bolivariana de Venezuela presentó sus conclusiones en los siguientes términos:

Falta de agotamiento de la vía administrativa comunitaria

La República de Venezuela considera que *“la Secretaría General no cumplió con el requisito fundamental para poder acceder a la vía judicial, como es el agotamiento del proceso administrativo previo”*, y que dicho procedimiento no sólo debe cumplirse desde el punto de vista formal, sino que estos actos deben garantizar al país afectado los legítimos principios del derecho a la defensa y al debido proceso. Alega que *“el 05 de junio de 2000, la Secretaría General emite Dictamen de Incumplimiento 30-2000 (sic), por falta de desmonte del segundo tramo, es decir del 40% de las subpartidas. La República Bolivariana de Venezuela notifica que se efectuó dicho trámite, y la Secretaría General emite el Dictamen de Cumplimiento 30-2000, el día 13 de septiembre de 2000. Luego el 06 de octubre (nótese la extrema cercanía de las fechas del Dictamen de Incumplimiento y de la nueva Nota de Observaciones), la Secretaría General formula una Nota de Observaciones (anexo E de la demanda) en la que nuevamente se refiere de manera sumamente imprecisa y vaga, al incumplimiento de las Decisiones relativas al Arancel Externo Común...”*.

Argumenta que la Secretaría General *“originó una grave confusión entre el caso anterior y el presente, al enviar una Nota de Observaciones con errores tanto en la persona a la que iba dirigida, como a las imprecisiones en torno al objeto de la misma”*; arguye también, que la República de Venezuela *“no pudo ejercer debidamente sus alegatos, ya que se le hizo incurrir en error, al remitírsele una Nota de Observaciones plagada de confusiones, y que nos hizo pensar que o se trataba de un error de la Secretaría (¿estaría dicha nota dirigida a Colombia o a Venezuela?) o estaba referida a una problemática que ya estaba subsanada (desmonte del 40% de las subpartidas)”*.

Solicita que el Tribunal analice la Nota de Observaciones como la respuesta dada por Venezuela, y en consecuencia declare inadmisibles o sin lugar la presente acción de incumplimiento por el procedimiento administrativo viciado y nulo.

Incumplimiento de los deberes establecidos para la Secretaría General de la Comunidad Andina en el ordenamiento jurídico comunitario

Sostiene que tanto Venezuela como los demás Países Miembros han solicitado a la Secretaría General reuniones a objeto de modificar los términos en que se encuentra el Arancel Externo Común, solicitud que no ha sido tomada en cuenta por la Secretaría General *“quien parece más interesada en demandar a todos los Países Miembros de la Comunidad Andina, para hacerlos cumplir forzosamente unas normas con las que ninguno está de acuerdo...”*.

Finalmente, solicita al Tribunal que se declare sin lugar la acción de incumplimiento intentada por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República Bolivariana de Venezuela.

1.6. Conclusiones de la Secretaría General de la Comunidad Andina

Mediante comunicación SG-C/1.8/1452/2002 de 26 de septiembre del 2002, recibida en este Tribunal el 27 de los mismos mes y año, la Secretaría General de la Comunidad Andina presentó las conclusiones de los argumentos expuestos en la audiencia pública celebrada el 19 de septiembre del 2002.

Objeto de Incumplimiento

La Secretaría General se ratifica en el “*contenido de su demanda de fecha 3 de mayo del 2002*” (sic) para que el Tribunal declare el incumplimiento por parte de la República de Venezuela del artículo 90 del Acuerdo de Cartagena, del artículo 4 de su Tratado de Creación y de las Decisiones 370 y 466 de la Comisión; de igual manera confirma la pretensión de que se instruya al Gobierno de Venezuela de dar cumplimiento al ordenamiento jurídico andino, mediante el desmonte de la lista faltante de subpartidas NANDINA exceptuadas temporalmente de la aplicación del AEC.

Alegatos sostenidos por la Demandada

Manifiesta que la República de Venezuela, durante la audiencia pública, sostuvo que en el proceso habría vicios adjetivos y sustantivos que harían mérito para que dicha acción no fuese admitida, a lo que la Secretaría General dice:

1. Acerca de la falta de congruencia y el posible vicio de falso supuesto

La República Bolivariana de Venezuela sostiene que en el procedimiento seguido por la Secretaría General no existió congruencia entre la nota de observaciones y el dictamen de incumplimiento, alegó que en su nota de observaciones la Secretaría General hizo referencia al desmonte de las fases anteriores al grupo residual, conducta que ya había sido objeto del Dictamen 20-2000 que luego fue corregido por el Dictamen 30-2000, y que la nota de observaciones SG/2.1/2378/2000 del 6 de octubre del 2000 así como el Dictamen 37-2000 de 29 de noviembre se basaron en un falso supuesto, ya que la conducta observada fue subsanada y así habría sido declarado por la Secretaría General.

Al respecto la Secretaría General indica que ha demostrado haber cumplido correctamente con el procedimiento prejudicial de incumplimiento, toda vez que existe congruencia tal como se demostró con los documentos anexos a la demanda. Que la nota de observaciones que fue objeto del Dictamen 20-2000 y que luego fue corregida por el Dictamen 30-2000, se refiere a un tema vinculado, pero diferente al de la presente acción, por lo que en opinión de la Secretaría General no resulta procedente el argumento de la República Bolivariana de Venezuela.

2. Acerca de la supuesta actuación de la Secretaría General, en contra de intereses de los Países Miembros

La Secretaría General indica que la República Bolivariana de Venezuela alegó ser el País Miembro que ha cumplido

con más fases del desmonte de las subpartidas exceptuadas de la aplicación del Arancel Externo Común, concluyendo “*que la Secretaría General, al no tomar en cuenta las razones por las cuales los Países Miembros incumplían tales compromisos, sino, por el contrario, demandar el incumplimiento, estaría actuando en contra de los intereses de los Países Miembros...*”.

Al respecto la Secretaría General argumenta que “*los propios Países Miembros le han atribuido dentro de sus funciones enumeradas en el artículo 30 del Acuerdo de Cartagena, la de velar por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina...*”.

Sostiene que los argumentos de la República Bolivariana de Venezuela “*admiten implícitamente la veracidad de la conducta señalada, con lo cual el incumplimiento además de ser ‘objetivo’, resulta también ‘no discutido’ de acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina...*”.

Conclusión

La Secretaría General ratifica su pretensión para que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina declare el incumplimiento objetivo por parte de la República Bolivariana de Venezuela.

Con vista en lo anterior, **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,**

CONSIDERANDO:

Que el Tribunal es competente para conocer de la presente controversia en virtud de las previsiones de los artículos 23 y 24 de su Tratado de Creación, concordantes con las normas del Capítulo I, Título II de su Estatuto y del Título II de su Reglamento Interno, en las que se regula lo relativo a la Acción de Incumplimiento;

Que se han observado las formalidades inherentes a la Acción de Incumplimiento, sin que exista irregularidad procesal alguna que invalide lo actuado; y

Que el estado de la causa es el de dictar sentencia, para lo cual el Tribunal estima necesario referirse a los siguientes aspectos:

1. Naturaleza jurídica de la Acción de Incumplimiento

La acción de incumplimiento es uno de los mecanismos jurisdiccionales que posibilita el control del cumplimiento por parte de los Países Miembros de las obligaciones y compromisos que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se encuentra regulada en los artículos 23 a 27 del Tratado de Creación del Tribunal y en los artículos 107 a 120 de su Estatuto, en virtud de cuya normativa corresponde al Tribunal conocer de las acciones de incumplimiento que sean interpuestas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, los Países Miembros, o las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro.

En reiteradas sentencias, este Tribunal Comunitario se ha referido a la naturaleza de la acción de incumplimiento, habiendo sostenido que, a través de ella se persigue

garantizar la observancia de los objetivos del proceso de integración dentro de la Comunidad Andina, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los Países Miembros desde la firma del Acuerdo de Cartagena. Este Tribunal asegura la obediencia de la normativa jurídica andina así como el control de la legalidad del sistema, de acuerdo con lo previsto en su Tratado de Creación, que lo consagra como órgano jurisdiccional de la comunidad, con competencias para declarar e interpretar uniformemente el derecho comunitario y dirimir las controversias que surjan del mismo.

Los artículos 23, 24 y 25 del Tratado de Creación del Tribunal establecen las etapas que necesariamente tienen que agotarse ante el órgano ejecutivo de la comunidad, indicando que, la Secretaría General, un País Miembro o un particular afectado, podrán iniciar la investigación por un posible incumplimiento de un País Miembro de sus obligaciones asumidas a nivel comunitario, debiendo en cualquier caso la Secretaría General formular las observaciones por escrito a dicho País, a través de la nota correspondiente en la que se expresen los motivos que hacen presumir que la conducta cuestionada no se adecúa al ordenamiento jurídico comunitario, indicando las normas comunitarias supuestamente infringidas. Por su parte, el País Miembro deberá, en el plazo establecido, dar respuesta a la nota de observaciones, vencido el cual, habiendo o no respuesta del País Miembro afectado, la Secretaría General emitirá un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones acusadas.

Según lo previsto en los artículos citados del Tratado, y 107 y 108 del Estatuto, podrán iniciar la acción judicial de incumplimiento ante este Tribunal, la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas legitimadas, exigiéndose para ello que: (i) haya sido emitido el dictamen de incumplimiento, ante lo cual la propia Secretaría General podrá interponer la acción en el plazo establecido, o si no lo hace dentro de dicho plazo, el País Miembro reclamante o el particular afectado, podrán interponerla directamente; o, (ii) en caso de no haberse emitido dictamen motivado alguno dentro del lapso señalado, o si el dictamen emitido no ha sido de incumplimiento, el País Miembro o el particular afectado podrán acudir al Tribunal en acción de incumplimiento.

Adicionalmente, es necesario que entre la nota de observaciones, el dictamen de incumplimiento y la demanda judicial exista congruencia suficiente, de tal forma que las conductas objeto de la acusación de incumplimiento sean las mismas en los tres momentos antes referidos, de modo que las pretensiones de la demanda resulten acordes con las conductas de acción o de omisión que fueron consideradas en el dictamen y en la nota de observaciones. En reiterada jurisprudencia el Tribunal ha sostenido que entre la nota de observaciones, el dictamen de incumplimiento y la demanda judicial debe existir *“suficiente congruencia... para que así se esté asegurando la unidad del objeto de la acción y garantizando el derecho de defensa del país vinculado como sujeto pasivo de la controversia”* (Sentencia emitida dentro del Proceso 01-AI-96, publicada en la G.O.A.C. N° 234 de 21 de abril de 1997. Caso: pipeline).

Finalmente, cabe reiterar lo que el Tribunal ha manifestado respecto del dictamen de incumplimiento que debe emitir la Secretaría General, en el sentido de que *“ha de ser el resultado congruente de las actuaciones desplegadas a lo*

largo del procedimiento, en particular de la nota de observaciones”; declarando además que *“los motivos que contenga el «dictamen» también deben mantener suficiente congruencia con los fundamentos de la demanda”*.

También precisó que con la contestación de la demanda *“quedarán fijados los términos concretos de la controversia”*, puntualizando que el objeto de la audiencia oral, *“no es el de presentar nuevos argumentos –salvo que hayan acaecido con posterioridad a la demanda o a la contestación–, ni de ampliar las cuestiones litigiosas concretadas en las referidas piezas procesales, ni tampoco de ofrecer nuevas pruebas ...”*. (Sentencia emitida en el Proceso 43-AI-99, publicada en la G.O.A.C. N° 620 de 23 de noviembre del 2000. Caso: restricciones a la importación de azúcar originaria de Colombia).

2. Las pruebas

Obran en autos, adjuntados a la demanda en calidad de prueba, los siguientes documentos: (i) copia de la Decisión 370 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena de 26 de noviembre de 1994, publicada en la G.O.A.C. N° 166 de 2 de diciembre de 1994, sobre Arancel Externo Común (folios 11 a 14, Anexo B); (ii) copia de la Decisión 466 de la Comisión de la Comunidad Andina de 25 de mayo de 1999, publicada en la G.O.A.C. N° 446 de 4 de junio de 1999 referente a la prórroga de los plazos establecidos en la Decisión 370 para la última etapa de desmonte de la lista de excepciones al Arancel Externo Común (folios 15 y 16, anexo C); (iii) copia de la Decisión 465 de la Comisión de la Comunidad Andina de 25 de mayo de 1999, publicada en la G.O.A.C. N° 445 de 2 de junio de 1999 sobre la modificación y actualización de los Anexos 1,2,3 y 4 de la Decisión 370, correspondiente al Arancel Externo Común (folio 17, anexo D); (iv) copia de la Nota de Observaciones S.G./2.1/2378/2000 del 6 de octubre del 2000 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (folios 19 y 20, anexo E); (v) copia de la respuesta de Venezuela a la referida Nota de Observaciones de fecha 23 de octubre del 2000 (folio 21, anexo F); (vi) copia de la Resolución 456 de la Secretaría General de la Comunidad Andina de 29 de noviembre del 2000, publicada en la G.O.A.C. N° 622 de 30 de noviembre del 2000, que contiene el Dictamen de Incumplimiento 37-2000 (folios 23 a 24, anexo G); (vii) copia de la Resolución 428 de la Secretaría General de la Comunidad Andina de 13 de septiembre del 2000, publicada en la G.O.A.C. N° 599 de 15 de septiembre del 2000 que contiene el Dictamen de Cumplimiento 30-2000 (folio 27, anexo H).

Como anexo se encuentra, además: (i) copia de la Decisión 408 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de 25 de junio de 1997, publicada en la G.O.A.C. N° 273 de 4 de julio de 1997 que contiene la elección del Secretario General de la Comunidad Andina (folio 10).

En lo que se refiere a la falta de contestación oportuna de la demanda, el Tribunal reitera que, dado el caso, se tendrá ésta por contradicha, es decir, que se presumirá que el País Miembro demandado la niega en todos sus términos y pretende su desestimación, sin que ello signifique que los hechos sostenidos en su escrito de conclusiones presentado con motivo de la Audiencia Pública y los documentos acompañados como prueba se tengan como substitutivos de los que pudo hacer valer oportunamente. Sin embargo, los argumentos que estuvieren respaldados en pruebas que

hayan sido legalmente presentadas por la parte contraria, y que sean pertinentes, serán estimados. Al respecto conforme a lo señalado por el Tribunal con base en el artículo 74 de su Estatuto, se estima pertinente reiterar que: *“...las pruebas deben ofrecerse, decretarse, practicarse e incorporarse al proceso en la forma, oportunidades y términos señalados en el citado instrumento. Y en la doctrina se ha precisado que un documento tendrá validez como prueba si cumple ciertos requisitos que ‘pueden radicar en el documento o en el procedimiento para su aportación al proceso’, señalando como una de tales exigencias el que los documentos ‘hayan sido llevados y admitidos al proceso en oportunidad y con los requisitos legales, porque si bien su incumplimiento no vicia de nulidad el documento en sí mismo, sí invalida su aportación y le quita su valor como prueba’ (DEVIS ECHANDIA, HERNANDO. “Compendio de Derecho Procesal”, Tomo II, Pruebas Judiciales; séptima edición; páginas 411 y 417)”* (Sentencia emitida en el Proceso 34-AI-2001, publicada en la G.O.A.C. N° 839 de 25 de septiembre del 2002. Caso: patente de segundo uso). En el caso de autos, la contestación a la demanda fue presentada de forma extemporánea por lo que se la tuvo por contradictoria y en consecuencia sólo se tendrán en cuenta las pruebas aportadas por la parte actora, que serán apreciadas por este Tribunal con el mérito que corresponda.

