

# REGISTRO OFICIAL

Organo del Gobierno del Ecuador



---

**Suplemento del Registro Oficial**

*Año II - Quito, Martes 9 de Enero del 2007 - N° 433*



---

Administración del Sr. Dr. Alfredo Palacio González  
Presidente Constitucional de la República  
Responsabilidad de la Dirección del Registro Oficial



# REGISTRO OFICIAL

## ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Dr. Alfredo Palacio González  
Presidente Constitucional de la República

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Año II -- Quito, Martes 9 de Enero del 2007 -- N° 433

DR. VICENTE NAPOLEON DAVILA GARCIA  
DIRECTOR

Quito: Avenida 12 de Octubre N 16-114 y Pasaje Nicolás Jiménez  
Dirección: Telf. 2901 - 629 -- Oficinas centrales y ventas: Telf. 2234 - 540  
Distribución (Almacén): 2430 - 110 -- Mañosca N° 201 y Av. 10 de Agosto  
Sucursal Guayaquil: Calle Chile N° 303 y Luque -- Telf. 2527 - 107  
Suscripción anual: US\$ 300 -- Impreso en Editora Nacional  
1.900 ejemplares -- 40 páginas -- Valor US\$ 1.25

## SUPLEMENTO

### SUMARIO:

	Págs.		Págs.	
<b>DICTAMENES:</b>				
<b>ACUERDO DE CARTAGENA:</b>				
09-2005	Procedimiento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento iniciado por INTERAMERICANA GAME TECHNOLOGY LTDA. contra la República del Ecuador por el presunto incumplimiento de los artículos 80 literal c) del Acuerdo de Cartagena, artículos 6, 7, 8 y 10 de la Decisión 439 y los artículos 2, numeral 3, 3 y 4 de la Decisión 510 .....	2	consulta formulada por la Primera Sala del Tribunal Distrito N° 1 de lo Contencioso Administrativo, con sede en Quito, de la República del Ecuador. Expediente Interno N° 1678-LR. Actor: BAVARIA S. A. Marca: "FORMA DE BOTELLA" .....	14
10-2005	República Bolivariana de Venezuela - Restricciones y gravámenes aplicados a productos alimenticios originarios de la República de Colombia en incumplimiento del Programa de Liberación .....	11	<b>FUNCION JUDICIAL</b>	
			<b>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL:</b>	
			Recursos de casación en los juicios seguidos por las siguientes personas:	
		431-04	Delia Yolanda Villón Mora en contra del Alcalde de la Municipalidad de Guayaquil y otro .....	24
		435-04	Jerson Hermes Huertas Velasco en contra de Jorge Humberto Romo Obando .....	25
		444-2004	Esmeralda Marisol Pavón Erazo en contra de la Empresa SICOBRA S. A. ...	26
		27-05	Pedro Wilson Guerra Candelario en contra de Angel Oswaldo Morales Moya .....	27
<b>PROCESO:</b>				
33-IP-2005	Interpretación prejudicial de oficio de los artículos 71 y 72, literales a) y b), de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y de la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 344, con fundamento en la			

	Págs.
30-05 Luis Peña en contra del Ing. Bolívar Prieto Calderón .....	28
112-05 Patricio Maldonado en contra de Televisión y Ventas Televent S. A. (Tventas) .....	28
159-05 Pilar Panchana Chalen en contra de EMETEL S. A. ....	29
163-05 Ing. Com. Rosa Celia Mora Manjarrez en contra de José Ottati Giorgio y otra	30
165-05 Marjorje Clemencia Cevallos Moreno en contra doctor William Patricio Ruiz Haro .....	31
340-2005 John Figueroa Loy en contra de la Cooperativa de Transporte Flecha Verde ....	32
342-2005 Elki Rodrigo Altamirano Avila en contra de la Empresa SICOBRA S. A. ..	33
355-2005 María Ibarra en contra de Gladys Ximena Cáceres Estrella .....	33
370-05 Doris Paulina Cumba Paraguay en contra de Sandra Azucena Guevara .....	35
417-2005 Walter Remigio Macías Sanclemente en contra del arquitecto Jacinto Bedoya Vaca .....	36
472-2005 Cléber Arturo Andrade Pozo en contra de la Compañía OFICECUADOR S. A.	37
484-05 Bolívar Herrera Rivera en contra de la Compañía H.O.V. Hotelera Quito S. A.	38
501-05 César Eduardo Loza Pintado en contra de "Islas Galápagos Turismo y Vapores C. A." .....	39
17-2006 Fredi David Meléndez Quintana en contra del Banco Ecuatoriano de la Vivienda - BEV- .....	40

#### DICTAMEN N° 09-2005

**Procedimiento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento iniciado por INTERAMERICANA GAME TECHNOLOGY LTDA. contra la República del Ecuador por el presunto incumplimiento de los artículos 80 literal c) del Acuerdo de Cartagena, artículos 6, 7, 8 y 10 de la Decisión 439 y los artículos 2, numerales 3, 3 y 4 de la Decisión 510.**

7 de diciembre del 2005

#### I. ACTUACIONES PROCESALES.

Mediante comunicación de fecha 21 de julio del 2005, la empresa INTERAMERICANA GAME TECHNOLOGY LTDA., representada por su apoderado José Manuel Alvarez Zárate, amparado en lo dispuesto por el artículo 25

del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, presentó un reclamo por posible incumplimiento por parte de la República de Ecuador de las decisiones 439 (Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina) y 510 (Adopción del Inventario de Medidas Restrictivas del Comercio de Servicios) del Ordenamiento Comunitario, al adoptar medidas a través de su legislación interna que limitan indebidamente el derecho al establecimiento para la prestación del servicio de operación de juegos de suerte y azar en salas para máquinas tragamonedas.

Posteriormente, el 19 de agosto del 2005, INTERAMERICANA GAME TECHNOLOGY LTDA. Envío una comunicación por medio de la cual solicitó se incluya como medida acusada en su reclamo, el Decreto Ejecutivo 355, publicado en el Registro Oficial N° 77 del 6 de agosto del 2005, expedido por parte del Gobierno del Ecuador, al ser, según se manifestó en el escrito, igualmente violatorio de la normativa andina.

En la misma fecha, INTERAMERICANA GAME TECHNOLOGY LTDA. aclaró el reclamo presentado y manifestó bajo juramento que ni la referida compañía, ni su apoderado, iniciaron ninguna acción o reclamación ante las autoridades judiciales de la República del Ecuador sobre los hechos materia del reclamo.

El 5 de septiembre del 2005, la Secretaría General, luego de haber verificado el cumplimiento de los requisitos procesales correspondientes, previstos en el artículo 21 de la decisión 623, admitió a trámite en la fase prejudicial de la acción de incumplimiento el reclamo presentado por la empresa INTERAMERICANA GAME TECHNOLOGY LTDA. y corrió traslado del mismo a la República del Ecuador, mediante comunicación SG-F/0.11/1389/2005, otorgándole 20 días hábiles para presentar su contestación. Asimismo, notificó a los demás Países Miembros de la referida actuación el día 6 de septiembre, mediante comunicación SG-X/0.11/1072/2005.

El 15 de septiembre del 2005, INTERAMERICANA GAME TECHNOLOGY LTDA. solicitó, al amparo del artículo 18 de la Decisión 623, la convocatoria a una reunión con las partes interesadas en el procedimiento, con la finalidad de que se realicen las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento.

El 29 de septiembre del 2005, dentro del plazo otorgado por la Secretaría General para contestar el reclamo, el Ministerio de Comercio Exterior, Pesca y Competitividad del Ecuador (MICIP), mediante Fax N° 331 DININ solicitó una prórroga para presentar sus descargos.

Con fecha 10 de octubre del 2005, mediante comunicaciones SG-F/0.11/1560/2005 y SG-F/0.11/1562/2005 este órgano comunitario atendió el pedido formulado por INTERAMERICANA GAME TECHNOLOGY LTDA. y convocó a las partes involucradas en el procedimiento a una reunión a llevarse a cabo el viernes 28 de octubre del 2005, en la sede de la Secretaría General.

El día 13 de octubre del 2005, en ejercicio de la potestad establecida por el artículo 17 de la Decisión 623, la Secretaría General dispuso extender por diez días hábiles el

plazo del Gobierno ecuatoriano para dar contestación al reclamo, lo cual fue notificado a las partes mediante comunicaciones SG-F/0.11/1628/2005 y SG-F/0.11/1629/2005.

Con fecha 14 de octubre del 2005, el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad (MICIP) del Ecuador remitió el fax N° 399 DININ, mediante el cual dio respuesta al reclamo formulado, señalando que las medidas adoptadas por el Ecuador se aplican de manera proporcionada en función al objetivo de las mismas, es decir, proteger la moral o preservar el orden público y mejorar la salud integral de sus ciudadanos previniendo la enfermedad de la ludopatía.

De igual forma, la República de Ecuador manifiesta que las referidas medidas no tienen por objeto proteger a empresas nacionales, o prestadores de servicios turísticos nacionales, ni aplicarse de forma tal que constituyan un obstáculo innecesario al comercio subregional de servicios, ni un medio de discriminación en contra de servicios o prestadores de servicios de la Comunidad Andina, en relación al trato otorgado a otros países, miembros o no de la Comunidad Andina.

El 28 de octubre del 2005 se realizó en la sede de la Secretaría General una reunión informativa en el marco del presente procedimiento. En dicha reunión participaron los representantes de la empresa INTERAMERICANA GAME TECHNOLOGY, del Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad del Ecuador, del Ministerio de Turismo del Ecuador y representantes de la Secretaría General. Acta de la misma reposa en el expediente de la Secretaría General.

## II. IDENTIFICACION Y DESCRIPCION DE LAS MEDIDAS MATERIA DEL RECLAMO.

El asunto sometido a consideración de este órgano comunitario tiene por objeto determinar el estado de cumplimiento de las obligaciones que los artículos 4 del Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia, 80 literal c) del Acuerdo de Cartagena; 6, 7, 8 y 10 de la Decisión 439 y los artículos 2, numeral 3, 3 y 4 de la Decisión 510 imponen a la República del Ecuador, como País Miembro de la Comunidad Andina.

Dichas normas comunitarias, a consideración de la empresa INTERAMERICANA GAME TECHNOLOGY LTDA., habrían sido contravenidas por los artículos 91 y 92 del Reglamento General de Actividades Turísticas, los artículos 42 literal f) y 43 literal f) del Reglamento General de Aplicación de la Ley de Turismo, el Decreto Ejecutivo N° 1186, publicado el 15 de enero del 2004, y su modificatoria el Decreto Ejecutivo N° 355 publicado el 8 de agosto del 2005; así como los procedimientos gubernativos seguidos por el Ministerio de Turismo y el Ministerio de Gobierno del Ecuador.

- **El Reglamento General de Aplicación de la Ley de Turismo, Decreto Ejecutivo N° 1186, publicado el 16 de diciembre del 2003.**

Dicho reglamento establece cuáles son las actividades que pueden ser consideradas turísticas, incluyendo en su literal f) "*Casinos, salas de juego (bingo-mecánicas) hipódromos y parques de atracciones estables.*"

Por su parte, el artículo 43, literal f) del referido Reglamento General señala en primer lugar, que se considerará casinos a:

*"(...) los establecimientos autorizados por el organismo oficial de turismo, que se dediquen de manera exclusiva a la práctica, con fines de lucro, de juegos de envite o azar, de mesa y banca en los que se utilicen naipes, dados, ruletas, máquinas de juego o tragamonedas, mecánicas, electromecánicas o electrónicas, cualquiera sea su denominación, en los que se admitan las apuestas del público o que permita al jugador un tiempo de uso a cambio del pago del precio de la jugada, siempre que el resultado no dependa exclusivamente de destreza del jugador, sino exclusivamente del azar".*<sup>1</sup>

Seguidamente el mismo literal f) define qué debe entenderse por salas de bingo indicando que son "*establecimientos abiertos al público, en los cuales previa autorización expresa del organismo oficial de turismo, se organice de manera permanente y con fines de lucro el denominado juego mutual de bingo, mediante el cual los jugadores adquieren una o varias tablas y optan al azar por un premio en dinero en efectivo a base de las condiciones, montos y porcentajes determinados de manera previa a cada una de las jugadas, en función del número de participantes en la misma.*" (el subrayado es nuestro)

Finalmente, se define a los hipódromos como "*establecimientos turísticos que prestan servicios de juegos de azar, mediante la realización de carreras de caballos, de manera habitual y mediante apuesta, con o sin servicios de carácter complementario.*"<sup>2</sup>

Concluye el citado literal señalando que "*las empresas que conduzcan las salas de juegos definidas en el párrafo precedente, solamente podrán operar si gozan de derechos adquiridos a su favor y fallos judiciales constitucionales definitivos o de justicia ordinaria emanados de autoridad competente, de conformidad a lo acotado en el Art. 63 de la Ley de Turismo.*"<sup>3</sup>

- **Reglamento General de Actividades Turísticas expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 3400 y publicado el 17 de diciembre de 2002.**

El artículo 91 del Decreto Ejecutivo No. 3400 complementa la definición de "casino" contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1186, en el sentido de considerar casinos a "*(...) los establecimientos que se dediquen a la práctica de juegos de mesa o banca en los que se utilicen naipes, dados, máquinas tragamonedas o ruletas en los que se admita apuestas del público y cuyo resultado dependa del azar. Los casinos solo pueden operar en hoteles.*"<sup>4</sup>

Adicionalmente, el artículo 92 del citado Reglamento General establece una definición de máquina tragamonedas y restringe su funcionamiento únicamente a los casinos, los cuales como se observa de la lectura del artículo 91 sólo pueden operar en hoteles:

<sup>1</sup> Subrayado fuera de texto.

<sup>2</sup> Subrayado fuera de texto.

<sup>3</sup> Subrayado fuera de texto.

<sup>4</sup> Subrayado fuera de texto.