3. Objeto del Incumplimiento

En el caso *subiudice*, la Secretaría General ha interpuesto su demanda *“De acuerdo con lo previsto en el artículo 23 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”* (folio 1), por lo que el objeto del incumplimiento respecto del cual el Tribunal deberá pronunciarse, *“se encuentra circunscrito en definitiva a ‘la conducta que ha sido objeto de observaciones’, en los términos del segundo párrafo del artículo 23...”* (Sentencia emitida en el Proceso 91-AI-2000, publicada en G.O.A.C. N° 721 del 17 de septiembre del 2001. Caso: Arancel Externo Común, Ecuador).

En efecto, el 6 de octubre del 2000 la Secretaría General emitió la Nota de Observaciones SG/ F2.1/2378/2000 en la cual estableció que *“el Gobierno de Venezuela, al no haber retirado el 31 de julio de 2000 el grupo residual de las subpartidas de su lista de excepciones del Arancel Externo común, y no haberlo comunicado a la Secretaría General, estaría incurriendo en un incumplimiento flagrante de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, en particular del artículo 4 del Tratado... y de la Decisión 466...”*. El 13 de octubre del 2000, por oficio N° 000717 el Gobierno de Venezuela dio respuesta a la Nota de Observaciones, e hizo valer la Resolución N° 428 de la propia Secretaría General, que contiene el *“Dictamen de Cumplimiento 30-2000 por parte de la República Bolivariana de Venezuela en la aplicación del Arancel Externo Común”*, de fecha 13 de septiembre del 2000, mediante el cual la Secretaría determinó que, en el citado País Miembro, a través del Decreto 523 del 3 de agosto del 2000, *“se han adoptado los aranceles nacionales... de conformidad con las Decisiones 370 y 465 para el grupo de subpartidas mencionadas en el primer considerando de la presente Resolución”*. Las subpartidas mencionadas en el primer considerando de la Resolución son *“... las subpartidas NANDINA que informó haber retirado de la*

lista de excepciones al Arancel Externo Común vigente al 31 de julio de 1999 (20% de subpartidas) y al 31 de enero del 2000 (40% de subpartidas)...”.

El 30 de noviembre del 2000 fue publicada, en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 622, la Resolución N° 456, contentiva del *“Dictamen 37-2000 de Incumplimiento por parte del Gobierno de Venezuela al no retirar de su lista de excepciones al Arancel Externo Común, el grupo residual de subpartidas NANDINA pertenecientes al Anexo 4 de la Decisión 370, reemplazado mediante la Decisión 465”*, por el cual se imputó al Gobierno de Venezuela haber incurrido *“en incumplimiento flagrante del ordenamiento jurídico andino, y en particular de la Decisión 466 de la Comisión y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”*.

Finalmente, el 3 de junio del 2002, la Secretaría General ejerció la acción de incumplimiento contra la República Bolivariana de Venezuela y solicitó el pronunciamiento del Tribunal *“con respecto a la omisión por parte del Gobierno de Venezuela en el desmonte de las subpartidas NANDINA restantes que figuran en el Anexo 4 de la Decisión 465 que debió materializarse antes del 31 de julio de 2000 y/o la comunicación de tal acción a la Secretaría General. Dicha conducta califica como un incumplimiento objetivo del artículo 90° del Acuerdo de Cartagena, las Decisiones 370 y 466 de la Comisión y el artículo 4° Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”*.

De lo expuesto se desprende que el procedimiento administrativo previo se desarrolló en debida forma y que, en lo que concierne al hecho constitutivo del incumplimiento del País Miembro demandado, se guardó la congruencia necesaria entre la Nota de Observaciones, el Dictamen de Incumplimiento y la demanda ejercida por la Secretaría General de la Comunidad, por lo que el Tribunal considera que se ha dado a la República Bolivariana de Venezuela oportunidad para que argumente sobre la conducta observada, garantizándole su derecho de contradicción y defensa.

En consecuencia, una vez comprobada la existencia de la debida congruencia que mantiene la demanda judicial referente al dictamen de incumplimiento y a la respectiva nota de observaciones, considera el Tribunal que el objeto del incumplimiento denunciado se circunscribe a la conducta atribuida a la República Bolivariana de Venezuela de no haber efectuado el *“desmonte de las subpartidas NANDINA restantes que figuran en el Anexo 4 de la Decisión 465 que debió materializarse antes del 31 de julio de 2000 y/o la comunicación de tal acción a la Secretaría General”*.

Se ha señalado que la República Bolivariana de Venezuela debía haber dado cumplimiento al traslado del grupo residual de subpartidas correspondientes a la lista de excepciones establecida en el Anexo 4 de la Decisión 370, modificada por la Decisión 465, dentro del plazo fijado en el artículo 3 de la Decisión 466, ya que si bien a través de la Decisión 370 por la que se adoptó el Arancel Externo Común, correspondía a Venezuela reducir gradualmente de su lista de excepciones fijada como anexo 4, mediante su traslado al Anexo 1, con la finalidad de consolidar la unión aduanera en determinada fecha, la propia Comisión amplió posteriormente el plazo de desmonte mediante la Decisión

466, en tres etapas: hasta el 31 de julio de 1999 (20% de la lista), hasta el 31 de enero del 2000 (40% de la lista), y hasta el 31 de julio del 2000 (el grupo residual).

Por lo tanto, el objeto del incumplimiento demandado radica en que Venezuela no ha cumplido con trasladar el grupo residual de subpartidas del Anexo 4 al Anexo 1, conforme a lo establecido por la Decisión 466 en su artículo 3, lo que constituiría una falta de aplicación del Arancel Externo Común (artículo 90 del Acuerdo de Cartagena), y de la normativa andina establecida en las Decisiones 370, modificada parcialmente por la 465 y la 466, ambas de la Comisión de la Comunidad Andina, así como del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal.

4. Consideraciones sobre el supuesto incumplimiento del artículo 90 del Acuerdo de Cartagena, de las Decisiones 370 y 466 de la Comisión y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal

Como mecanismo fundamental para lograr los objetivos del sistema de integración andina se encuentra la aplicación del Arancel Externo Común que según el cual, conforme al artículo 90 del Acuerdo de Cartagena, el Tribunal ha indicado que *“Los Países Miembros se comprometen a poner en aplicación un Arancel Externo Común en los plazos y modalidades que establezca la Comisión”*. Sobre este compromiso, el Tribunal ha establecido que *“... cuando se trata de construir una unión aduanera que abarque el territorio de varios países, lo esencial para que ello suceda es que cada uno de los territorios comprometidos se unifique con los otros para conformar, por una parte, un solo territorio dentro del cual las mercancías se muevan libremente sin sujeción al pago de aranceles aduaneros y por otra, un bloque unificado que en sus relaciones comerciales frente a terceros exija el pago de aranceles uniformes o comunes. Esto último, significa que, como acontece con otras medidas que deben armonizarse o integrarse, los Países Miembros renuncian a legislar soberanamente en materia de aranceles, pues tal facultad queda deferida, o si se quiere, delegada a los órganos competentes de la respectiva comunidad... el Arancel Externo Común representa en la formación de la unión económica andina uno de los mecanismos decisivos para lograr el cumplimiento de los objetivos propuestos. Sin él no puede hablarse de mercado común y, por supuesto, sin el estricto respeto por parte de los Países Miembros a las normas que lo conciben en el Tratado y que lo desarrollan y ponen en vigencia mediante Decisiones de la Comisión, poco o nada serio y efectivo podría considerarse dicho proceso. Constituye con el programa de liberación, el ámbito indispensable para la construcción del mercado ampliado. Es en otras palabras parte sustancial de la existencia del mercado andino...”* (Sentencia emitida en el Proceso 07-AI-98, publicada en la G.O.A.C. N° 490 de 4 de octubre de 1999. Caso: aranceles nacionales distintos al Arancel Externo Común, Ecuador).

Respecto de las Decisiones relacionadas con el supuesto incumplimiento, cabe indicar que, a través de la Decisión 370 de la Comisión, los Países Miembros aprobaron la estructura del Arancel Externo Común, a cuyo efecto especificaron los niveles arancelarios para cada subpartida en el Anexo 1 de la misma, y autorizaron a Colombia, Ecuador y Venezuela para presentar, a la entonces Junta, hasta el 15 de diciembre de 1994, una lista de subpartidas NANDINA a objeto de exceptuarlas de la aplicación del

Arancel Externo Común, subpartidas que se constituyeron en el Anexo 4 de la citada Decisión. Venezuela, al igual que Colombia y Ecuador, se comprometió a reducir anualmente 50 subpartidas de su lista de excepciones, mediante su traslado del Anexo 4 al Anexo 1, durante un período de tres años, y a eliminar en el cuarto año el grupo residual. Posteriormente, mediante la Decisión 465 la Comisión dispuso reemplazar los Anexos 1, 2, 3 y 4 de la Decisión 370 por los Anexos que figuran en aquella Decisión. Por último, a través de la Decisión 466, la Comisión decidió prorrogar los plazos establecidos en la Decisión 370 y dispuso que *“A más tardar el 31 de julio del 2000, Colombia, Ecuador y Venezuela retirarán de sus listas de excepciones al Arancel Externo Común, mediante el traslado al Anexo 1 de la Decisión 370... el grupo residual de subpartidas NANDINA”*.

En el caso de autos, demandado el incumplimiento por parte del Gobierno de Venezuela, al no desmontar las subpartidas NANDINA restantes que figuran en el Anexo 4 de la Decisión 465, desmonte que debió materializarse hasta el 31 de julio del 2000, se observa que el citado País Miembro no controvertió el hecho constitutivo del incumplimiento, ni consta que haya dado cumplimiento al compromiso de retirar de su lista de excepciones al Arancel Externo Común, al 31 de julio del 2000, el grupo residual de subpartidas NANDINA, por lo que se trata de un incumplimiento objetivo y no discutido, en los términos ya declarados por la jurisprudencia del Tribunal: *“la infracción de la que se acusa a la República del Ecuador constituye lo que la jurisprudencia de este Tribunal (por todas, véase la sentencia del 22 de marzo del 2000 emitida dentro del proceso 16-AI-99; caso Secretaría General/Venezuela por infracción al Arancel Externo Común) y la del Europeo conciben como un «incumplimiento objetivo» y, además, «no discutido». Es «objetivo» en razón de que se determina por la simple confrontación de las normas comunitarias vulneradas y la acción u omisión del país contraventor. Es, por otra parte «no discutido», en virtud de que no hubo contradicción por la demandada de los hechos alegados por la Secretaría General en lo relativo al no acatamiento de los plazos previstos en la Decisión 466”* (Sentencia emitida en el Proceso 91-AI-2000, ya citada).

Finalmente, sobre el incumplimiento de las obligaciones que se desprenden del artículo 4 del Tratado del Tribunal, se ha señalado que a través de dicha norma, los Países Miembros han adquirido *“... doble obligación: una de carácter positivo, de ‘hacer’; y otra de orden negativo, de ‘no hacer’*. Por la primera, los Países Miembros deben adoptar toda clase de medidas que garanticen el cumplimiento de la normativa andina, es decir, de las obligaciones y compromisos adquiridos en virtud del derecho originario y de las que corresponda por mandato de las normas secundarias o derivadas. Por otra parte, en virtud de la segunda obligación, el País Miembro debe abstenerse de toda medida así sea legislativa, judicial, ejecutiva o administrativa del orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámese leyes, reglas, procedimientos, requisitos, decisiones, decretos, resoluciones, acuerdos, dictámenes, sentencias o providencias que puedan obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino...” (Sentencia emitida en el Proceso 16-AI-99, publicada en la G.O.A.C. N° 581 de 12 de julio del 2000. Caso: aranceles nacionales distintos al Arancel Externo Común, Venezuela).

En consecuencia, la República Bolivariana de Venezuela, al no haber retirado de su lista de Excepciones al Arancel Externo Común al 31 de julio del 2000, el grupo residual de subpartidas NANDINA, ha incurrido en incumplimiento objetivo y no discutido de la normativa andina, en especial del artículo 90 del Acuerdo de Cartagena, del artículo 3 de la Decisión 466 de la Comisión, y del artículo 4 del Tratado de Creación de este Tribunal.

5. Consideraciones sobre la Decisión 535

En fecha 14 de octubre del 2002, la Comisión, considerando “*las Directrices números 11, 12, 13, 14, 15 y 16, mediante las cuales se aprobaron los lineamientos para la adopción de un arancel externo común para ser aplicado por los Países Miembros a más tardar el 31 de diciembre de 2003, el mismo que deberá sustituir el Arancel Externo Común vigente a la fecha*”, resolvió, a través de la Decisión 535, aprobar el Arancel Externo Común que figura en el Anexo 1 de la Decisión citada, en la cual también consta que la estructura arancelaria y el mecanismo de medidas correctivas allí previstos entrarán en vigencia a partir del 1° de enero del 2004, por lo que, en virtud del principio de irretroactividad del ordenamiento jurídico comunitario, no hay duda de la vigencia de las Decisiones 370 y 466 de la Comisión, así como de la validez y eficacia de las obligaciones allí establecidas y cuyo incumplimiento ha sido denunciado, máxime si durante la vigencia de las Decisiones 370 y 466 se han podido producir situaciones jurídicas concretas, de las que emergen derechos, susceptibles de ser violados, lo que apareja responsabilidades que no pueden ser ignoradas ni desconocidas por la nueva normativa.

Con fundamento en las consideraciones anteriores:

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en ejercicio de la competencia que le asigna la Sección Segunda, del Capítulo III, de su Tratado de Creación

DECIDE

PRIMERO: Declarar el incumplimiento por parte de la República Bolivariana de Venezuela del artículo 90 del Acuerdo de Cartagena, del artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal, y del artículo 3 de la Decisión 466 de la Comisión, al no haber trasladado dentro del plazo previsto, esto es, hasta el 31 de julio del 2000, del Anexo 4 al Anexo 1 de la Decisión 370, actualizados mediante Decisión 465, el grupo residual de subpartidas NANDINA incluidas en su lista de excepciones al Arancel Externo Común.

SEGUNDO: De conformidad con lo dispuesto por el artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal, la República Bolivariana de Venezuela deberá adoptar las medidas necesarias a fin de hacer cesar el incumplimiento de las normas comunitarias señaladas.

TERCERO: Condenar a la demandada al pago de las costas causadas con ocasión de la presente acción de incumplimiento, de conformidad con el artículo 81 de su Reglamento Interno, y con vista de la respectiva solicitud formulada en el escrito de demanda.

Notifíquese la presente sentencia conforme a lo dispuesto en el artículo 98 del Estatuto del Tribunal, y remítase copia certificada a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo previsto en el artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal.

Rubén Herdoíza Mera
PRESIDENTE

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Walter Kaune Arteaga
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

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

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

ACUERDO DE CARTAGENA

N° 05-AI-98

SUMARIO POR INCUMPLIMIENTO DE SENTENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.- San Francisco de Quito, veintiuno de enero del año dos mil cuatro.