*“Son máquinas tragamonedas todas las máquinas de juego, mecánicas, electromecánicas o electrónicas, cualquiera sea su denominación, que permitan al jugador un tiempo de uso a cambio del pago del precio de la jugada en función del azar y eventualmente la obtención de un premio y que funcionan mediante la introducción de monedas, papel moneda o fichas por una ranura de la máquina, con el pago automático e inmediato del premio obtenido o con el pago de los créditos acumulados por el jugador, de acuerdo con el programa de juego.*

*Las máquinas tragamonedas no podrán funcionar dentro de establecimientos distintos a los casinos. No se autorizará su instalación en locales comerciales en general o como servicios complementarios de bares, restaurantes, discotecas, salas de baile, bingos, establecimientos de alojamiento y demás actividades turísticas o conexas.(...)”*<sup>5</sup>

• **Decreto No. 355 del 8 de agosto del 2005.**

Mediante el referido decreto se modificó el Reglamento General de Aplicación de la Ley de Turismo y se dispuso la incorporación de un nuevo capítulo a dicho Reglamento, el cual contiene disposiciones especiales relativas a máquinas tragamonedas.

En el decreto se reafirma la circunscripción de la operación de máquinas tragamonedas a casinos y se limita la definición de máquina tragamonedas.

*“Se prohíbe otorgar registros, licencias o permisos para el funcionamiento de locales, distintos a los casinos, en los que operen máquinas tragamonedas mecánicas, electromecánicas o electrónicas, cualquiera sea su denominación, y en las que intervenga el azar; que funcionen mediante la introducción de monedas, papel moneda o fichas por una ranura de la máquina; y, que a cambio del precio de la jugada, paguen premios o créditos que pueden ser acumulados y posteriormente canjearlos por dinero.”*<sup>6</sup>

Asimismo, se establece que se sancionará con la clausura a aquellos establecimientos que, sin ser del giro del negocio turístico, permitan en su interior el funcionamiento de salas de juego y máquinas tragamonedas. *“El Ministerio de Gobierno y Policía clausurará aquellos establecimientos o locales cuyo giro del negocio no sea turístico, en los que funcionen salas de juego y máquinas tragamonedas en las que intervenga el azar.”*

Por otra parte, se modifica el encabezado y la segunda parte del primer inciso del literal f) del artículo 43 del citado Decreto Ejecutivo N° 1186, señalando:

*“f) Casinos, salas de juego (bingo-mecánicos), hipódromos y parques de atracciones estables.*

*“(...) Serán consideradas salas de juego (bingomecánicos) los establecimientos abiertos al público, en los cuales, previa autorización expresa del*

*organismo oficial de turismo, se organice de manera permanente y con fines de lucro el denominado juego mutual de bingo, mediante el cual los jugadores adquieren una o varias tablas y optan al azar por un premio en dinero en efectivo a base de las condiciones, montos y porcentajes determinados de manera previa a cada una de las jugadas, en función del número de participantes en la misma. En estas salas de juego no podrá instalarse ni practicarse ningún otro juego en los que intervenga el azar, tales como máquinas tragamonedas, mesas de juego, ruletas y otros juegos exclusivos para casinos. (...)”*<sup>7</sup>.

**III. ARGUMENTOS DEL RECLAMO Y DE LA CONTESTACION.**

• **Argumentos de la reclamante INTERAMERICANA GAME TECHNOLOGY LTDA.** INTERAMERICANA GAME TECHNOLOGY señaló en su escrito de reclamo los siguientes argumentos:

- a) Los artículos 91 y 92 del Reglamento General de Actividades Turísticas y los artículos 42 literal f) y 43 literal f) del Reglamento General de Aplicación de la Ley de Turismo, así como los procedimientos gubernativos seguidos por el Ministerio de Turismo y el Ministerio de Gobierno del Ecuador para su aplicación, son medidas contrarias a las reglas de acceso al mercado, tal como están definidas en la Decisión 510. Por lo tanto, dichas medidas configuran incumplimiento flagrante del programa de liberación del comercio de servicios contenido en el Capítulo VII, artículo 80, literal c) del Acuerdo de Cartagena; los artículos 6, 7, 8 y 10 de la Decisión 439, los artículos 2 numerales 1 y 3, 3 y 4 de la Decisión 510.
- b) Las medidas expedidas por la República del Ecuador y su forma de aplicación por los Ministerios de Turismo y Gobierno violan la obligación general de no hacer contenida en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, frente a la apertura del mercado de juegos de suerte y azar, en particular lo referido a la operación de salas de juego fuera de hoteles.
- c) La obligación de explotar máquinas electrónicas tragamonedas sólo en casinos que se encuentren en hoteles es un requisito de desempeño que vulnera el ordenamiento de servicios regulado por el Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina, Decisión 439.
- d) Las medidas adoptadas por el Gobierno ecuatoriano son discriminatorias entre actividades del mismo sector de juegos de suerte y azar. Por una parte, existen las salas de juego (bingo-mecánicos) que obtienen las autorizaciones de funcionamiento, y por otra las salas de máquinas electrónicas tragamonedas que en principio no son autorizadas, pero que para operar deben tener un derecho adquirido o fallo a su favor. De esta forma, se configura una discriminación y, en

<sup>5</sup> Subrayado fuera de texto.

<sup>6</sup> Subrayado fuera de texto.

<sup>7</sup> Subrayado fuera de texto.

consecuencia, se constituye una barrera de entrada al mercado a los nuevos operadores que quieran prestar este servicio. De esta manera, se viola la obligación de otorgar un trato no menos favorable que el concedido a prestadores de servicios similares contemplada en el artículo 8 de la Decisión 439.

- e) La República del Ecuador adquirió los compromisos de liberalización contenidos en las Decisiones 439 y 510, que obligan a los Países Miembros a no establecer nuevas medidas que incrementen el grado de disconformidad o que incumplan los compromisos contenidos en los artículos 6, 7, 8 y 10 de la Decisión 439; para lo cual los Países Miembros presentaron su listado de medidas de aplicación general que se refirieran o afectaran el funcionamiento de sectores sensibles, dejando en libertad total para el acceso andino, todos aquellos sectores que no fueron incluidos.
- f) El sector de prestación de servicios de juego de suerte y azar no fue excluido por Ecuador, en consecuencia este país asumió la obligación de no imponer requisito de desempeño (en hoteles) y otorgar a los prestadores de servicios de juego de suerte y azar de los países miembros, un acceso al mercado bajo las diferentes formas de prestación de éstos servicios.
- g) Los referidos compromisos imponen al Ecuador la obligación de aceptar que se establezcan locales comerciales para salas de juego sin discriminar, ni frente a la actividad (bingos o máquinas electrónicas tragamonedas), ni frente a los competidores (peruanos, ecuatorianos o panameños), adquiriendo también la obligación de eliminar los requisitos de desempeño sobre la apertura de locales para máquinas tragamonedas únicamente en casinos que funcionen en hoteles.

• **Argumentos de la República del Ecuador.**

Por su parte el Gobierno del Ecuador expuso los siguientes argumentos:

- a) Los juegos de azar se encuentran prohibidos de manera general en la República del Ecuador desde la expedición del Decreto Supremo 130, publicado el 3 de enero de 1938, en el que se estableció, en su artículo 1, que *“Quedan prohibidos los juegos de azar, o sea aquellos en que hay envite o se arriesga dinero o algo que lo valga, y la ganancia o pérdida depende única y exclusivamente de la suerte”*. Por excepción, la explotación de máquinas tragamonedas para juegos de azar sólo puede ser realizada en casinos, los cuales son considerados por la normativa vigente como establecimientos dedicados al ejercicio de actividades turísticas.
- b) Para realizar actividades turísticas en el Ecuador es necesaria la obtención de determinadas autorizaciones administrativas, como son, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 de la Ley de Turismo ecuatoriana, el *Registro de Turismo y la Licencia Anual de Funcionamiento*. La competencia para el otorgamiento de las referidas autorizaciones

está asignada, según el caso, al Ministerio de Turismo o a una municipalidad con competencias descentralizadas en el ámbito turístico.

- c) Las autorizaciones administrativas se otorgan exclusivamente, previo el cumplimiento de requisitos legales tendientes a la protección de los usuarios del servicio turístico y el control de la idoneidad (calidad y correspondencia) del servicio que se oferta y presta.
- d) El establecimiento de una casa de juegos de azar, empleando máquinas tragamonedas, sin que esta casa sea un casino que cuente con las autorizaciones administrativas correspondientes de conformidad con la Ley de Turismo y sus normas derivadas, incurre en el delito tipificado en el artículo 313 del Código Penal ecuatoriano:

*“Los que establezcan casas o mesas de juegos prohibidos, sin permiso de la autoridad respectiva, serán reprimidos con prisión de tres a seis meses y multa de dieciséis a sesenta y dos dólares de los Estados Unidos de Norte América.”*

*Los culpados podrán, además, ser puestos bajo la vigilancia especial de la autoridad por seis meses a lo menos y un año a lo más.*

*En todo caso, serán comisados los fondos y efectos que se hubieren encontrado expuestos al juego, así como los muebles, instrumentos, utensilios y aparatos destinados al servicio de los juegos.”*

- e) Todo establecimiento de juego, incluso los casinos autorizados por autoridad administrativa de conformidad con la Ley de Turismo<sup>8</sup>, incurriría en el delito tipificado en el artículo 314 del Código Penal ecuatoriano si se permite el ingreso de menores de edad, o de otros sujetos que la legislación ecuatoriana considera importante proteger:

*“Serán reprimidos con prisión de cuatro meses a un año y multa de dieciséis a sesenta dólares de los Estados Unidos de Norte América, los que en las casas de juego que corren a su cargo consientan a hijos de familia, dependientes de almacenes o de otros establecimientos de comercio o industria, sirvientes domésticos o individuos notoriamente vagos.”*

- f) Las máquinas tragamonedas son instrumentos de juego. Los juegos que se pueden realizar a través de máquinas tragamonedas pueden ser de azar, u otros en los que la agilidad, la fuerza, habilidad, destreza, o ingenio del jugador son los que determina el triunfo o la pérdida. Estos últimos cuando se realizan a través de máquinas tragamonedas, no se encuentran prohibidos.
- g) Las normas denunciadas citadas por la parte reclamante, tienen como objeto fundamental proteger y mejorar la salud integral y tutelar de la familia, y prevenir la enfermedad de la ludopatía.

<sup>8</sup> Ley N° 97, publicada el 27 de diciembre de 2002.

Asimismo, de conformidad con el numeral 5 del artículo 78 del Código de la Niñez y Adolescencia de la República del Ecuador, se considera la inducción al juego de azar como una forma de abuso contra los niños, niñas y adolescentes.<sup>9</sup>

- h) Por otra parte, en el Ecuador el Estado y la sociedad civil han manifestado en diferentes formas la necesidad de luchar contra la presencia de las máquinas tragamonedas en sitios distintos a casinos, por los perniciosos efectos que acarrea el juego de azar.
- i) La restricción del uso de máquinas tragamonedas exclusivamente dentro de los casinos que operan en los hoteles registrados por el Ministerio de Turismo, se sustenta en lo que señala el artículo 11 de la Decisión 439.

#### IV. RESUMEN DEL ACTA DE LA REUNION SOSTENIDA POR LAS PARTES EN LA SECRETARIA GENERAL EL 28 DE OCTUBRE DE 2005.

Como complemento de los escritos presentados por las Partes en los documentos de reclamo y contestación del mismo, las Partes se reunieron bajo la modalidad prevista en el artículo 18 de la Decisión 623 y expusieron las siguientes consideraciones, las cuales se citan textualmente del Acta suscrita con motivo de dicha reunión:

“El abogado de la empresa INTERAMERICANA GAME TECHNOLOGY LTDA. (...) manifestó la intención de buscar una solución conjunta que permita ejercer el derecho de prestar el servicio de juegos de suerte y azar en salas para tragamonedas en el territorio ecuatoriano y para ello propuso la posibilidad de cooperar en la formulación de una legislación que establezca condiciones que busquen salvaguardar los derechos que protege la Constitución Nacional sin limitar el ejercicio de los derechos derivados del ordenamiento jurídico andino.

(...) Observó que en la actualidad la normativa ecuatoriana no está alcanzando a proteger el derecho constitucional sino con las medidas existentes, en su opinión, se estaría beneficiando a algunos competidores. Así mismo recaló que el Ecuador trata de manera diferente las actividades desarrolladas por los casinos y aquellas desarrolladas por las salas de bingo mecánicas, sin tener en cuenta que se trata de la misma actividad y son actividades competidoras.”

<sup>9</sup> Art. 78.- Derecho a protección contra otras formas de abuso.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se les brinde protección contra:

1. El consumo y uso indebido de bebidas alcohólicas, tabaco, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.
2. La participación en la producción, comercialización y publicidad de las sustancias y objetos a que se refieren los numerales 1 y 3.
3. El uso de armas, explosivos y sustancias que pongan en riesgo su vida o su integridad personal.
4. La exposición pública de sus enfermedades o discapacidades orgánicas o funcionales, para la obtención de beneficios económicos.
5. La inducción a los juegos de azar.

“Por su parte, el representante del Ministerio de Turismo del Ecuador manifestó que el Estado ecuatoriano es soberano e independiente y su regulación sobre los juegos de suerte y azar obedece al mandato constitucional de proteger y tutelar los derechos de la sociedad, en especial los de grupos vulnerables. Salvaguardando derechos primarios tomando en consideración la ponderación de los bienes jurídicos, señalando que por excepciones se han introducido normas específicas. Adicionalmente, afirmó que el Código Penal del Ecuador establece sanciones contra aquellos que establezcan casas de juego o azar sin las autorizaciones respectivas. La actividad de los casinos es una actividad turística al control del Ministerio de Turismo.