VISTOS:

El auto del 22 de agosto del 2001, mediante el cual el Tribunal autorizó a los Gobiernos de los Países Miembros de la Comunidad Andina “para que procedan a la imposición temporal de un gravamen adicional del 5%, a las importaciones que realicen a sus territorios, procedentes y originarias del Ecuador, de cinco productos a su elección”, como consecuencia del desacato de la sentencia de incumplimiento dictada en el Proceso 05-AI-98;

El auto del 29 de octubre del 2003, mediante el cual el Tribunal solicitó opinión, a los demás Países Miembros y a la Secretaría General de la Comunidad Andina, acerca del contenido del oficio remitido por el Director de Patrocinio

del Estado y Delegado del Procurador General de Ecuador, a través del cual solicita que "... se dicte el Auto correspondiente con el que se deje sin efecto las sanciones impuestas, y se ordene el archivo definitivo del proceso";

La comunicación SG-C/0.5/1991/2003, recibida vía fax en este Tribunal el 4 de noviembre del 2003, en la cual la Secretaría General de la Comunidad Andina manifiesta que "la solicitud de levantamiento de sanciones presentada por el Gobierno del Ecuador resulta procedente, salvo mejor opinión del Tribunal";

La comunicación DIE/LFF/MB/454 del 10 de noviembre del 2003, recibida por este Tribunal vía fax en la misma fecha, mediante la cual el Director de Integración Económica, del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia, opina que el Gobierno del Ecuador "ajustó los niveles arancelarios a lo previsto en el Convenio de Complementación del Sector Automotor, para las subpartidas correspondientes a Camiones hormigoneros y para sondeo y perforación, entre otros, no conocemos la norma que hace lo propio con los vehículos automóviles destinados al servicio público (taxis), vehículos para el transporte masivo urbano Chasises (sic) que se encontraban en niveles arancelarios diferentes a los previstos en el anotado Convenio", por lo que solicita que "de existir la norma correspondiente nos la haga llegar, de lo contrario, consideraríamos que el Gobierno de Ecuador cumplió parcialmente con la sentencia ...";

El auto del 12 de noviembre del 2003, a través del cual el Tribunal decidió "Requerir al Gobierno ecuatoriano, para que en el término de cinco días, cumpla con remitir a este Tribunal, copias de la Regulación N° 037-99 de 28 de julio de 1999, mediante la cual se derogó la Regulación de la Junta Monetaria 974-96 y de la parte pertinente del anexo integrante del Decreto 2429 mediante el cual se derogó el Decreto Ejecutivo 2486";

El escrito remitido por el Director de Patrocinio del Estado y Delegado del Procurador General de Ecuador, recibido por el Tribunal en fecha 17 de noviembre del 2003, a través del cual informa que "en la actualidad se han eliminado las distorsiones en el Régimen Arancelario relativo a las importaciones de vehículos, material CKD, chasis y otros componentes para vehículos, dando así cumplimiento al Convenio de Complementación Industrial del Sector Automotor. En este sentido se reitera la necesidad de que se revea la decisión de la sanción adoptada mediante Auto expedido con fecha 22 de agosto de 2001"; adjunta, entre otros documentos, dos copias simples de la primera página del Registro Oficial Suplemento N° 547 del 3 de abril del 2002, contenido del Decreto 2429, relativo al "Arancel Nacional de Importaciones" (folios 290 y 292), copia simple de las páginas 2 y 304 de dicho Registro Oficial Suplemento N° 547 (folios 291 y 293), y copia simple de las páginas 30 y 31 del Registro Oficial N° 252 del 11 de agosto de 1999, contenido de la Regulación N° 037-99 del Directorio del Banco Central del Ecuador (folios 294 y 295);

El escrito presentado por el Director de Patrocinio del Estado y Delegado del Procurador General de Ecuador, recibido en el Tribunal el 18 de noviembre del 2003, a través del cual manifiesta, a propósito de los instrumentos internos requeridos por el Tribunal mediante auto del 12 de noviembre del 2003, "como alcance y aclaración al escrito

presentado con fecha 17 de noviembre del presente año", que "La tabla del Arancel Nacional de Importaciones actualmente vigente, expedido mediante Decreto Ejecutivo N° 2429 ... señalaba un porcentaje diverso al establecido en el Convenio de Complementación Automotriz dentro de la categoría 87.05 ... Sin embargo este error ha sido subsanado mediante promulgación del Decreto Ejecutivo N° 876, publicado en el Registro Oficial N° 182 del 2 de octubre de 2003", cuya copia simple adjunta como anexo 1 (folios 299 a 302); que "Sin embargo, por error mecanográfico involuntario, se hace constar a la subpartida 'Coche barredera' con el código '8705901100' cuando lo correcto sería el código '8705901000'. Este error fue corregido en la fe de erratas publicada en el Registro Oficial N° 211 del viernes 14 de noviembre de 2003", cuya copia simple remite como anexo 2 (folio 303); y que la Regulación de la Junta Monetaria N° 974-96 que "contenía incompatibilidades con el Convenio de Complementación Automotriz fue subsanada con la elaboración de la regulación N° 037-99 de 28 de julio de 1999", cuya copia simple vuelve a adjuntar como anexo 3 (folios 306 a 307); y,

La comunicación SG-C/0.5/2104/2003, recibida vía fax en este Tribunal el 19 de noviembre del 2003, a través de la cual el Director General encargado de la Secretaría General de la Comunidad Andina, "como alcance a la comunicación SG-C/0.5/1991/2003 de fecha 4 de noviembre de 2003...", considera que "en el expediente no existen pruebas o indicios que permitan al Tribunal declarar que la República del Ecuador continúa en incumplimiento, más aún cuando la parte actora en el proceso que dio lugar a la sentencia considera que sus pretensiones han quedado satisfechas con la adopción de las medidas adoptadas por la República del Ecuador dirigidas a dar cumplimiento a las normas del Convenio Automotor", por lo que "reitera al Tribunal su opinión de que la solicitud de levantamiento de sanciones presentada por el Gobierno del Ecuador resulta procedente".

CONSIDERANDO:

Que el Tribunal, en la sentencia dictada el 1° de septiembre de 1999 en el Proceso 05-AI-98, declaró que la República del Ecuador había incurrido "en contravención del artículo 5° del Tratado de Creación del Tribunal (actual artículo 4°), el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena, así como en violación de los compromisos adquiridos en el Convenio de Complementación en el Sector Automotor suscrito entre Colombia, Ecuador y Venezuela, el 13 de septiembre de 1993 y de los artículos 2 de la Decisión 282 y 7 de la Decisión 370 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, al expedir los Decretos Ejecutivos 2486, publicado en el Registro Oficial de 31 de enero de 1995; 3380, 3381 y 3388, publicados en enero de 1996, así como al emitir la Regulación de la Junta Monetaria N° 974-96 de 26 de marzo de 1996 y, dictar la Ley Interna N° 84, publicada en el Registro Oficial 323 de 22 de mayo de 1998", y exhortó a la República del Ecuador a "eliminar las distorsiones en el Régimen Arancelario relativo a las importaciones de vehículos, material CKD, chasis y otros componentes para vehículos, de modo que se conformen a los compromisos asumidos en la materia, en aplicación del Ordenamiento Jurídico Andino";

Que si bien el Tribunal ha podido constatar, en la parte pertinente del anexo del Decreto 2429, relativo al "Arancel Nacional de Importaciones", publicado en el Registro

Oficial Suplemento N° 547 de 3 de abril del 2002, que la casi totalidad de sus partidas arancelarias guarda concordancia con las del Convenio de Complementación en el Sector Automotor, del 13 de septiembre de 1993, también ha podido observar que el arancel fijado en el Decreto 2429 en referencia aún no coincide con el previsto en el citado Convenio en lo que concierne a la subpartida NANDINA 87049000, cuya descripción es: "Demás vehículos para el transporte de mercancías, excepto con motor de émbolo o pistón de encendido por compresión (diesel o semidiesel), o de encendido por chispa";

Que de autos se desprende que, si bien no ha finalizado el desacato de la sentencia dictada por este Tribunal en fecha 1° de septiembre de 1999, en el Proceso 05-AI-98, el Gobierno de la República del Ecuador ha ido ajustando su régimen arancelario a la norma comunitaria establecida en el Convenio de Complementación en el Sector Automotor; y,

El artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal, así como los artículos 35, 119 y 120 de su Estatuto.

DECIDE:

Primero: Levantar parcialmente la sanción impuesta por auto del 22 de agosto del 2001, modificándola en el sentido de mantener sobre un (1) solo producto, precedente y originario del Ecuador, a elección de los demás Países Miembros, la imposición temporal de un gravamen adicional del cinco por ciento (5%) sobre las importaciones que de dicho producto realicen aquellos Países, hasta tanto la República del Ecuador demuestre fehacientemente ante el Tribunal que ha adoptado las medidas necesarias para dar ejecución plena a la sentencia de incumplimiento dictada en su contra el 1° de septiembre de 1999.

Segundo: Autorizar a los Gobiernos de los demás Países Miembros para que hagan efectiva la sanción modificada en este auto, a partir de su notificación. Los mencionados Gobiernos deberán informar a este Tribunal acerca del producto sobre el cual aplicarán el referido gravamen adicional.

NOTIFIQUESE este auto a la Secretaría General de la Comunidad Andina y a la República del Ecuador.

COMUNIQUESE a la Comisión y a los demás Países Miembros. **PUBLIQUESE** en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Rubén Herdoíza Mera
PRESIDENTE

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Walter Kaune Arteaga
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

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

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

ACUERDO DE CARTAGENA

50-AI-2002

SUMARIO POR INCUMPLIMIENTO DE SENTENCIA

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, a los once días del mes de febrero del año dos mil cuatro.

VISTOS:

El escrito de 9 de diciembre del año 2003 en el que la República del Perú manifiesta que se ha expedido el Decreto Supremo N° 038-2003-AG, publicado en el Diario Oficial El Peruano del 7 de diciembre del 2003, mediante el cual se derogan los artículos 2 y 3 del Decreto Supremo 029-99-AG del 13 de agosto de 1999, así como el Decreto Supremo N° 002-2001-AG del 17 de enero del 2001; el comunicado explica que a través de la expedición del mencionado Decreto Supremo se ha dado pleno cumplimiento a la sentencia emitida dentro del proceso 50-AI-2002.

El Decreto Supremo N° 038-2003-AG, publicado en el Diario Oficial El Peruano del 7 de diciembre del 2003.

El auto de 21 de enero del 2004 mediante el cual se decidió poner en conocimiento de los demás Países Miembros y de la Secretaría General el memorial presentado por la República del Perú, el día 9 de diciembre del 2003, con el objeto de que dentro del término de 5 días emitan sus opiniones.

Que los demás Países Miembros no opinaron sobre el traslado.

El oficio N° SG-C/05/194/2004 de 29 de enero del 2004, suscrito por el Secretario General de la Comunidad Andina en el que se afirma. "Me dirijo a usted con relación a su comunicación de fecha 26 de enero del 2004, mediante la cual hace de conocimiento de esta Secretaría General la publicación del Decreto Supremo N° 038-2003-AG, de fecha 7 de diciembre del 2003, emitida por la República del Perú.

Al respecto, cumpla con informarle que en opinión de esta Secretaría, con la publicación del referido Decreto

Supremo, la República del Perú ha dado cabal cumplimiento a la sentencia emitida en el proceso 50-AI-02."

CONSIDERANDO

Que la sentencia cuyo acatamiento se investiga por el Tribunal declaró que la República del Perú incurrió en incumplimiento de las Normas Andinas contenidas en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, la Decisión 515 de la Comisión, así como de la Resolución 431 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, e impuso a dicho país la obligación de adoptar las medidas necesarias a fin de hacer cesar el incumplimiento de las normas comunitarias, especialmente eliminando de su ordenamiento jurídico las normas que, dentro del Decreto Supremo 029-99- AG, se han señalado como contrarias al ordenamiento comunitario.

Que al expedirse el Decreto Supremo N° 038- 2003-AG, por medio del cual, en su artículo 1° se dispone dejar sin efecto los artículos 2° y 3° del Decreto Supremo N° 029-99-AG del 13 de agosto de 1999, así como el Decreto Supremo N° 002-2001-AG del 17 de enero del 2001, se ha dado pleno cumplimiento a la sentencia emitida dentro del proceso 50-AI-2002, por lo que se hace necesario, en aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 116 del Estatuto, disponer la cesación del procedimiento sumario y el archivo de los autos.

DECIDE

Disponer la cesación del procedimiento sumario iniciado mediante auto de 10 de septiembre del 2003 con miras a determinar el cumplimiento de la sentencia proferida el 14 de mayo del 2003 dentro del proceso 50-AI-2002. Archívese el expediente. **NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.**

Walter Kaune Arteaga
PRESIDENTE

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

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

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

ACUERDO DE CARTAGENA

135-IP-2003

Interpretación prejudicial de los artículos 81, 82 literal a) y 83 literales a) y d) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador. Actor: FERRERO S.p.A. Marca: "NUTTELINI". Proceso interno N° 2679-AI.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, Quito a los once días del mes de febrero del año dos mil cuatro.

En la solicitud sobre interpretación prejudicial formulada por la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador, por intermedio de su Presidente, doctor Víctor Terán Martínez.

VISTOS:

Que la solicitud recibida por este Tribunal el 24 de noviembre del año 2003, se ajustó a los requisitos establecidos por el artículo 125 de su Estatuto, aprobado mediante Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina y que, en consecuencia, fue admitida a trámite por medio de auto de cuatro de febrero del año 2004.

2. ANTECEDENTES:

1.1 Partes

Actúa como demandante la sociedad FERRERO S. p. A., siendo demandado el Ministerio de Industrias, Comercio, Integración y Pesca, Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, representada por su Director Nacional encargado. Se constituye en tercero interesado a la sociedad COLOMBINA S. A.

1.2 Actos demandados

La interpretación se plantea en razón de que la sociedad FERRERO S.p.A., solicita que sea declarada la nulidad de la Resolución N° 0947523, de 26 de diciembre de 1995, expedida por el Director Nacional de Propiedad Industrial (e), del Ministerio de Industrias, Comercio, Integración y Pesca de la República del Ecuador, mediante la cual declaró infundada la observación presentada por la sociedad actora, formulada con base en las marcas "NUTELLA" y NUTELLA FERRERO y dibujo", que amparan productos de la Clase 30 y, concedió el registro como marca para la denominación "NUTTELINI", solicitada por la sociedad COLOMBINA S. A., para distinguir también productos de la Clase Internacional 30.

1.3 Hechos relevantes

Del expediente remitido por la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador, han podido ser destacados los siguientes aspectos:

a) Los hechos

- El 23 de noviembre de 1994, la sociedad COLOMBINA S. A. presentó solicitud para obtener registro como marca, respecto de la denominación "NUTTELINI", destinada a amparar productos de la clase N° 30 de la Clasificación Internacional de Niza.¹

¹ **Clase 30.-** Café, té, cacao, azúcar, arroz, tapioca, sagú, sucedáneos del café; harinas y preparaciones hechas de cereales, pan, pastelería y confitería, helados comestibles; miel, jarabe de melaza; levaduras, polvos para esponjar; sal, mostaza; vinagre, salsas (condimentos); especias, hielo.

- El 26 de abril de 1995, fue publicado el extracto de esa solicitud en la Gaceta de Propiedad Industrial N° 358.
- El 5 de junio del mismo año, la sociedad FERRERO S.p.A. presentó observaciones a la solicitud, con fundamento, según ha sido sostenido, en las marcas “NUTELLA” y “NUTELLA FERRERO y dibujo”, que amparan productos también de la Clase 30.
- El 26 de diciembre de 1995, el Director Nacional de Propiedad Industrial (encargado) emitió la Resolución N° 0947523, por medio de la cual declaró infundada la observación interpuesta y, concedió el registro como marca para la denominación “NUTELLINI”.

b) Escrito de demanda

La sociedad FERRERO S.p.A, mediante apoderado, manifiesta que la sociedad COLOMBINA S.A. presentó ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, solicitud para el registro de la denominación “NUTTELINI”, como marca destinada a amparar productos comprendidos en la clase internacional N° 30, respecto de la cual formuló demanda de observación en virtud de ser propietaria de las marcas “NUTELLA” y “NUTELLA FERRERO”, que amparan productos de la misma clase internacional.

Sostiene que la mencionada Dependencia, en sus actuaciones, ha violado el artículo 81 de la Decisión 344, pues considera que “el signo que se pretende inscribir no tiene el carácter de distintividad que exige las normas jurídicas invocadas en la observación y que continúan vigentes.”.

Argumenta la violación, además, de los artículos 82 y 83 de la referida Decisión, al expresar que el Director Nacional de Propiedad Industrial no ha aplicado las reglas que consagra la doctrina para el efecto y que, por el contrario, se ha apartado de éllas al examinar las marcas en controversia.

Considera la violación también del artículo 83, al afirmar que entre las marcas en conflicto “existen características gráfico-visuales y fonéticoauditivas muy semejantes que de coexistir causarían confusión y competencia desleal, contra el bien ganado prestigio y aceptación de las marcas de mi poderdante”. Continúa expresando, que “el propósito de la solicitante del nuevo registro, es aprovecharse del prestigio ganado por las marcas famosas y notorias de mi mandante, lo que produciría confusión en los medios comerciales y en el público consumidor, con las consecuencias de perjuicio para mi representada.”

c) Contestaciones a la demanda

La Procuraduría General del Estado, en la contestación que ha dado a la demanda, por intermedio de su delegado invoca la improcedencia de la demanda y la caducidad del derecho del actor; simultáneamente argumenta “falta de citación al demandado e ilegitimidad de personería pasiva”.

Finalmente, luego de las excepciones opuestas, solicita se rechace la demanda.

El Director Nacional de Propiedad Industrial presenta las siguientes excepciones:

"a) Niego pura, simple y llanamente los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda”.

"b) Legalidad y validez de la resolución impugnada...”.

La sociedad COLOMBINA S. A., en su calidad de tercero interesado en torno a la demanda interpuesta, da contestación a la misma por medio de apoderado, manifestando que se opone a las pretensiones de nulidad de la demandante.

Expresa que no se ha violado ninguna de las normas establecidas en los artículos 81, 82 y 83 de la Decisión 344, ya que según su criterio “las marcas en conflicto tienen diferencias legal, fonética y auditiva que las hacen diferentes una de otra y que ese elemento diferenciador hace imposible su confusión”.

Sostiene que “en el presente proceso el actor en esta causa no ha demostrado que su marca sea famosa peor aún conocida en nuestro medio, por lo que mal puede afirmar que su marca ha tenido aceptación en el mercado”.

Finaliza determinando que “la resolución del Director de Propiedad Industrial es debidamente motivada, incluso hace referencia a lo que dispone la doctrina marcaría, no sólo en relación a las diferencias que existen entre las marcas, también lo hace a la forma de realizar el cotejo, de ahí que de este cotejo resulta que las marcas en conflicto son diferentes y pueden convivir en el mercado”.

Con vista de lo antes expuesto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,

CONSIDERANDO:

1. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

La interpretación prejudicial ha sido estructurada con base en lo dispuesto por el artículo 33, inciso segundo, de la Decisión 472 que Codifica el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. No obstante no haber sido referida la disposición del Estatuto del Organismo, aplicable al caso, el Tribunal estima que la solicitud presentada se ajusta suficientemente a las exigencias establecidas en el artículo 125 de dicho Estatuto, aprobado por medio de Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, pues en efecto se identifica a la Instancia Nacional Consultante, se aluden sucintamente los hechos que pueden ser considerados como relevantes para la interpretación; se hace una relación de las normas cuya interpretación se pide, se refiere la causa interna que la origina y, se señala lugar y dirección concretos para la recepción de la respuesta a la consulta.

Este Tribunal, por otra parte, es competente para interpretar, en vía prejudicial, las normas que conforman el ordenamiento jurídico de esa Comunidad, siempre que la solicitud provenga de un juez nacional competente, como lo es en este caso la jurisdicción nacional consultante, conforme lo establecen los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Organismo.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador, ha solicitado, por medio de oficio N° 1005-TCD-DQ-IS, de 17 de noviembre del 2003, la interpretación prejudicial de los artículos 81, 82 literal a) y 83 literales a) y d) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, razón por la cual este Tribunal Comunitario procede a atender el requerimiento formulado.

3. NORMAS A SER INTERPRETADAS

En consecuencia con lo expresado anteriormente, los textos de las normas a ser interpretadas son los siguientes:

DECISION 344

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

4. CONCEPTO DE MARCA Y LOS REQUISITOS PARA SU REGISTRO

La marca es definida como todo signo perceptible, capaz de distinguir los bienes o los servicios producidos o comercializados en el mercado por una persona, de los bienes o servicios idénticos o similares de otra.

El artículo 81 determina los requisitos que debe reunir un signo para ser registrable, los cuales son: perceptibilidad, distintividad y susceptibilidad de representación gráfica.

a) Perceptibilidad

Siendo la marca un elemento inmaterial, para que pueda ser captado por uno de los sentidos (vista, olfato, oído, gusto y tacto), es indispensable su materialización o exteriorización por medio de elementos que transformen lo inmaterial o abstracto en algo identificable por aquéllos.

La perceptibilidad, precisamente, hace referencia a todo elemento, signo o indicación que pueda ser captado por los sentidos para que, por medio de éstos, la marca penetre en la mente del público, el cual la asimila con facilidad. Por cuanto para la percepción sensorial o externa de los signos se utiliza en forma más general el sentido de la vista, han venido caracterizándose preferentemente aquellos elementos que hagan referencia a una denominación, a un conjunto de palabras, a una figura, a un dibujo, o a un conjunto de dibujos.

b) Distintividad

El artículo 81 se refiere también a la distintividad, considerada característica y función primigenia que debe reunir todo signo para ser susceptible de registro como marca; lleva implícita la necesaria posibilidad de identificar unos productos o unos servicios de otros, haciendo viable de esa manera la diferenciación por parte del consumidor.

Será entonces distintivo el signo cuando por sí solo sirva para diferenciar un producto o un servicio, sin que se confunda con él o con sus características esenciales o primordiales.

c) Susceptibilidad de representación gráfica

La susceptibilidad de representación gráfica consiste en expresiones manifestadas a través de palabras, gráficos, signos mixtos, colores, figuras etc., de tal manera que sus componentes puedan ser apreciados en el mercado de productos.

El signo tiene que ser expresado en forma material para que el consumidor, a través de los sentidos, lo perciba, lo conozca y lo solicite. La traslación del signo del campo imaginativo de su creador hacia la realidad comercial, puede darse como ha sido expresado, por medio de la utilización de los elementos referidos en el párrafo anterior.

5. CLASES DE MARCAS

La doctrina reconoce algunas clases de marcas, como las DENOMINATIVAS, las GRAFICAS y las MIXTAS, en atención a la estructura del signo.

Las **MARCAS MIXTAS**, son aquellas que están compuestas por un elemento denominativo (una o varias palabras) y un elemento gráfico (una o varias imágenes)²; es pues una combinación o conjunto de signos acústicos y visuales. En este tipo de marca -indica la doctrina- siempre habrá de encontrarse un elemento principal o característico y un elemento secundario, según predominen a primera vista los elementos gráficos o los acústicos.

En estas marcas el elemento denominativo es, como norma general, el más relevante, aunque sin descartar que en algunos casos pueda ser más importante el elemento gráfico, como ha sido sostenido por la doctrina, cuando por ejemplo se manifiesta que ésta:

“se ha inclinado a considerar que, en general, el elemento denominativo de la marca mixta suele ser el más característico o determinante, teniendo en cuenta la fuerza expresiva propia de las palabras, las que por definición son pronunciables, lo que no obsta para que en algunos casos se le reconozca prioridad al elemento gráfico, teniendo en cuenta su tamaño, color y colocación, que en un momento dado pueden ser definitivos”.³

Al realizar la comparación entre marcas denominativa y mixta, se determina que si en la marca predomina la denominación verbal, debe procederse al cotejo de signos aplicando las reglas para este propósito enunciadas; y, si por otro lado, en la marca mixta predomina el elemento gráfico frente al denominativo, no habría lugar a la confusión entre las marcas, pudiendo éstas coexistir pacíficamente en el ámbito comercial.

6. EXCEPCIONES PARA EL REGISTRO DE MARCAS

Falta de requisitos sustanciales del signo para ser considerado como marca

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina contempla en el artículo 82 de la Decisión 344, los impedimentos para que un signo sea considerado marca.

El literal a) establece que no podrán registrarse como tales, los signos que conforme al artículo 81 de esa Decisión no puedan constituir una marca.

Es necesario entonces sostener que un signo sólo es registrable, cuando cumple a cabalidad los tres requisitos determinados en el artículo 81 y desarrollados ya en el punto anterior, esto es, perceptibilidad, distintividad y susceptibilidad de representación gráfica; condiciones que, en resumen, determinan que el signo puede estar constituido por una descripción que permita formarse idea concreta acerca de él, utilizando palabras o figuras.

El Juez nacional consultante, cuando actúe como Juez comunitario al aplicar las normas pertinentes del ordenamiento jurídico andino, deberá analizar si el signo cuyo registro se impugna, cumple o no los requisitos señalados en el citado artículo 81 y, verificar, si en este caso específico no se incurre en las excepciones a la registrabilidad, contempladas en el literal a) del artículo 82 de la Decisión 344 y en las prohibiciones expresamente determinadas en el artículo 83 de la misma Decisión.

7. PROHIBICIONES PARA EL REGISTRO MARCARIO

La identidad y la semejanza

La legislación andina ha determinado que no pueden ser objeto de registro como marca, los signos que sean idénticos o similares entre sí, conforme lo establece el literal a) del artículo 83 objeto de la interpretación prejudicial solicitada.

Este Tribunal al respecto ha señalado:

“La marca tiene como función principal la de identificar los productos o servicios de un fabricante, con el objeto de diferenciarlos de los de igual o semejante naturaleza, pertenecientes a otra empresa o persona; es decir, el titular del registro goza de la facultad de exclusividad respecto de la utilización del signo, y le corresponde el derecho de oponerse a que terceros no autorizados por él hagan uso de la marca”.⁴

Ha enfatizado además en sus pronunciamientos el Organismo, acerca del cuidado que se debe tener al realizar el análisis entre dos signos para determinar si entre ellos se presenta el riesgo de confusión. Esto, por cuanto la labor de determinar si una marca es confundible con otra, presenta diferentes matices y complejidades, según que entre los signos en proceso de comparación exista identidad o similitud y según la clase de productos o servicios a los que cada uno de esos signos pretenda distinguir. En los casos en los que las marcas no sólo sean idénticas sino que tengan por objeto individualizar unos mismos productos o servicios, el riesgo de confusión sería absoluto; podría presumirse, incluso, la presencia de la confusión. Cuando se trata de simple similitud, el examen requiere de mayor profundidad, con el objeto de llegar a las determinaciones en este contexto, así mismo, con la mayor precisión posible.

El Tribunal observa también que la determinación de la confundibilidad corresponde a una decisión del funcionario administrativo o, en su caso, del juzgador, quienes alejándose de un criterio arbitrario, han de determinarla con base en principios y reglas que la doctrina y la jurisprudencia han sugerido, a los efectos de precisar el grado de confundibilidad, la que puede ir del extremo de la similitud al de la identidad.

REGLAS PARA REALIZAR EL COTEJO MARCARIO

Este Tribunal ha acogido en su jurisprudencia, las siguientes reglas originadas en la doctrina para realizar el cotejo de marcas:

² Proceso 4-IP-91, G.O.A.C. N° 97 de 16 de diciembre de 1991. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

³ Proceso 4-IP-88, sentencia de 9 de diciembre de 1988, G.O.A.C. N° 39 de 24 de enero de 1989, marca: “DEVICE (etiqueta)”. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.

⁴ **Proceso 46-IP-2000**, sentencia de 26 de julio del 2000; G.O. N° 594, de 21 de agosto del 2000; marca: “**CAMPO VERDE**”. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.

“Regla 1.- La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas.

“Regla 2.- Las marcas deben examinarse sucesivamente y no simultáneamente.

“Regla 3.- Quien aprecie el parecido debe colocarse en el lugar del comprador presunto y tener en cuenta la naturaleza de los productos.

“Regla 4.- Deben tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existen entre las marcas”⁵.

Acerca de la utilidad y aplicación de estos parámetros técnicos, el tratadista Breuer Moreno ha manifestado:

“La primera regla y la que se ha considerado de mayor importancia, es el cotejo en conjunto de la marca, criterio que se adopta para todo tipo o clase de marcas.

“Esta visión general o de conjunto de la marca es la impresión que el consumidor medio tiene sobre la misma y que puede llevarle a confusión frente a otras marcas semejantes que se encuentren disponibles en el comercio.

“En las marcas es necesario encontrar la dimensión que con mayor intensidad penetra en la mente del consumidor y determine así la impresión general que el distintivo causa en el mismo.

“La regla de la visión en conjunto, a más de evitar que sus elementos puedan ser fraccionados en sus partes componentes para comparar cada componente de una marca con los componentes o la desintegración de la otra marca, persigue que el examen se realice a base de las semejanzas y no por las diferencias existentes, porque éste no es el camino de comparación utilizado por el consumidor ni aconsejado por la doctrina.

“En la comparación marcaria, y siguiendo otro criterio, debe emplearse el método de un cotejo sucesivo entre las marcas, esto es, no cabe el análisis simultáneo, en razón de que el consumidor no analiza simultáneamente todas las marcas sino lo hace en forma individualizada. El efecto de este sistema recae en analizar cuál es la impresión final que el consumidor tiene luego de la observación de las dos marcas. Al ubicar una marca al lado de otra se procederá bajo un examen riguroso de comparación, no hasta el punto de ‘disecarlas’, que es precisamente lo que se debe obviar en un cotejo marcario.

“La similitud general entre dos marcas no depende de los elementos distintos que aparezcan en ellas, sino de los elementos semejantes o de la semejante disposición de esos elementos”⁶.

La reproducción o la imitación de un signo notoriamente conocido

El Profesor Fernández Novoa define a la marca notoria como aquella que goza de difusión y ha logrado el reconocimiento en el círculo de consumidores del producto que identifica.

La doctrina y la jurisprudencia han caracterizado a la marca notoria, por sus atributos de “difusión” y de “reconocimiento” logrados dentro del círculo de consumidores del producto o del servicio que con ella se identifican. La notoriedad es un status, un elevado grado de aceptación y reconocimiento de parte del público, alcanzado por un signo como consecuencia de su función de distinguir determinado tipo de bienes o de servicios como fabricados o prestados por una persona en particular.