La legislación que reglamenta como excepción el ejercicio de los juegos de suerte y azar establece requisitos específicos para obtener los permisos de funcionamiento sin limitar la actividad comercial ya que no obstaculiza la importación de máquinas tragamonedas, siempre y cuando cumpla con los requisitos previstos, sin hacer diferencia entre nacionales y extranjeros. Señaló específicamente que frente a la Decisión 507 el código arancelario incluye a las tragamonedas como bienes y no como servicios.”

#### V. EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA SECRETARIA GENERAL SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS.

##### • *Trato Nacional y principio de no discriminación.*

En virtud de los artículos 4 y 36 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, los Países Miembros se encuentran obligados a adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas comunitarias.

Por su parte, el artículo 6<sup>10</sup> de la Decisión 439, Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina, impone la obligación a cada País Miembro de otorgar a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Países Miembros, acceso a su mercado, a través de los siguientes modos de prestación establecidos en el artículo 80 del Acuerdo de Cartagena:

- a) *Desde el territorio de un País Miembro al territorio de otro País Miembro;*
- b) *En el territorio de un País Miembro a un consumidor de otro País Miembro;*
- c) *Por conducto de la presencia comercial de empresas prestadoras de servicios de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro; y,*
- d) *Por personas naturales de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro”.*

<sup>10</sup> Decisión 439, artículo 6: Cada País Miembro otorgará a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Países Miembros, acceso a su mercado, a través de cualquiera de los modos de prestación establecidos en la definición sobre comercio de servicios contenida en el artículo 2, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 14 del presente Marco General.

La empresa INTERAMERICANA GAME TECHNOLOGY LTDA. al ser una persona jurídica colombiana dedicada a la prestación de servicios de juegos de suerte y azar, a través del alquiler y explotación directa de máquinas tragamonedas, que está procurando su entrada al mercado ecuatoriano, se encuentra beneficiada del programa de liberación del comercio de servicios reconocido por los artículos 79<sup>11</sup> y 80<sup>12</sup> del Acuerdo de Cartagena, así como del marco general establecido por la Decisión 439.

Al respecto la empresa INTERAMERICANA GAME TECHNOLOGY señala en su reclamo, en el sentido de que las medidas adoptadas por el Ecuador son discriminatorias entre actividades del mismo sector, en contravención a la obligación de otorgar un trato no menos favorable que el concedido a prestadores de servicios similares contemplada en el artículo 8 de la Decisión 439, la Secretaría General considera:

- El artículo 8 del referido marco general incorpora una cláusula de trato nacional en materia de servicios, señalando que *“cada País Miembro otorgará a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Países Miembros, un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios servicios o prestadores de servicios similares. (...)”*
- Respecto al Trato Nacional relativo al comercio de bienes el Tribunal de Justicia señala que *“la aplicación del principio del Trato Nacional en la Comunidad Andina, significa una prohibición expresa al trato discriminatorio a productos importados entre los Países Miembros.”*<sup>13</sup>
- A su vez, respecto al tema de la discriminación el Tribunal ha sostenido que *“Los conceptos emitidos por el Tribunal sobre lo que significa el trato discriminatorio concierne a la conducta de un Estado que mediante normas internas impone condiciones de cualquier orden a los productos importados o extranjeros, los cuales como consecuencia de ello se encuentran en una situación desfavorable en comparación con el trato o beneficios concedidos a favor de los productos nacionales ... En consecuencia ... los productos originarios de los Países Miembros deben disfrutar de trato nacional y no discriminatorio, no sólo en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes, sino ‘en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y uso de estos productos en el mercado interior’ según el lenguaje de la OMC y del G-3 ...”*<sup>14</sup>

- El Tribunal ha manifestado también que *“La noción de discriminación, implica tanto el manejo diferente de situaciones similares como el manejo idéntico de situaciones diferentes” (...)* *“Una medida adoptada por un país puede constituir una restricción al comercio pero también podría ser un acto discriminatorio; estos conceptos han sido elaborados por el Tribunal Europeo y este Tribunal.”*<sup>15</sup>

- Al respecto, es oportuno también referirse a una sentencia pronunciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la cual señala que: *“Procede recordar que según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, el principio de no discriminación entre productores o consumidores de la Comunidad, establecido en el párrafo segundo del apartado 3 del Art. 40 del Tratado CE, exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado.”*<sup>16</sup>

- Considerando que el artículo 26 de la Decisión 439 establece que *“para los efectos de garantizar la consistencia y claridad del Marco General establecido por la presente Decisión, los conceptos, definiciones y elementos interpretativos contenidos en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), se aplicarán a dicho Marco General, en todo lo que sea pertinente”*; y que varios de los artículos de la Parte II “Obligaciones y Disciplinas Generales” del AGCS muestran un claro paralelismo con las disposiciones del GATT<sup>17</sup>, esta Secretaría General considera pertinente citar algunos criterios establecidos por el Organismo de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC):

*“En conexión con el comercio de mercancías, el Órgano de Apelación ha hecho referencia a cuatro categorías de características que se han utilizado para evaluar la “similitud” en el contexto del GATT: i) las propiedades físicas de los productos; ii) la medida en que éstos pueden destinarse a los mismos usos finales o a usos finales similares; iii) la percepción de los consumidores; y iv) la clasificación arancelaria internacional”*<sup>18</sup>.

- Cabe señalar, que considerando que el Tribunal Andino ha reconocido *“la importancia de no discriminar como un principio primordial del comercio Internacional, y que se refiere al comercio sin discriminaciones el cual se materializa en la*

<sup>11</sup> Artículo 79.- La Comisión de la Comunidad Andina, a propuesta de la Secretaría General, aprobará un marco general de principios y normas para lograr la liberación del comercio intrasubregional de los servicios.

<sup>12</sup> Artículo 80.- El marco general previsto en el artículo anterior se aplicará al comercio de servicios suministrado a través de los siguientes modos de prestación:

<sup>13</sup> Sentencia emitida en el proceso 52-AI-2002, publicada en la G.O.A.C. N° 990 de 1 de octubre del 2003.

<sup>14</sup> Sentencia emitida en el proceso 3-AI-97, publicada en la G.O.A.C. N° 422 de 30 de marzo de 1999.

<sup>15</sup> Sentencia emitida en el proceso 3-AI-97, publicada en la G.O.A.C. N° 422 de 30 de marzo de 1999 en el que cita lo manifestado en los Procesos 4-AI-96 y 2-AI-97.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de abril de 1997, asunto C-22/94, The Irish Farmers Association y otros y Minister For Agriculture, Food and Forestry, Irlanda y Attorney General, Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, 1997-4 página 1842. Sentencia referida en el proceso 3-AI-97, ya citado.

<sup>17</sup> SECRETARIA GENERAL DE LA OMC. Introducción al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Pág. 6.

<sup>18</sup> Informe del Organismo de Apelación en CE – Amianto, párrafo 101.

llamada regla de Trato Nacional como principio que informa el proceso de integración subregional".<sup>19</sup> Por tanto, la Secretaría General considera que los criterios desarrollados en la jurisprudencia de dicho órgano en lo relativo a Trato Nacional, trascienden el ámbito del comercio de bienes, sobre el que hasta la fecha han recaído sus pronunciamientos, y pasan a abarcar todos los campos de acción del derecho comunitario andino, como es el comercio de servicios.