El literal d) del artículo 83 de la Decisión 344 establece una amplia protección para los signos distintivos que posean la característica de notoriedad. Lo hace estableciendo la prohibición para la inscripción de signos que reproduzcan, imiten o transcriban, total o parcialmente, un signo distintivo notoriamente conocido en el país en el que se solicita el registro o, en el comercio subregional o internacional sujeto a reciprocidad.

Si bien este literal establece tal protección, la notoriedad no obstante es un hecho que debe ser probado. Así lo establece el artículo 84 de esa Decisión cuando señala los elementos que sirven para medir tal circunstancia. Ello, porque “...la marca común, para elevarse al estado de marca notoria, debe contar con una serie de factores tales como: ... difusión de la marca, imagen en el mercado, comercialización del producto, etc. La carga de la prueba corresponde al titular de la marca, pues ésta puede ser desconocida inclusive por la autoridad administrativa o judicial y la prueba precisamente pretende convencer al juzgador de que la marca alegada como notoria reúne características especiales que no poseen las marcas comunes”⁷.

Con relación a la independencia de la clase internacional respecto de los productos amparados por una marca eventualmente notoria, de aquellos a ser protegidos por otra marca, sólo podrá ser considerada si dicha notoriedad ha sido probada y oportunamente reconocida por el examinador.

La interpretación prejudicial solicitada surge por el conflicto presentado entre dos signos que van a distinguir los mismos productos y servicios pertenecientes a la clase 30 internacional, por lo que el Juez consultante debe poner especial cuidado en determinar sus similitudes tomando en cuenta que la confusión puede presentarse en los tres campos: el gráfico o visual, el fonético o auditivo y el ideológico o conceptual, ya referidos anteriormente.

⁵ **BREUER MORENO**, Pedro C. **Tratado de Marcas de Fábrica y de Comercio**, Editorial Robis, Buenos Aires, Pág. 351 y ss.

⁶ **Proceso 46-IP-2000**, sentencia de 26 de julio del 2000; G.O. N° 594 de 21 de agosto del 2000; marca: “CAMPO VERDE”. **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**.

⁷ **Proceso 23-IP-96**, sentencia de 21 de abril de 1998; G.O. N° 354 de 13 de julio de 1998; marca: “VODKA BALALAIKA”. **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**.

8. LA COOPERACION ENTRE LAS INSTANCIAS COMPETENTES DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.

De las disposiciones previstas en los artículos 32 y 34 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se desprende, que es parte de las competencias de este órgano jurisdiccional supranacional, la interpretación, por vía prejudicial, del ordenamiento jurídico de la mencionada Comunidad, mientras que la aplicación de dicho ordenamiento, en las causas sometidas al conocimiento y decisión de las Instancias o de los Tribunales de los Estados Miembros, al igual que la interpretación y aplicación del respectivo ordenamiento jurídico nacional, así como el examen y valoración de los hechos controvertidos en aquellas causas, corresponden a esos Estamentos en cada uno de dichos Países.

La competencia de este órgano jurisdiccional, en el ámbito de la consulta prejudicial, se basa en la necesidad de garantizar la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma comunitaria por parte de cada uno de los Socios Andinos. Por ello, al admitir la consulta que formule una instancia nacional, a este Organismo Comunitario le corresponde pronunciarse a su respecto, mediante providencia que se limitará a precisar el contenido y el alcance de la norma comunitaria aplicable o involucrada, más no aquellos propios de las disposiciones nacionales, relativas o vinculada al caso concreto. De este modo, el Organismo contribuye con la jurisdicción nacional, para la configuración de la sentencia que le corresponderá dictar en la causa sometida a su resolución, con el objeto de asegurar en ella la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico de la Comunidad.

Dictada la providencia interpretativa y notificada al órgano nacional consultante, éste deberá acogerla en la sentencia que pronuncie, por corresponder a una obligación prevista en el Tratado de Creación de este Tribunal, instrumento que es parte del ordenamiento jurídico fundamental de la Comunidad Andina.

Con base en estos fundamentos,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

CONCLUYE:

1. Un signo puede ser registrado como marca, si reúne los requisitos de distintividad, perceptibilidad y posibilidad de ser representado gráficamente, establecidos por el artículo 81 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Esa aptitud se confirmará, por cierto, si la denominación cuyo registro se solicita no se encuentra comprendida en ninguna de las causales de irregistrabilidad determinadas por los artículos 82 y 83 de la mencionada Decisión.
2. Por regla general, en los signos mixtos predomina el elemento denominativo, que es la expresión de la palabra como medio idóneo para solicitar el producto o el servicio deseados, exigiéndose en tales casos, que no

se presente confusión al ser realizado el cotejo marcario, como condición ineludible para la legal coexistencia de los signos en el mercado.

3. No son registrables los signos que según lo previsto en el artículo 83, literal a), sean idénticos o similares a otros ya registrados por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error.
4. Para la determinación de la confundibilidad entre dos signos, se debe apreciar de manera especial sus semejanzas antes que sus diferencias, con el objeto de evitar la posibilidad de error en que pueda incurrir el consumidor al apreciar las marcas en cotejo.
5. El riesgo de confusión deberá ser analizado por la Autoridad Nacional Competente, sujetándose a las reglas de comparación de signos y considerando que aquel puede presentarse por similitudes gráficas, fonéticas y conceptuales.
6. No se podrá registrar un signo que sea confundible con una marca notoriamente conocida, siendo indiferente para el efecto, la clase de productos o de servicios para los cuales se hubiera solicitado dicho registro, recalando con esta oportunidad, que la notoriedad debe ser necesariamente probada por parte de quien la alega.

La Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador, deberá adoptar la presente interpretación prejudicial al dictar sentencia dentro del expediente interno N° 2679-AI, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 127 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado por medio de Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Deberá tomar en cuenta, también, lo previsto en el último inciso del artículo 128 del mencionado instrumento.

Notifíquese esta interpretación prejudicial al mencionado Tribunal, mediante copia sellada y certificada de la misma. Remítase además copia a la Secretaría General de la Comunidad Andina, para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Walter Kaune Arteaga
PRESIDENTE

Rubén Herdoíza Mera
MAGISTRADO

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

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

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

ACUERDO DE CARTAGENA

N° 145-IP-2003

Interpretación prejudicial de las normas previstas en los artículos 81 y 83, literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Parte actora: sociedad SANOFI SYNTHELABO. Caso: denominación "XAPRILA". Expediente Interno N° 2002 - 00111.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. San Francisco de Quito, dieciocho de febrero del año dos mil cuatro.

VISTOS:

La solicitud de interpretación prejudicial de las disposiciones previstas en los artículos "81, 83 literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Artículo 134 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina (sic)", formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, por órgano de su Consejera Ponente, Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, y recibida en este Tribunal en fecha 15 de diciembre del 2003; y,

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

1. Demanda

1.1. Cuestión de hecho

De la demanda se desprende que "En mayo 22 de 2000, la sociedad Sanofi-Synthelabo, solicitó registro para la marca XAPRILA para identificar *productos farmacéuticos, especialmente para la prevención o tratamiento de las molestias y desarreglos del sistema nervioso central*, productos de la clase 5 internacional de Niza"; y que "La sociedad Parke, Davis & Company presentó observación contra el registro de la mencionada marca. La observación se fundamentó en la existencia del certificado de registro 218.026, correspondiente a la marca SAPREE, registrada para identificar *preparaciones y productos medicinales y farmacéuticos, incluyendo aquellos para el tratamiento de desórdenes en la disposición del ánimo, de la epilepsia y del dolor*, productos comprendidos en la clase 5 internacional de Niza".

El consultante informa que "La sociedad observante estimó que el registro para XAPRILA debía ser negado por encontrarse dicha marca incurso en la causal de irregistrabilidad establecida en el artículo 83 literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena"; que "La sociedad Sanofi dio respuesta a la observación; los argumentos de la contestación se fundamentaron que entre las marcas XAPRILA y SAPREE no existe riesgo de confusión ya que las semejanzas que presentan las marcas enfrentadas son meramente tangenciales"; que "La División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio expidió la Resolución 28223 de 31 de octubre del 2000, mediante la cual declaró fundada la observación presentada por Parke Davis y negó el registro para la marca XAPRILLA (sic) en la clase 5 Internacional de Niza"; que "La sociedad Sanofi-Synthelabo presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra la decisión contenida en la Resolución 28223"; que "El recurso de reposición interpuesto fue resuelto mediante Resolución 4349 de 20 de febrero de 2001 confirmando la decisión contenida en la resolución 28223"; y que "Mediante Resolución 28405 de 30 de agosto del 2001, el Superintendente Delegado para la Propiedad Industrial resolvió el recurso de apelación confirmando la decisión contenida en la Resolución 28223".

1.2. Cuestión de derecho

Según se desprende de la demanda, el actor denuncia la violación del "artículo 83 literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el cual corresponde al artículo 136 literal a) de la Decisión 486 de la Comunidad Andina (sic), así como las demás normas concordantes y complementarias de las Decisiones 344 y 486 ... La solicitud de registro para el signo XAPRILA fue presentada bajo la vigencia de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y dos de los actos acusados fueron expedidos bajo la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina".

El consultante señala por su parte que, según el actor, "La División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio violó directamente la ley por aplicación indebida del Artículo 83 literal a) de la Decisión 344, norma que prohíbe el registro de signos incursos en la siguiente causal de irregistrabilidad 'sean idénticos o se asemejen de forma que puedan inducir al público a error'; que "Al comparar las marcas XAPRILA y SAPREE se evidencia que ... no se asemejan de forma que puedan inducir al público a error por cuanto las diferencias entre las marcas enfrentadas las hacen inconfundibles"; que "Las marcas XAPRILA y SAPREE no solamente presentan evidentes diferencias visuales sino que su pronunciación es completamente distinta ya que XAPRILA - la expresión empieza con un (sic) X, que se pronuncia KS - la marca es pronunciada correctamente KSAPRILA, mientras que la expresión SAPREE - empieza con una S que se pronuncia S, la marca es pronunciada correctamente, SAPRE"; y que "En conclusión, las marcas XAPRILA y SAPREE presentan diferencias visuales, gramaticales, fonéticas y ortográficas, lo cual resulta que no existen (sic) similitud entre las marcas enfrentadas".

Por otro lado, el actor manifiesta en su demanda que "Mientras que la marca X A P R I - L A se compone de siete (7) letras, la marca S A P R E E está conformada por seis (6) letras. Se trata de dos expresiones escritas y

pronunciadas de manera completamente distinta entre sí, por lo cual no cabe deducir semejanza alguna capaz de crear riesgo de confusión entre las marcas bajo estudio”; que “... resulta que en el expediente No. 00.037.305, Sanofi-Synthelabo solicitó registro para la marca XEPRILA en clase 5 internacional de Niza. En el mencionado trámite, la sociedad Parke Davis & Company presentó observación también con fundamento en la marca previamente registrada SAPREE, y la Jefe de la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución 28230 de octubre 31 de 2000, declaró la observación infundada, concediendo el registro de la marca XEPRILA en clase 5 internacional de Niza”; y que también se violó la ley “Por falta de aplicación del artículo 134 de la Decisión 486, norma que establece los requisitos para que un signo sea considerado como marca ... es claro que la marca XAPRILA no se encuentra incurso en causal de irregistrabilidad alguna”.

2. Contestación a la demanda

Según el apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio, “Si bien para juzgar la legalidad del acto impugnado la norma aplicable, de manera general, es la vigente al momento de resolver los recursos, no obstante, la norma aplicable puede ser también aquella que se encontraba vigente al momento de expedir el acto administrativo impugnado, para el caso en cuestión la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, siempre y cuando los principios generales de ésta hayan pasado a formar parte del derecho vigente, también comunitario ...”; que “Es claro e inequívoco que la Decisión 344 como ordenamiento legal vigente en materia de Propiedad Industrial era aplicable válida y legalmente con respecto al asunto que nos ocupa”; que “... la marca ‘XAPRILA’ para distinguir los productos comprendidos en la clase 5 de la nomenclatura vigente ... no tiene la capacidad de identificar un producto que le permita distinguirse dentro de la generalidad de productos que pretende identificar, toda vez que presenta semejanzas ortográficas, fonéticas y gramaticales que impiden su coexistencia en el mercado, habida cuenta que, la función primordial de una marca es la de identificar un producto determinado, permitiendo diferenciarlo dentro del mercado, de los demás productos iguales o similares, pertenecientes a diferentes empresarios, por lo que no reúne las condiciones requeridas para ser registrado como marca conforme a lo dispuesto en el artículo 81 de la Decisión 344, ahora Decisión 486”.

También argumenta la Superintendencia demandada que “El estudio de registrabilidad efectuado bajo la vigencia de la Decisión 344 de la comunidad (sic) se cionó al análisis del cumplimiento de los requisitos dispuestos por el legislador comunitario para la concesión de un registro marcario, es decir, a verificar si el signo sometido a estudio gozaba de perceptibilidad, distintividad y susceptibilidad de representación gráfica, que le permitiera ser considerado como marca”; que “Efectuado el examen sucesivo y comparativo de las marcas ‘XAPRILA’ (solicitada), frente a la marca ‘SAPREE’ (registrada), para los productos de la clase 5, se concluye en forma evidente que son semejantes entre sí, existiendo confundibilidad entre las mismas en los aspectos gráficos, ortográficos y fonéticos y por lo tanto, de coexistir en el mercado conllevarían a error al público consumidor, existiendo la posibilidad de confusión directa e

indirecta entre los mismos, habida cuenta que estos creerían que el producto tendría el mismo origen”; que “Si se aprecian las marcas ‘XAPRILA’, y ‘SAPREE’ en una visión de conjunto, en la totalidad de los elementos que las integran, la unidad fonética y gráfica de los nombres y no las partes unas de otras, se tiene que poseen mayor significación o peso comparativo las semejanzas existentes que las diferencias entre las mismas, que inducen al consumidor a error, más aún si tiene en cuenta que los productos que se pretendían amparar corresponden a la misma clase 5”; que “... las pruebas solicitadas por la parte demandante sobre registros de otras marcas, son irrelevantes dentro del presente proceso, habida cuenta que se trata de otras actuaciones administrativas distintas a la que es objeto de debate”; y que “En consecuencia, la marca ‘XAPRILA’ para distinguir productos de la clase 5 es irregistrable conforme a lo dispuesto en la norma comunitaria ... pues no es suficientemente distintiva”.

CONSIDERANDO:

Que, las normas cuya interpretación se solicita son las disposiciones consagradas en los artículos “81, 83 literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Artículo 134 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina (sic)”;

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

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

Que, de conformidad con la disposición indicada en el artículo 125 del Estatuto, y según consta en la providencia que obra al folio 212 del expediente, la presente solicitud de interpretación prejudicial fue admitida a trámite; y,

Que, una vez examinada la aplicabilidad de las normas sometidas a consulta, así como los elementos documentales remitidos junto con la solicitud, el Tribunal encuentra pertinente dar aplicación a la potestad que deriva del artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal y, en consecuencia, por ser las normas aplicables al caso, realizar la interpretación de las disposiciones que, pertenecientes a la Decisión 344, han sido citadas por el consultante, cuyos textos son del tenor siguiente:

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

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

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

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

(...”).