- Con base a los argumentos anteriormente presentados, este órgano comunitario considera que tanto las salas de juego (bingo-mecánicas), como las salas de máquinas electrónicas tragamonedas, prestan servicios de juegos de azar. Ello se puede apreciar de la sola lectura a las definiciones recogidas por el Reglamento General de Aplicación de la Ley de Turismo No. 97 como de su modificatoria el Decreto No. 355; **ya que en la definición de ambas operaciones de juego interviene el azar como factor determinante.**

- En esa misma línea, la última versión del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a los **juegos de suerte o azar** de la siguiente manera: "Cada uno de aquellos cuyo resultado no depende de la habilidad o destreza de los jugadores, sino exclusivamente del acaso o la suerte; p. ej., el del monte o el de los dados."<sup>20</sup>

El mismo Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define **Tragamonedas** o tragaperras (como se denomina en algunos países de habla española) de la siguiente manera: "Máquina de **juegos de azar** que funciona introduciendo monedas."<sup>21</sup>

De otro lado, la definición de Bingo según el mismo Diccionario corresponde a: "**Juego de azar**, variedad de lotería, en el que cada jugador debe completar los números de su cartón según van saliendo en el sorteo."<sup>22</sup>

- Asimismo, la clasificación internacional de los servicios utilizada en el contexto de la OMC, la CPC Provisional, sólo establece una categoría de servicios de juegos de azar y apuestas. Las versiones más recientes de la clasificación, CPC 1.0 y CPC 1.1, también establecen una sola categoría de servicios de juegos de azar y apuestas.<sup>23</sup>

- En ese orden de ideas, los servicios ofrecidos por las salas de juego (bingo-mecánicas), como los ofrecidos por las salas de máquinas electrónicas tragamonedas, no sólo serían servicios similares sino también competidores.

- Teniendo en cuenta el Principio General del Derecho, recogido tanto por el Tribunal Andino, como por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de no tratar de manera diferente situaciones similares, la Secretaría General considera que al imponer una regulación tan restrictiva para la apertura de locales de máquinas electrónicas tragamonedas, circunscribiéndolo únicamente a funcionar dentro de hoteles, mientras que las salas de juego (bingo-mecánicas) pueden operar en cualquier local comercial, se está discriminando actividades comerciales similares, en contravención a lo señalado por el artículo 8 de la Decisión 439.

- **Consideración de posibles medidas excluidas del compromiso andino de liberalización de servicios.**

Respecto al argumento planteado por INTERAMERICANA GAME TECHNOLOGY en su reclamo, en relación a que la República del Ecuador adquirió los compromisos de liberalización contenidos en las Decisiones 439 y 510, que obligan a los Países Miembros a no establecer nuevas medidas que incrementen el grado de disconformidad, salvo las que fueron excluidas de este régimen por él en el inventario de medidas que afectan el comercio de servicios, dentro de los cuales, en el caso de Ecuador, no se encontrarían los juegos de suerte y azar, es preciso mencionar que:

- El artículo 10<sup>24</sup> de la Decisión 439 impone a los Países Miembros la obligación de abstenerse de establecer nuevas medidas que incrementen el grado de disconformidad o que incumplan los compromisos relativos al libre acceso al mercado y trato nacional establecidos por el Marco General, a partir de la entrada en vigencia del mismo.
- Por su parte, la Decisión 510, de conformidad con lo establecido en el artículo 14<sup>25</sup> de la Decisión 439, adoptó el Inventario de medidas restrictivas o contrarias a los principios de Acceso a Mercado y/o Trato Nacional que los Países Miembros mantienen sobre el comercio de servicios.
- Asimismo, el artículo 3 de la referida Decisión señala que "las medidas de alcance local o regional, restrictivas de acceso a mercado y/o trato nacional, en los términos que prevé la Decisión 439, que los Países

<sup>19</sup> Sentencia emitida en el Proceso 14-AN-2001, publicada en la G.A.O.C N° 773 de 18 de marzo del 2002.

<sup>20</sup> <http://www.rae.es/>.

<sup>21</sup> <http://www.rae.es/>. Subrayado fuera de texto.

<sup>22</sup> <http://www.rae.es/>. Subrayado fuera de texto.

<sup>23</sup> Tanto la CPC 1.0 (1998) como la CPC 1.1 (2002) clasifican los "servicios de juegos de azar y apuestas" como una clase (9692) y una subclase (96920) dentro de la "Sección 9 - Servicios para la comunidad, sociales y personales"; "División 96 - Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos" y "Grupo 969 - Otros servicios de esparcimiento y diversión". Pueden consultarse electrónicamente las diferentes versiones de la CPC en <http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regct.asp?Lg=1>.

<sup>24</sup> Artículo 10.- Los Países Miembros se comprometen a no establecer nuevas medidas que incrementen el grado de disconformidad o que incumplan los compromisos contenidos en los artículos 6 y 8 del presente Marco General, a partir de la entrada en vigencia del mismo. Este compromiso abarcará todas las medidas adoptadas por los Países Miembros que afecten al comercio de servicios, tanto las provenientes del sector público, central, regional o local, como las provenientes de aquellas entidades delegadas para ello.

<sup>25</sup> Artículo 14.- No obstante lo previsto en los artículos anteriores, en un plazo que no excederá del 31 de diciembre de 1999, la Comisión de la Comunidad Andina adoptará, mediante Decisión, un inventario de las medidas contrarias a los principios contenidos en los artículos 6 y 8 del presente Marco General mantenidas por cada País Miembro.

Miembros mantienen y no han sido incluidas en el inventario, serán incorporadas a un programa de trabajo con el propósito de avanzar el proceso de liberalización del Comercio Subregional de Servicios y, en todo caso, serán notificadas por cada uno de los Países Miembros a la Secretaría General de la Comunidad Andina, a más tardar el 31 de diciembre de 2002. Las medidas a que se refiere este artículo que no sean notificadas dentro del plazo señalado, quedarán liberalizadas de manera automática."