I. De la aplicación del ordenamiento comunitario en el tiempo

En principio, y con el fin de garantizar el respeto a las exigencias de seguridad jurídica y confianza legítima, la norma comunitaria de carácter sustancial no surte efectos retroactivos; por tanto, las situaciones jurídicas disciplinadas en ella se encuentran sometidas, en sí y en sus efectos, a la norma vigente al tiempo de su constitución. Y si bien la nueva norma comunitaria no es aplicable, salvo previsión expresa, a las situaciones jurídicas nacidas con anterioridad a su entrada en vigencia, procede su aplicación inmediata a los efectos futuros de la situación nacida bajo el imperio de la norma anterior.

El régimen común en materia de propiedad industrial se ha apoyado, desde la vigencia de la Decisión 85 (artículo 85) y a través de las Decisiones 311 (Disposición Transitoria Cuarta), 313 (Disposición Transitoria Cuarta), 344 (Disposición Transitoria Primera), y 486 (Disposición Transitoria Primera), en la irretroactividad de la norma sustancial, pues dispone que todo derecho de propiedad industrial, válidamente otorgado de conformidad con la normativa anterior, subsistirá por el tiempo en que fue concedido. Sin embargo, las disposiciones en referencia han contemplado, además, la aplicabilidad inmediata de la norma sustancial posterior a los efectos futuros del derecho nacido bajo la vigencia de la norma anterior, pues han dispuesto que, en cambio, se aplicará la nueva Decisión comunitaria al uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas de tal derecho.

A la vez, si el *ius superveniens* se halla constituido por una norma de carácter procesal, ésta se aplicará, a partir de su entrada en vigencia, a los procedimientos por iniciarse o en curso. De hallarse en curso el procedimiento, la nueva norma se aplicará inmediatamente a la actividad procesal pendiente, y no, salvo previsión expresa, a la ya cumplida.

En el caso de autos, de la solicitud de interpretación prejudicial, así como de sus anexos, se desprende que la solicitud de registro como marca del signo “XAPRILA” fue introducida en fecha 22 de mayo de 2000, es decir, bajo la vigencia de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 142 de 29 de octubre de 1993, aplicable desde el 1° de enero de 1994 de conformidad con su Disposición Transitoria Segunda).

Por tanto, en tutela del principio de seguridad jurídica, si la norma sustancial, vigente para la fecha de la solicitud de registro de un signo como marca, ha sido derogada y

reemplazada por otra en el curso del procedimiento correspondiente a tal solicitud, aquella norma será la aplicable a los efectos de determinar si se encuentran cumplidos o no los requisitos que se exigen para el otorgamiento del derecho, mientras que la norma procesal posterior será la aplicable al procedimiento en curso.

La instancia consultante establecerá, a la luz de las consideraciones que anteceden, la norma aplicable en el caso de autos.

II. De la definición de marca y de los requisitos para su registro

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

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

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

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

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

Y en tercer lugar, el signo debe ser susceptible de representación gráfica, es decir, apto para ser expresado en imágenes o por escrito, lo que confirma que, en principio, ha de ser visualmente perceptible. Por ello, las formas representativas en que consisten los signos pueden estar

constituídas por letras, palabras, figuras, dibujos o cifras, por separado o en conjunto. Este requisito guarda correspondencia con el previsto en el artículo 88, literal d, en el cual se exige que la solicitud de registro sea acompañada por la reproducción de la marca cuando ésta contenga elementos gráficos.

Por tanto, el artículo 81 prohíbe el registro de un signo como marca si éste no cumple los requisitos acumulativos que la citada disposición prevé en forma expresa.

III. De la comparación entre signos. Del riesgo de confusión. De la confusión directa e indirecta. De la identidad y semejanza. De las reglas de comparación.

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

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

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

La identidad o la semejanza de los signos puede dar lugar a dos tipos de confusión: la directa, caracterizada porque el vínculo de identidad o semejanza induce al comprador a adquirir un producto determinado en la creencia de que está comprando otro, lo que implica la existencia de un cierto nexo también entre los productos; y la indirecta, caracterizada porque el citado vínculo hace que el consumidor atribuya, en contra de la realidad de los hechos, a dos productos que se le ofrecen, un origen empresarial común.

En consecuencia, los supuestos que pueden dar lugar al riesgo de confusión entre varios signos y los productos o servicios que cada uno de ellos ampara, serían los siguientes: que exista identidad entre los signos en disputa y también entre los productos o servicios distinguidos por ellos; o identidad entre los signos y semejanza entre los productos o servicios; o semejanza entre los signos e identidad entre los productos y servicios; o semejanza entre aquéllos y también semejanza entre éstos.

En el caso de autos, la comparación entre los signos habrá de hacerse desde sus elementos visual, fonético y conceptual, teniendo en cuenta los que fueron distintivos y

dominantes. Sin embargo, dicha comparación deberá ser conducida por la impresión unitaria que el signo habrá de producir en la sensorialidad igualmente unitaria del consumidor o del usuario medio a que está destinado. Por tanto, la valoración deberá hacerse sin descomponer la unidad de cada signo, de modo que, en el conjunto de los elementos que lo integran, el todo prevalezca sobre sus partes, a menos que aquél se halle provisto de un elemento dotado de tal aptitud distintiva que, por esta razón especial, se constituya en factor determinante de la valoración.

En este contexto, el Tribunal ha establecido que la similitud visual u ortográfica se presenta por el parecido de las letras entre los signos a compararse, en los que la sucesión de vocales, la longitud de la o de las palabras, el número de sílabas, las raíces o las terminaciones iguales, pueden incrementar el grado de confusión.

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

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

En definitiva, el Tribunal ha estimado que la confusión puede manifestarse cuando, al solo apercibimiento de la marca, el consumidor supone que se trata de la misma a que está habituado, o cuando, si bien reconoce cierta diferencia entre las marcas en conflicto, cree, por su similitud, que provienen del mismo productor o fabricante.

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

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

IV. De las marcas farmacéuticas

La comparación entre un signo que pretenda amparar productos farmacéuticos y una marca destinada a proteger ese mismo tipo de productos, con miras a establecer la

existencia o no del riesgo de confusión, impone un examen más riguroso, vista la repercusión de aquéllos en la salud de los consumidores.

El Tribunal se ha inclinado en estos casos “por la tesis de que en cuanto a marcas farmacéuticas el examen de la confundibilidad debe tener un estudio y análisis más prolijo evitando el registro de marcas cuya denominación tenga una estrecha similitud, para evitar precisamente, que el consumidor solicite un producto confundiendo con otro, lo que en determinadas circunstancias puede causar un daño irreparable a la salud humana, más aún considerando que en muchos establecimientos, aun medicamentos de delicado uso, son expendidos sin receta médica y con el solo consejo del farmacéutico de turno” (Sentencia dictada en el expediente N° 30-IP-2000, publicada en la G.O.A.C. N° 578, del 27 de junio del 2000, caso “AMOXIFARMA”).

Así pues, el rigor del examen encuentra justificación en “las peligrosas consecuencias que puede acarrear para la salud una eventual confusión que llegare a producirse en el momento de adquirir un determinado producto farmacéutico, dado que la ingestión errónea de éste puede producir efectos nocivos y hasta fatales” (Sentencia dictada en el expediente N° 48-IP-2000, publicada en la G.O.A.C. N° 594 del 21 de agosto del 2000, caso “BROMTUSSIN”).

En definitiva, el Tribunal ha declarado, con fundamento en las orientaciones de la doctrina, que “El Interés de la ley en evitar todo error en el mercado no sólo se refiere al respeto que merece toda marca anterior que ha ganado con su esfuerzo un crédito, sino también defender a los posibles clientes, que en materia tan delicada y peligrosa como la farmacéutica pudiera acarrearles perjuicios una equivocación”, y que “al confrontar las marcas que distinguen productos farmacéuticos hay que atender al consumidor medio que solicita el correspondiente producto. De poco sirve que el expendedor de los productos sea personal especializado, si el consumidor incurre en error al solicitar el producto” (FERNANDEZ-NOVOA, Carlos; *Fundamentos de Derecho de Marcas*; Madrid, Editorial Montecorvo S.A., 1984, pp. 265 y 266).

Es cierto que “... existen factores que contribuyen a evitar la confusión, tales como, la intervención de médicos a través del rúbrica que orienta la compra del producto y ... la expedición de productos sin receta médica”, pero en ninguno de estos casos “puede descartarse en forma absoluta la posibilidad de algún tipo de error. Por lo tanto, conforme a lo anteriormente expuesto, este Tribunal considera acertada la posición doctrinaria de establecer el mayor grado de rigurosidad al momento de confrontar marcas farmacéuticas” (Sentencia dictada en el expediente N° 50-IP-2001, publicada en la G.O.A.C. N° 739 del 4 de diciembre del 2001, caso “ALLEGRA”).

Cabe agregar, sin embargo, que el signo destinado a amparar productos farmacéuticos pudiera haber sido confeccionado con elementos de uso general, relativos a las propiedades del producto, sus principios activos, su uso terapéutico, etc. El Tribunal ha manifestado que, en estos casos, “la distintividad debe buscarse en el elemento diferente que integra el signo y en la condición de signo de fantasía que logre mostrar el conjunto marcario” (Sentencia dictada en el expediente N° 78-IP-2003, publicada en la G.O.A.C. N° 997, del 13 de octubre del mismo año, caso “HEMAVET”).

V. De la cooperación entre los Tribunales de los Estados Miembros y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

De las disposiciones previstas en los artículos 32 y 34 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se desprende que es de la competencia de este órgano jurisdiccional supranacional la interpretación, por vía prejudicial, del ordenamiento jurídico de la Comunidad, mientras que la aplicación de dicho ordenamiento, en las causas sometidas válidamente al conocimiento de los Tribunales de los Estados Miembros, al igual que la interpretación y aplicación del respectivo ordenamiento jurídico nacional, así como el examen y valoración de los hechos controvertidos en aquellas causas, corresponden a los Tribunales competentes de cada uno de dichos Estados.

La competencia de este órgano jurisdiccional, en el ámbito de la consulta prejudicial, se funda en la necesidad de garantizar la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma comunitaria en el ámbito de cada uno de los Estados Miembros. Por ello, de admitir la consulta que formule el Tribunal Nacional, este Tribunal de Justicia deberá pronunciarse a su respecto mediante la expedición de una providencia en que se limitará a precisar el contenido y alcance de la norma comunitaria, no de la norma nacional, relativa al caso concreto. De este modo, el órgano jurisdiccional comunitario contribuye con el órgano jurisdiccional nacional en la configuración de la sentencia que éste habrá de dictar, en la causa sometida a su conocimiento, con el objeto de asegurar en ella la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico de la Comunidad.

Dictada la providencia interpretativa y transmitida al órgano jurisdiccional consultante, éste deberá acogerla en la sentencia que pronuncie, toda vez que se trata de una obligación prevista en un tratado integrante del ordenamiento jurídico fundamental de la Comunidad Andina, cual es el Tratado de Creación de su Tribunal de Justicia. Y puesto que los órganos jurisdiccionales nacionales constituyen parte orgánica y funcional de los Estados Miembros, el incumplimiento de la obligación citada constituiría una infracción del ordenamiento comunitario imputable al respectivo Estado Miembro.

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

CONCLUYE:

- 1° Si la norma sustancial, vigente para la fecha de la solicitud de registro de un signo como marca, ha sido derogada y reemplazada por otra en el curso del procedimiento correspondiente a tal solicitud, aquella norma será la aplicable para determinar si se encuentran cumplidos o no los requisitos que se exigen para el otorgamiento del derecho, mientras que la norma procesal posterior será la aplicable al procedimiento en curso.
- 2° Un signo será registrable como marca si cumple los requisitos previstos en el artículo 81 de la Decisión 344, y si no incurre en las prohibiciones fijadas en los artículos 82 y 83 eiusdem.

3° Para establecer si existe riesgo de confusión entre el signo solicitado para registro y la marca previamente registrada, será necesario determinar si existe relación de identidad o semejanza entre los signos en disputa, tanto entre sí como entre los productos distinguidos por ellos, y considerar la situación del consumidor o usuario medio, la cual variará en función de tales productos. No bastará con la existencia de cualquier semejanza entre los signos en cuestión, ya que es legalmente necesario que la similitud pueda inducir a confusión o error en el mercado.

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO a.i.

4° En el caso de autos, la comparación entre los signos habrá de hacerse desde sus elementos visual, fonético y conceptual, pero conducida por la impresión unitaria que cada signo en disputa habrá de producir en la sensorialidad igualmente unitaria del consumidor medio, destinatario de los productos correspondientes. Por tanto, la valoración deberá hacerse sin descomponer la unidad de cada signo, de modo que, en el conjunto de los elementos que lo integran, el todo prevalezca sobre sus partes, a menos que aquél se halle provisto de un elemento dotado de tal aptitud distintiva que, por esta razón especial, se constituya en factor determinante de la valoración.

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

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO a.i.

5° La comparación entre un signo pendiente de registro, destinado a distinguir productos farmacéuticos, y otro ya registrado, dirigido a individualizar ese mismo tipo de productos, con miras a establecer la existencia o no de riesgo de confusión entre los signos, impone un examen más riguroso, vista la repercusión de aquéllos en la salud de los consumidores. Sin embargo, el Tribunal reitera que, si el signo ha sido confeccionado con elementos de uso general, la distintividad debe buscarse en el elemento diferente que forme parte de aquél y en la condición de signo de fantasía que logre mostrar el conjunto marcario.

ACUERDO DE CARTAGENA

147-IP-2003

Solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 81 y 83 literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, con fundamento en la solicitud proveniente del Consejo de Estado de la República de Colombia. Expediente Interno N° 6902. Actor: "ACCOR". Marca: "IBIS".

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en Quito, a los dieciocho días del mes de febrero del año dos mil cuatro; en la solicitud de Interpretación Prejudicial formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, por medio de su Consejero Ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade.

A tenor de la disposición prevista en el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal, el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, deberá adoptar la presente interpretación en la sentencia que pronuncie y, de conformidad con la disposición prevista en el artículo 128, tercer inciso, del Estatuto del Tribunal, deberá remitir dicha sentencia a este órgano jurisdiccional.

VISTOS:

Que la solicitud de interpretación prejudicial, se ajusta a las exigencias del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal y 125 de su Estatuto, por lo que su admisión a trámite ha sido considerada procedente.

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

1. Antecedentes:

El Tribunal, con fundamento en la documentación allegada estima procedente destacar como antecedentes del proceso interno que dio lugar a la presente solicitud, lo siguiente:

Walter Kaune Arteaga
PRESIDENTE

Rubén Herdoíza Mera
MAGISTRADO

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

1.1. Las partes:

Es demandante la sociedad ACCOR, con sede en Evry (Francia) y demandada la Superintendencia de Industria y Comercio.

1.2. Objeto y fundamento de la demanda:

La actora manifiesta que es nula la Resolución 15806 del 12 de agosto de 1999, mediante la cual se negó el registro de la marca IBIS (nominativa) para servicios comprendidos en la clase 42 internacional. Se opone también a las Resoluciones 10803 de 29 de mayo del 2000 y 21715 del 31 de agosto del 2000, confirmatorias de la Resolución 15806.