- Se expresa en el citado artículo, que el inventario contenido en la Decisión 510 tiene un enfoque de lista negativa, es decir, se entiende la inclusión integral de todos los sectores de servicios en el proceso de liberalización, a menos que se especifique lo contrario en la lista de reservas. Un enfoque de lista negativa requiere a su vez, que las medidas discriminatorias que afectan a todos los sectores incluidos sean liberalizadas, a menos que medidas específicas se incluyan en la lista de reservas.
- La República de Ecuador no incorporó en su inventario de medidas que afectan al comercio de servicios, y que por tanto estén excluidas del programa de liberación, a los juegos de suerte y azar. En tal sentido, el Gobierno ecuatoriano debe abstenerse de adoptar medidas que restrinjan el acceso al mercado de servicios de juegos de suerte y azar.
- **Consideración de eventuales excepciones a la obligación de no establecer medidas restrictivas.**

En relación al argumento presentado por la República del Ecuador en sus descargos en el sentido de que las normas denunciadas por INTERAMERICANA GAME TECHNOLOGY tienen como objetivo primordial proteger la moral, preservar el orden público, mejorar la salud integral de las personas y prevenir la enfermedad de la ludopatía, este órgano comunitario considera lo siguiente:

- El artículo 11 de la Decisión 439 establece excepciones a la obligación de abstenerse de establecer nuevas medidas restrictivas del comercio de servicios impuesta por el artículo 10 de la referida decisión:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Marco General, cada País Miembro podrá adoptar o aplicar medidas necesarias para:

1. Proteger la moral o preservar el orden público;
2. Proteger la vida y la salud de las personas, los animales y los vegetales, y preservar el medio ambiente;
3. *Proteger los intereses esenciales de su seguridad nacional;*
4. *Garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o prestadores de servicios de otros Países Miembros, aun cuando tales medidas fueran incompatibles con el compromiso de trato nacional contenido en el artículo 8;*

5. *Aplicar disposiciones destinadas a evitar la doble tributación contenidas en acuerdos internacionales suscritos por el País Miembro, aun cuando tales medidas fueran incompatibles con la obligación de trato de nación más favorecida contenida en el artículo 7; y,*
6. *Lograr la observancia de leyes y reglamentos relativos a:*
  - a) *La prevención de prácticas que induzcan a error y de prácticas fraudulentas o relativas a los efectos de incumplimiento de los contratos de servicios;*
  - b) *La protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas individuales; y*
  - c) *La seguridad pública.*

Las medidas enumeradas en el presente artículo, no se aplicarán de manera desproporcionada en relación con el objetivo que persigan, no tendrán fines proteccionistas en favor de servicios o prestadores de servicios nacionales, ni se aplicarán de forma tal que constituyan un obstáculo innecesario al comercio subregional de servicios, ni un medio de discriminación en contra de servicios o prestadores de servicios de la Comunidad Andina, en relación con el trato otorgado a otros países, miembros o no de la Comunidad Andina."

- Del citado artículo se desprende que para que las medidas adoptadas por el Ecuador puedan resultar justificadas por la excepción del artículo 11, literales a) y b), éstas deberán:
  - i) Ser proporcionadas en relación al objetivo que persigan,
  - ii) No tener fines proteccionistas a favor de servicios o prestadores de servicios nacionales,
  - iii) No constituir un obstáculo innecesario al comercio de servicios, y
  - iv) No deberán constituir un medio de discriminación en contra de servicios o prestadores de servicios de la Comunidad Andina.
- Procede entonces examinar si las normas establecidas por el Gobierno ecuatoriano en relación al funcionamiento de Salas de Máquinas Electrónicas Tragamonedas, cumplen con los criterios antes mencionados.
- Respecto a la proporcionalidad, el Tribunal de Justicia ha sido explícito en determinar la necesidad de que las medidas unilaterales que adopten los Países Miembros estén inspiradas en un principio de proporcionalidad con el objeto específico a que vayan dirigidas. Así, en su sentencia del 24 de marzo de 1997 (Proceso 3-AI-96), el Tribunal manifestó:

*"Sólo así se garantiza que no haya lugar a duda de que la medida interna pueda amenazar subrepticamente el propósito esencial de la integración consistente en la libre circulación de mercancías... [U]n obstáculo o impedimento a la*

*importación libre de mercancías que se salga del objeto específico de la medida... dirigiéndose a imposibilitar injustificadamente la importación de un determinado producto o de hacer la importación más difícil o más costosa, pued[e] reunir las características de restricción al comercio y más aún si la medida tiene carácter discriminatorio. En igual sentido cabe concluir si el objeto que persigue la 'medida interna' podría haberse alcanzado por otros medios que no obstaculizaran el comercio...."*

- De la jurisprudencia citada anteriormente, se puede inferir que para que una medida unilateral sea proporcionada el objeto que ésta persigue no debe poder alcanzarse por otros medios menos restrictivos del comercio. Es decir, que la medida restrictiva adoptada sea necesaria para proteger un bien jurídico superior tutelado.
- En ese orden de ideas, los redactores del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios aclararon, en la nota 5, que *"La excepción de orden público únicamente podrá invocarse cuando se plantee una amenaza verdadera y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad"*.
- En la misma dirección que el Tribunal Andino, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio ha desarrollado en su jurisprudencia<sup>26</sup> tres criterios para determinar cuándo una medida aplicada por un país puede ser considerada como necesaria para proteger la moral pública o para mantener el orden público. Los referidos criterios fueron utilizados por el Grupo Especial de Solución de Diferencias de la OMC en el caso Estados Unidos-Juegos de Azar, de la siguiente manera:

*"a) la importancia de los intereses o valores que la medida impugnada tiene por finalidad proteger. (Por lo que respecta a este requisito, el Órgano de Apelación ha sugerido que cuanto más importante se considere el interés que se quiere defender, más probable será que la medida sea "necesaria".)*

*b) La medida en que la disposición impugnada contribuye a la realización del fin que esa disposición persigue. (En relación con ese requisito, el Órgano de Apelación ha sugerido que cuanto mayor sea la contribución de la medida al fin que se persigue, más probable será que la medida sea "necesaria".)*

*c) La repercusión en el comercio de la medida impugnada. (Con respecto a este requisito, el Órgano de Apelación ha afirmado que si la medida tiene relativamente poca repercusión en el comercio, es más probable que sea "necesaria". El Órgano de Apelación también ha indicado que al aplicar ese requisito también deberá tenerse en cuenta si puede recurrirse razonablemente a una medida alternativa.)"*<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Especialmente en los casos *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* y, posteriormente, en *CE - Amianto*.

<sup>27</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Juegos de Azar*, párrafo 6.477.

- En ese sentido, la limitación impuesta por la normativa ecuatoriana en materia de actividades turísticas al circunscribir la explotación de máquinas electrónicas tragamonedas en casinos ubicados dentro de hoteles, puede considerarse desproporcionada, pues la adopción de dicha medida no garantiza la protección a la moral pública y la prevención de la enfermedad de la ludopatía, más aún cuando como ha sido aceptado por el Gobierno ecuatoriano en su escrito de respuesta al reclamo, en la actualidad operan en territorio ecuatoriano una serie de establecimientos (bazares, despensas, bares, casas de juego, entre otros) en los que se viene explotando máquinas tragamonedas, incluso con fallos judiciales constitucionales a su favor.
- Como ya ha sido expuesto, las medidas adoptadas por el Gobierno ecuatoriano tienen un efecto discriminatorio entre prestaciones de servicios similares y, en ese sentido, se estaría privilegiando a prestadores de servicios de salas de juego (bingo-mecánicos), en desmedro de los prestadores de servicios en salas de máquinas electrónicas tragamonedas, a los cuales el acceso al mercado se les dificulta por los elevados costos de transacción que impone la regulación de actividades turísticas.
- Ante la necesidad de evitar obstaculizar el comercio intrasubregional, deben examinarse, explorarse y agotarse todas las alternativas compatibles con el ordenamiento comunitario andino a las que pudiera, razonablemente recurrir, salvaguardando igualmente la moral y salud pública.
- La República del Ecuador no ha justificado que las medidas adoptadas a través de su normativa interna contribuyen efectivamente a la realización del fin de proteger la moral y/o el orden público en el sentido del artículo 11 numeral 1 de la Decisión 439. Tampoco ha demostrado su imposibilidad de proteger los referidos bienes jurídicos por otros mecanismos menos restrictivos.