Se niega el registro del signo IBIS por la existencia previa de la marca AVIS de propiedad de WIZARD C. INC, por lo que se interpuso recurso de reposición y apelación, argumentando que las marcas en conflicto no tienen la capacidad de inducir al público a error; que la comparación entre las marcas se ha dado de forma simultánea y no sucesiva; que la marca AVIS es de origen inglés y que la pronunciación de la misma es diferente de la que se le daría en español, siendo esta última la forma como es conocida en Colombia: “civis”; y que la idea generalizada que tiene el público de la marca AVIS permite al primero asimilarla con los servicios de alquiler de autos y no con servicios de hotelería.

El demandante indica que la administración ha violado los artículos 81 y 83 literal a) de la Decisión 344 y explica que IBIS reúne todos los requisitos establecidos por la norma comunitaria para ser registrado como marca, y que no se encuentra incurso en la causal de irregistrabilidad contenida en el artículo 83 literal a). Además señala que no existe similitud ortográfica entre los signos IBIS y AVIS, pues no comparten idéntica terminación “BIS” y “VIS”, llevando el uno el signo “B” y el otro “V”, hecho que conlleva cambios sustanciales en la escritura de las mismas; las vocales iniciales son diferentes, “I” y “A”, lo que los hace ortográfica y fonéticamente diferentes.

Explica que la marca IBIS, ha sido registrada por su titular no sólo en los Países del Pacto Andino que tienen un común régimen de propiedad industrial sino en varios países del mundo, y que las marcas IBIS y AVIS han coexistido en el mercado internacional sin generar confusión alguna entre los consumidores.

1.3. Contestación a la demanda:

La Superintendencia de Industria y Comercio reitera que su actuación se ajustó al trámite administrativo previsto en materia marcaría.

Dice que al comparar los signos IBIS y AVIS se evidencia que existe semejanza, existiendo confundibilidad en los aspectos ortográfico y fonético y que de coexistir en el mercado las marcas pudiesen inducir a error al público consumidor. Al realizar una visión de conjunto de la totalidad de los elementos que conforman los signos, se observa que poseen mayor significación las semejanzas que las diferencias, y que la confusión se generaría por encontrarse las dos en los servicios relativos a servicio hotelero, de turismo y afines, por lo que se concluye que la marca IBIS es irregistrable, pues no reúne los requisitos exigidos por el artículo 81 de la Decisión 344 por no tener la suficiente distintividad.

2. Competencia del Tribunal:

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para interpretar por la vía prejudicial las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros, según lo dispone el artículo 28 del mismo Tratado.

3. Normas a ser interpretadas:

De conformidad con la solicitud de interpretación prejudicial elevada por el Consejo de Estado, corresponde

interpretar los artículos 81 y 83 literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

El texto de las normas objeto de la interpretación prejudicial se transcribe a continuación:

Decisión 344

Artículo 81

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

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

Artículo 83

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

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

4. Aspectos a ser tratados en la ponencia:

La ponencia se referirá de manera principal a los siguientes temas: Requisitos para el registro de marcas; la irregistrabilidad de signos confundibles por identidad o similitud; examen de registrabilidad y reglas para la comparación entre signos.

4.1. Requisitos para el Registro de Marcas:

Los requisitos para que un signo pueda ser registrado como marca según el artículo 81 de la Decisión 344, determinan que éste sea perceptible, suficientemente distintivo y susceptible de representación gráfica. A más de cumplir los mencionados requisitos, para que se acepte como marca, es necesario que el signo no incurra en ninguna de las prohibiciones señaladas por los artículos 82 y 83 del mismo cuerpo legal.

Respecto de tales requisitos para el registro de marcas el Tribunal ha señalado que:

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

identifique y seleccione, sin riesgo de confusión o error acerca del origen o calidad del producto o servicio correspondiente".¹

La Distintividad.

La distintividad, es considerada la función principal de la marca, posibilita la distinción o identificación de productos o servicios y facilita que el público realice la elección de los bienes que desea adquirir.

Sobre el tema la doctrina aporta lo siguiente:

"Los signos distintivos constituyen instrumentos eficaces y necesarios en la política empresarial y suponen, asimismo un importante mecanismo para la protección de los consumidores".²

*"El distinguir un producto o un servicio con una marca en forma exclusiva hace la esencia del sistema marcario. Por lo tanto, una ley que no defienda en forma efectiva esta exclusividad protegiéndola contra quienes pretenden violarla, no servirá a los fines para los que fue creada."*³

La Perceptibilidad.

La marca es un bien inmaterial, por ello, es necesaria su materialización a través del empleo de elementos que transformen lo abstracto en perceptible, a través de todo signo o indicación que pueda ser captado por los sentidos.

Sobre la perceptibilidad el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha señalado lo siguiente:

*"Un signo mientras permanezca como una idea no cumplirá su función, no siendo conocido del público consumidor, ante lo cual la norma comunitaria exige la perceptibilidad, requisito necesario para poder ser registrado como marca..."*⁴

El signo cumple con la función de marca cuando tiene la posibilidad de ser perceptible para los consumidores de modo que pueda ser apreciado a través de gráficos, imágenes, impresiones, palabras, etc.

La Susceptibilidad de Representación Gráfica.

La descripción material del signo, permite que el creador de la marca la lleve del campo subjetivo a la realidad; la representación gráfica de la marca posibilita la apreciación visual del signo, permite realizar la publicación y el archivo de la denominación solicitada y sirve al examinador para formarse *"...una idea del signo objeto de la marca, valiéndose para ello de palabras, figuras o signos, o de cualquier otro mecanismo idóneo, siempre que tenga la facultad expresiva de los anteriormente señalados"*.⁵

4.2. La irregistrabilidad de signos por identidad o similitud:

La prohibición contenida en el artículo 83, literal a) de la Decisión 344, está destinada a salvaguardar el derecho de previos solicitantes o titulares de un registro marcario, señalando claramente que no son objeto de registro los signos idénticos o similares, a una marca anteriormente solicitada para su registro, o ya registrada a favor de un tercero, que identifique los mismos productos o servicios, o

para aquellos respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error; la norma enunciada no exige que el signo efectivamente provoque el error en los consumidores o usuarios, sino que basta con la sola existencia de este riesgo.

La confusión puede ser producto de la identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual del signo y la similitud de los productos o servicios que denominan las marcas confrontadas; por eso de permitirse el registro de un signo carente de distintividad, se atentaría contra el interés del titular de un signo solicitado o registrado anteriormente, y se afectaría a los consumidores creando confusión.

Acerca del riesgo de confusión el Tribunal ha expresado:

*"La posibilidad de que subsistieran en el mercado, en titularidad de dos o más personas, marcas similares o idénticas para designar productos o servicios idénticos o de la misma naturaleza o finalidad, generaría un verdadero riesgo de confusión entre los consumidores, quienes quedarían en incapacidad de distinguir el origen empresarial de los mismos bienes y escoger entre ellos, en condiciones de entera libertad."*⁶

Es de competencia del examinador observar y determinar, la existencia de identidad o semejanza entre el signo que se pretende registrar y el que obtuvo el registro previamente, para deducir y señalar si las identidades o semejanzas encontradas son de tal magnitud que se estimen capaces de generar confusión.

La confusión se produce cuando al apreciar la marca el consumidor estima que se trata de la misma a la que está habituado para adquirir determinados bienes o servicios y si bien se percata de la existencia de ciertas diferencias entre ellas, por su similitud cree que tienen el mismo origen empresarial.

La confusión producida por las marcas puede ser directa o indirecta. Aquella se da cuando el consumidor adquiere un producto y asume que está comprando otro; al paso que ésta se produce cuando el consumidor cree que el bien adquirido tiene un origen empresarial distinto al que en realidad posee.

¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 24 de abril del 2002. **Proceso N° 03-IP-2002**. Marca "TOWER". Publicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 791 de 9 de mayo del 2002.

² FERNANDEZ Novoa Carlos. "LEGISLACION. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA". Marcial Pons. Madrid, 2001. Pág. 15.

³ OTAMENDI Jorge. "DERECHO DE MARCAS" Editorial Lexis Nexis. Abeledo Perrot. Buenos Aires 2002.

⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia del 25 de octubre del 2000. **Proceso N° 71-IP-00**. Caso: "FUENTE CLARA". Publicado en la Gaceta Oficial N° 631 del 10 de enero del 2001.

⁵ ALEMAN, Marco Matías, "MARCAS". Top Management, Bogotá, pág. 77.

⁶ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia del 22 de mayo del 2002. **Proceso N° 02-IP-2002**. Marca: "PACIOLO". Publicado en la Gaceta Oficial N° 804 del 11 de junio del 2002.

4.3. Examen de registrabilidad y Reglas para la comparación entre signos:

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina reiteradamente, en sus sentencias sobre la materia, ha mencionado las reglas que deben ser consideradas para determinar la existencia del riesgo de confusión, las que según el tratadista Breuer Moreno expresan que:

1. *La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas.*
2. *Las marcas deben ser examinadas en forma sucesiva y no simultánea.*
3. *Deben tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existen entre las marcas.*
4. *Quien aprecie la semejanza deberá colocarse en el lugar del comprador presunto, tomando en cuenta la naturaleza de los productos o servicios identificados por los signos en disputa.* (“*Tratado de Marcas de Fábrica y de Comercio*”, Editorial Robis, Buenos Aires, pág. 351 y ss.)⁷

Acatando el principio doctrinario enunciado, el cotejo de todo tipo de marcas, debe realizarse en conjunto, sin desmembrar o descomponer los elementos integrantes de los signos en conflicto para establecer similitud, pues lo fundamental es tener una visión global de todos los factores integrantes de la marca con la finalidad de no destruir su unidad fonética, auditiva e ideológica; es decir que la visión de conjunto se da por la impresión que el consumidor tiene sobre la marca.

En la comparación de marcas debe emplearse el método de cotejo sucesivo; no es procedente el análisis simultáneo dado que el consumidor no observa al mismo tiempo las marcas, sino que lo hace por separado o en forma individualizada.

En cuanto a la similitud general entre dos marcas no se observan los elementos distintos, sino los elementos semejantes existentes entre ellas; se debe enfatizar en señalar cuales son las semejanzas entre los signos, puesto que es allí donde mayormente se percibe el riesgo de confusión.

4.4. Colaboración entre los Tribunales de los Estados Miembros y el Tribunal de Justicia de la Comunidad para la aplicación uniforme del derecho comunitario andino

Con el propósito de arrojar claridad acerca de las relaciones de colaboración entre el Tribunal Comunitario Andino y el Juez Nacional en el proceso de aplicación del Ordenamiento Comunitario, se hace necesario advertir que de las disposiciones previstas en los artículos 32 y 34 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se desprende que es de la competencia del órgano jurisdiccional supranacional la interpretación, por vía prejudicial, del ordenamiento jurídico de la Comunidad, mientras que la aplicación de dicho ordenamiento, en las causas sometidas válidamente al conocimiento de los Tribunales de los Estados Miembros, al igual que la interpretación y aplicación del respectivo ordenamiento

jurídico nacional, así como el examen y valoración de los hechos controvertidos en aquellas causas, corresponde a los Tribunales competentes de cada uno de dichos Estados.

La competencia de este órgano jurisdiccional, en el ámbito de la consulta prejudicial, se funda en la necesidad de garantizar la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma comunitaria en el ámbito de cada uno de los Estados Miembros. Por ello, de admitir la consulta que formule el Tribunal Nacional, este Tribunal de Justicia deberá pronunciarse a su respecto mediante la expedición de una providencia en que se limitará a precisar el contenido y alcance de la norma comunitaria, no de la norma nacional, relativa al caso concreto. De este modo, el órgano jurisdiccional comunitario contribuye con el órgano jurisdiccional nacional en la configuración de la sentencia que éste habrá de dictar, en la causa sometida a su conocimiento, con el objeto de asegurar en ella la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico de la Comunidad.

Dictada la providencia interpretativa y transmitida al órgano jurisdiccional consultante, éste deberá acogerla en la sentencia que pronuncie, toda vez que se trata de una obligación prevista en un tratado integrante del ordenamiento jurídico fundamental de la Comunidad Andina, cual es el Tratado de Creación de su Tribunal de Justicia. Y puesto que los órganos jurisdiccionales nacionales constituyen parte orgánica y funcional de los Estados Miembros, el incumplimiento de la obligación citada constituiría una infracción del ordenamiento comunitario imputable al respectivo Estado Miembro.

Por las consideraciones expuestas,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

CONCLUYE:

1. Para que un signo pueda acceder al registro se requiere que sea perceptible, susceptible de representación gráfica y suficientemente distintivo en relación con otras marcas ya registradas o solicitadas prioritariamente para registro. Debe cuidarse, así mismo, que no se encuentre comprendido en ninguna de las causales de irregistrabilidad establecidas en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.
2. De las prohibiciones de registro determinadas en el artículo 83 de la Decisión 344, y propiamente de la consignada en el literal a), se desprende que la condición de “semejanza” predicable de un signo con respecto a una marca anteriormente solicitada, constituye una causal para rechazar la segunda solicitud siempre y cuando que tenga suficiente entidad para producir confusión en los consumidores.

⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia del 10 de abril del 2002. **Proceso N° 01-IP-2002**. Marca: “JOHANN MARIA FARINA”. Publicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. N° 633 de 17 de enero del 2001.

3. Para determinar la identidad o semejanza entre dos signos marcarios en el examen de registrabilidad se debe analizar el signo en su conjunto y si de este análisis resulta una semejanza ortográfica, ideológica o fonética que pueda inducir a error al consumidor, la oficina nacional competente debe denegar la solicitud de registro.

El Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, deberá adoptar la presente interpretación al dictar la sentencia correspondiente al expediente interno N° 6902, según lo dispone el artículo 35 del Tratado de Creación de este Tribunal. Así mismo deberá dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 128 del Estatuto.

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 64 del Estatuto del Organismo, notifíquese esta sentencia al mencionado Tribunal Nacional, mediante copia sellada y certificada.

Remítase así mismo copia de aquella a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial.

Walter Kaune Arteaga
PRESIDENTE

Rubén Herdoíza Mera
MAGISTRADO

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO (a.i.)

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

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO a.i.

EL CONCEJO DEL GOBIERNO MUNICIPAL DE PASTAZA

Considerando:

Que, el Art. 62 de la Ley Fundamental para la Transformación Económica del Ecuador, Ley N° 2000-4 del 29 de febrero del 2000, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 34 del 13 de marzo del 2000, prevé que

los procesos precontractuales para contratar obras cuyo monto sea inferior al resultado de multiplicar el coeficiente 0.00002, por el monto del Presupuesto del Estado, del correspondiente ejercicio económico, reglamentará cada entidad pública; y,

En ejercicio de la facultad que le confieren los artículos 4, penúltimo inciso de la Ley de Contratación Pública y 59 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control,

Resuelve:

Expedir la siguiente: **Ordenanza que contiene el Reglamento Interno de Contrataciones y Prestación de Servicios en el Gobierno Municipal de Pastaza.**

Título I

Disposiciones Generales

Art. 1.- Ambito de aplicación: Se sujetan a las normas establecidas en este reglamento, de conformidad con la ley de la materia, la ejecución de obras y la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, cuya cuantía sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.00002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Art. 2.- Procedimientos: Para la ejecución de obras y la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría a los que se refiere el artículo precedente, se observarán los procedimientos, de conformidad a la cuantía del correspondiente presupuesto referencial actualizado, así:

- a) Concurso de Precios: Se someterán a concurso de precios, aquellos cuya cuantía sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.00002 por el monto del Presupuesto Oficial del Estado del correspondiente ejercicio económico y supere el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000008 por el monto del Presupuesto Oficial del Estado del correspondiente ejercicio económico;
- b) Concurso interno: Se someterá a proceso de concurso interno, a aquellos cuya cuantía no exceda el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000008 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, pero supere el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;
- c) Ordenes de trabajo: Podrán contratarse en forma directa, aquellas cuya cuantía no exceda el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Art. 3.- Solicitud: Cuando cualquier departamento o unidad administrativa del Gobierno Municipal de Pastaza establezca la necesidad de que se contrate la ejecución de una obra y la prestación de servicios, efectuará la solicitud respectiva al señor Alcalde, solicitud que deberá contener las razones que motivan dicho requerimiento y las características mínimas que deben reunir la obra o servicios, el presupuesto referencial de la obra o servicio a contratarse.

Art. 4.- Certificados de fondos: En forma previa a iniciar todo proceso precontractual, será requisito indispensable la certificación por escrito de existencia y disponibilidad de Fondos Suficientes y la correspondiente Partida Presupuestaria, por parte de la Dirección Financiera del Gobierno Municipal de Pastaza, solicitada por el Director o Jefe de la unidad administrativa que requiere el proceso de contratación.

Art. 5.- Prohibición de subdividir contratos: El objeto de contratación o ejecución de un proyecto, no podrá ser subdividido en cuantías menores, en forma que mediante la celebración de varios contratos, se eludan o se pretenda eludir los procedimientos establecidos en este reglamento. La trasgresión de esta norma será sancionada con la remoción del cargo de los funcionarios que tomen tal decisión, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.

Título II

Capítulo I

Del Comité de Adjudicación

Art. 6.- Integración: El Comité de Adjudicación del Gobierno Municipal de Pastaza estará integrado de la siguiente manera:

- El Alcalde o su delegado, quien lo presidirá.
- El Director o Jefe del departamento o unidad administrativa solicitante del proceso de contratación.
- Un delegado por el Colegio Profesional a cuyo ámbito de actividad corresponde la mayor participación del proyecto, de acuerdo con el valor estimado para la contratación.

Actuará como Secretario el Procurador Síndico Municipal o su delegado.

El Comité de Adjudicación sesionará con el quórum reglamentario.

Art. 7.- Funciones: El Comité adjudicará a aquella oferta que obtenga el mayor puntaje determinado por la Comisión Asesora.

En el término máximo de cinco días, conocido el informe, el Presidente del comité adjudicará la contratación al oferente que presentó la oferta más conveniente para la institución.

Capítulo II

De la Comisión Asesora

Art. 8.- La Comisión Asesora para Concurso de Precios y Prestación de Servicios estará integrada por tres miembros:

- a) Un profesional técnico, nominado por el señor Alcalde, quien lo presidirá;
- b) Un profesional técnico nominado por el departamento o unidad administrativa solicitante del proceso de contratación; y,

- c) Un delegado del Colegio Profesional al que corresponde el mayor porcentaje de la obra o contratación a ejecutarse.

El miembro de la Comisión Asesora que no pertenezca al Gobierno Municipal de Pastaza, percibirá una dieta equivalente a 10 dólares, con un máximo de 50 dólares al mes.

Actuará como Secretario el Procurador Síndico Municipal o su delegado.

La Comisión Asesora sesionará con el quórum reglamentario.

Art. 9.- Funciones de la Comisión Asesora: Son funciones de la Comisión Asesora:

- a) Verificar que el oferente conste en el Registro de Contratistas y Proveedores de Servicios del Municipio de Pastaza, el que estará abierto durante todo el año para quienes deseen inscribirse;
- b) Verificar que el oferente no conste como inhabilitado para contratar, en los términos señalados por la Ley de Contratación Pública; y,
- c) Verificar que la oferta contenga la documentación exigida por el Municipio.

A las sesiones de la Comisión Asesora, asistirán, con voz informativa y en calidad de asesores o técnicos de apoyo, los profesionales internos que sean llamados por la comisión, cuando ésta lo considere conveniente.

Art. 10.- Parámetros para la recomendación de adjudicación, por parte de la Comisión Asesora: La Comisión Asesora recomendará la adjudicación a quien presente la oferta que resultare más conveniente, aplicando el principio de segundo promedio que a continuación se describe:

- a) Si se presenta una sola oferta, se recomendará la adjudicación a la misma, siempre y cuando el monto y plazo de esta oferta esté en el rango de + - 10% del presupuesto y plazo referencial de la entidad;
- b) Para el caso de dos o más ofertas que hubieran sido calificadas, se obtendrá un primer promedio a base del que se eliminarán todas las ofertas cuyos montos y plazos estén fuera del + - 10% de esos promedios. De las ofertas que permanezcan, se obtendrá un segundo promedio en montos y plazos, mediante los cuales se procederá al análisis de valoración de montos y plazos, considerando los siguientes parámetros:

Concepto	Ponderación
Valor total de la oferta	80 puntos
Plazo	20 puntos
Total	100 puntos

Puntaje total de la oferta:

Para determinar el puntaje de cada una de las ofertas calificadas, se procederá de la siguiente manera:

$$\text{Puntaje del monto} = \frac{(\text{Monto del segundo promedio} - 10\%)}{\text{Monto de la oferta analizada}} \times 80$$

$$\text{Puntaje del plazo} = \frac{(\text{Plazo del segundo promedio} - 10\%)}{\text{Plazo oferta analizada}} \times 20$$

$$\text{Puntaje total de la oferta} = \text{Puntaje del monto} + \text{Puntaje del plazo.}$$

La Comisión Asesora informará la oferta con mayor puntaje.

En el caso que permanezca una sola oferta, ésta será la recomendada para adjudicarse.

La Comisión Asesora presentará un informe, al término de cinco días contados a partir de su notificación, en el que se indicará:

1. Participantes.
2. Comprobación de documentos.
3. Análisis técnico de las ofertas presentadas.
4. Resumen de: montos, plazos y puntajes.
5. Observaciones, conclusiones y recomendaciones.

Art. 11.- Registro de contratistas del Gobierno Municipal de Pastaza: A través de los medios de comunicación escrita, de mayor difusión, el Municipio de Pastaza convocará a todas las personas naturales o jurídicas que estén en capacidad de contratar y que deseen inscribirse en el Registro de Contratistas del Municipio de Pastaza, para participar como contratistas de obras y prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría.

La información personal, técnica y económica de los contratistas, proveedores de servicios, deberá cumplir con los requisitos solicitados por la Municipalidad, según instructivo de calificación que deberá sustentarse mediante documentos notariados, el interesado incluirá una autorización para que la entidad pueda verificar la legitimidad de la información.

La documentación será canalizada inmediatamente hacia los departamentos respectivos que se encargarán de conformar el Registro de Contratistas y Proveedores de Servicios, información que será actualizada y relacionada permanentemente con los contratos suscritos y adjudicados en todas las dependencias.

El Gobierno Municipal de Pastaza mantendrá una base de datos actualizada de contratistas y proveedores de servicios en la que, entre otras referencias constarán: detalles personales, información técnica, contratos adjudicados, monto de los contratos y contratos suscritos.

Art. 12.- De los habilitados para contratar: Las personas naturales y/o jurídicas que hayan expresado su voluntad de contratar con la entidad municipal, inscribiéndose en el Registro de Contratistas, de acuerdo a su especialidad técnica, experiencia y capacidad económica, tendrán el derecho de ser considerados como contratistas de la Municipalidad y podrán ser contratados, de acuerdo al proceso de adjudicación de obras y prestación de servicios, de conformidad con el presente reglamento.

Los contratistas y proveedores de servicios, no podrán contratar con la Municipalidad, en los casos que estén impedidos o inhabilitados por la ley.

En ningún caso podrá adjudicarse a un mismo contratista, en forma simultánea, más de un contrato. Para acceder a un nuevo contrato, se deberá haber suscrito con la entidad, la respectiva acta de entrega recepción provisional, en los términos señalados por la ley.

Prohíbese la adjudicación, a un mismo contratista, de más de tres contratos en el mismo año del ejercicio económico. Del incumplimiento de esta norma será personal y pecuniariamente responsable la máxima autoridad administrativa de la entidad o quien actuó como delegado en el proceso.

Art. 13.- Procesos de contratación: Las dependencias municipales, una vez que hayan cumplido con los requisitos legales precontractuales, en función del monto del presupuesto referencial de las obras a contratarse, adoptarán el siguiente proceso de adjudicación:

Orden de trabajo: A través de una invitación, a por lo menos tres contratistas habilitados y calificados del Registro de Contratistas del Gobierno Municipal de Pastaza, se procederá al sorteo y adjudicación directa de la obra, en el que deberá adherirse el monto y plazo del presupuesto institucional.

La institución, en este tipo de contratos, entregará el 50% del monto, en calidad de anticipo, al momento de suscribir el contrato y el 50% restante, a la recepción provisional.

Concurso interno: A través de boletines publicados en las carteleras de la entidad y colegios profesionales, correo electrónico y los principales medios de comunicación escrita, en caso de ser necesario, se procederá a convocar a los profesionales calificados y habilitados en el registro del Gobierno Municipal de Pastaza.

La selección de contratistas para las adjudicaciones de todas las obras a ser contratadas por la Municipalidad, se las efectuará en audiencia pública, en el salón de la ciudad del Gobierno Municipal de Pastaza. Las obras se asignarán a los contratistas calificados y presentes, en función de la especialidad y experiencia técnica requerida, adhiriéndose al monto y plazo del presupuesto institucional.

Para cada obra, se seleccionará en forma aleatoria, a las personas naturales y jurídicas, según la especialidad técnica requerida; luego de la adjudicación general, se seleccionará, de similar manera, a otros contratistas que conformarán parte de una lista de espera que alcanzará hasta el 30% de la totalidad de los contratos adjudicados.

En caso que el contratista adjudicado no esté disponible para realizar la obra o no acepte los precios referenciales institucionales y/o los términos señalados por la entidad, se adjudicará de acuerdo al orden secuencial del sorteo, a los contratistas seleccionados en la lista de espera.

Con el resultado del sorteo, se adjudicará de manera inmediata a los contratistas seleccionados.

En la adjudicación se describirá el objeto del contrato y se le suministrará la información técnica correspondiente, debiendo el contratista adjudicado presentarse en el término máximo de dos días. Conocida la información técnica suministrada, el contratista deberá responder a la entidad, en el término adicional de tres días, su disponibilidad y decisión de contratar o no.

Concurso de precios: A través de boletines publicados periódicamente en las carteleras de la entidad y colegios profesionales, los principales medios de comunicación escrita y correo electrónico, se publicarán convocatorias unificadas de todas las dependencias del Gobierno Municipal de Pastaza, para que los contratistas presenten sus ofertas, según la especialidad técnica requerida.

Si en el Registro de Contratistas del Gobierno Municipal de Pastaza no existieren inscritos técnicos de la especialidad requerida, la máxima autoridad de la entidad invitará a ofertas de manera directa a contratistas conocidos en esa especialidad.

Las propuestas serán entregadas de acuerdo con los documentos y formatos suministrados por la entidad, en un sobre cerrado con las debidas seguridades, hasta la fecha y hora límite señalada en los documentos precontractuales.

La Comisión Asesora evaluará e informará sobre las ofertas presentadas, mediante cuadros comparativos, respecto al cumplimiento de las especificaciones solicitadas, debiendo adicionalmente, implementar el cálculo del segundo promedio para la calificación.

En caso que la oferta con mayor puntaje no convenga a los intereses del Gobierno Municipal de Pastaza, la Comisión de Adjudicación declarará desierto el proceso y volverá a realizar una nueva convocatoria.

Art. 14.- Derogatoria: Derógase la Ordenanza que Reglamenta la Integración y Funcionamiento de los comités de Contratación, de Licitación y Concurso Público de Ofertas y del Comité Interno de Contrataciones del Municipio de Pastaza, publicada en el Registro Oficial N° 94 del jueves 8 de junio del 2000 y reglamentos de Contratación de Bienes y Servicios, aprobados por el Gobierno Municipal de Pastaza que se opongan al presente reglamento.

Art. 15.- Vigencia: Este reglamento entrará en vigencia, a partir de su aprobación por el Concejo del Gobierno Municipal de Pastaza.

Dada en la sala de sesiones del Gobierno Municipal de Pastaza, a los veinticuatro días del mes de diciembre del 2004.

Certificación.- Certifico que el Concejo del Gobierno Municipal de Pastaza, aprobó la "**Ordenanza que contiene el Reglamento Interno de Contrataciones y Prestación de Servicios en el Gobierno Municipal de Pastaza**" en sesión ordinaria del día viernes veinticuatro de diciembre del año dos mil cuatro.

f.) Dr. Jaime Berzosa Cárdenas, Secretario General.

Certificación.- Certifico que la "**Ordenanza que contiene el Reglamento Interno de Contrataciones y Prestación de Servicios en el Gobierno Municipal de Pastaza**", fue discutida y aprobada en las sesiones ordinarias de Concejo efectuadas a los diecinueve días del mes de noviembre y a los veinticuatro días del mes de diciembre del año dos mil cuatro, aprobándose en esta última fecha la redacción definitiva de la misma.- Puyo, 27 de diciembre del 2004.

f.) Dr. Jaime Berzosa Cárdenas, Secretario General.

Proveído.- Puyo, 28 de diciembre.- A las 15h00, conforme lo dispone el Art. 128 de la Ley de Régimen Municipal, pase la "**Ordenanza que contiene el Reglamento Interno de Contrataciones y Prestación de Servicios en el Gobierno Municipal de Pastaza**", al señor Alcalde del Gobierno Municipal de Pastaza para su sanción, en vista de haberse cumplido con los requisitos legales correspondientes.

f.) Lic. Jhony Fernández Cox, Vicepresidente del Concejo.

Certificación.- Proveyó y firmó el decreto que antecede, el señor Lic. Jhony Fernández Cox, Vicepresidente del Concejo, en Puyo, a los veintiocho días del mes de diciembre del año dos mil cuatro.

f.) Dr. Jaime Berzosa Cárdenas, Secretario General.

Sanción.- Puyo, 31 de diciembre del 2004. De conformidad con el Art. 129 de la Ley de Régimen Municipal y observando el trámite legal pertinente, sanciono la "**Ordenanza que contiene el Reglamento Interno de Contrataciones y Prestación de Servicios en el Gobierno Municipal de Pastaza**" y ordeno que se envíe a los organismos competentes para su promulgación.

f.) Lic. Raúl Tello Benalcázar, Alcalde del Gobierno Municipal de Pastaza.

Certificación.- Sancionó y firmó la "**Ordenanza que contiene el Reglamento Interno de Contrataciones y Prestación de Servicios en el Gobierno Municipal de Pastaza**", conforme al decreto que antecede el señor Lic. Raúl Tello Benalcázar, Alcalde del Gobierno Municipal de Pastaza, en Puyo, a los treinta y un días del mes de diciembre del año dos mil cuatro.

f.) Dr. Jaime Berzosa Cárdenas, Secretario General.