## VI. CONCLUSIONES DE LA SECRETARIA GENERAL.

1. Con la entrada en vigencia de la Decisión 439, la República del Ecuador asumió entre otros, los compromisos de Acceso a Mercados, Trato Nacional y el de liberalización progresiva del comercio intrasubregional de servicios, a fin de alcanzar la creación del Mercado Común Andino de Servicios. Dichos compromisos crean expectativas comerciales legítimas de prestadores de otros Países Miembros, de ingresar al mercado ecuatoriano libremente.
2. La República del Ecuador otorga un trato menos favorable a los prestadores de servicios de máquinas electrónicas tragamonedas que pretenden ingresar al mercado ecuatoriano, que el otorgado a los prestadores de servicios de salas de juego (bingomecánicos), a pesar de tratarse de servicios similares e incluso competidores en el mercado.
3. El Gobierno ecuatoriano no incluyó en el inventario de medidas que afectan al comercio de servicios adoptado por la Decisión 510, a los juegos de suerte y azar, por tanto dicho rubro/sector es parte del programa de

liberación del comercio de servicios y la República del Ecuador debe abstenerse de adoptar medidas que restrinjan el acceso al mercado y el principio de trato nacional.

4. La República del Ecuador no ha demostrado en el curso del procedimiento, que las medidas adoptadas por su Ministerio de Turismo contribuyan de manera efectiva a salvaguardar la moral, la salud y el orden público, resultando desproporcionadas las medidas impuestas. Tampoco demostró su imposibilidad de proteger los referidos bienes jurídicos a través de otros mecanismos menos restrictivos. Adicionalmente, en el curso del procedimiento este órgano comunitario tomó conocimiento de la existencia, en territorio ecuatoriano, de salas de máquinas electrónicas tragamonedas que operan fuera de casinos y hoteles cinco estrellas.
5. Esta Secretaría General encuentra, para efectos de la aplicación del artículo 11 de la Decisión 439 y de acuerdo a la información que obra en el expediente, que las medidas adoptadas mediante los Decretos Ejecutivos No. 3400 y No. 355, en materia de regulación de juegos de azar no cumplen en su totalidad con los criterios de:
  - i) Ser proporcionadas en relación al objetivo que persigan;
  - ii) No tener fines proteccionistas a favor de servicios o prestadores de servicios nacionales;
  - iii) No constituir un obstáculo innecesario al comercio de servicios; y,
  - iv) No constituir un medio de discriminación en contra de servicios o prestadores de servicios de la Comunidad Andina.
6. Las referidas medidas no pueden ser justificadas por las excepciones del artículo 11 de la Decisión 439 y por tanto, en opinión de la Secretaría General, se constituye un incumplimiento de los artículos 80 literal c) del Acuerdo de Cartagena, artículos 6, 7, 8 y 10 de la Decisión 439 y los artículos 2, numeral 3, 3 y 4 de la Decisión 510, en cuanto a las reglas aplicables a la liberalización del comercio de servicios en la Comunidad Andina.

#### VII. INDICACION DE MEDIDAS.

Para cesar la conducta contraria al ordenamiento comunitario, esta Secretaría General sugiere al Gobierno del Ecuador expedir normas reglamentarias de la Ley General de Turismo que reemplacen el Decreto actualmente vigente (No. 355), mediante las cuales se determinen de manera general los requisitos y condiciones que deben cumplir todos los prestadores del servicio de juegos de suerte y azar, de forma que se elimine la discriminación entre las salas de máquinas electrónicas tragamonedas y las salas de juego (bingo-mecánicos). De otro lado, con el fin de proteger a la población con alto riesgo de ludopatía, el Gobierno del Ecuador podría evaluar la adopción de otro tipo de medidas, que permitan a las autoridades de turismo y de policía controlar las situaciones de riesgo, pero sin generar discriminación entre prestadores de servicios.

#### VIII. PLAZO.

La República del Ecuador deberá informar, en un plazo no mayor a 45 días calendario contados a partir de la publicación del presente dictamen en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, sobre las medidas adoptadas para superar el incumplimiento.

**Antonio Aranibar Quiroga**  
**Director General**  
**Encargado de la Secretaría General**

#### DICTAMEN N° 10-2005

República Bolivariana de Venezuela - Restricciones y gravámenes aplicados a productos alimenticios originarios de la República de Colombia en incumplimiento del Programa de Liberación

#### I. Relación de las actuaciones procesales

1. Mediante comunicación DIE-630 de 16 de mayo de 2005, el Director de Integración Económica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia, informó a la Secretaría General que las autoridades aduaneras venezolanas de la frontera con Colombia (Cúcuta- San Antonio) exigen la consularización de los Certificados de Inspección Sanitaria, expedidos por el Servicio de Salud de Norte de Santander.
2. Mediante fax SG-F/0.11/900/2005 enviado el 9 de junio de 2005, la Secretaría General inició una investigación con la finalidad de determinar si los requisitos de autenticación notarial de la firma de la autoridad que expide los certificados sanitarios para alimentos, la autenticación de la firma del notario por parte de la Gobernación del Departamento Norte de Santander y la legalización consular de la firma de la autoridad de la Gobernación de Norte de Santander, esta última con un costo de US \$ 70,00, constituyen restricciones y/o gravámenes a los efectos del Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena. Dicho inicio de investigación se basó en la información proporcionada por el Gobierno de Colombia contenida en las comunicaciones de 20 de octubre de 2004 y de 16 de mayo de 2005. Fue otorgado un plazo de 20 días hábiles para que la República Bolivariana de Venezuela presentara sus consideraciones.
3. En virtud de que el Gobierno de Venezuela no dio respuesta al inicio de investigación, el 22 de julio de 2005 la Secretaría General dirigió la comunicación SG-F/0.11/1153/2005, con el fin de requerirle nuevamente un pronunciamiento acerca de las medidas referidas en el inicio de investigación. Sin embargo, de esta comunicación tampoco se obtuvo respuesta.
4. El 1° de agosto de 2005, el Gobierno de Colombia informó que las autoridades de salud venezolanas continuaban exigiendo el visado consular a los certificados de inspección sanitaria expedidos por el

Servicio de Salud del Departamento Norte de Santander, para las importaciones de alimentos procedentes de Colombia.

5. El 23 de septiembre de 2005 la Secretaría General emitió la Resolución 958 por la cual se determinó que la exigencia por parte de la República Bolivariana de Venezuela de la autenticación notarial de la firma de la autoridad que expide los certificados de inspección sanitaria para alimentos, y la autenticación de la firma del notario por parte de la autoridad competente del país y la legalización consular, como requisito para la importación al territorio venezolano de determinados productos alimenticios, constituye una restricción a los efectos previstos en el Programa de Liberación. Asimismo se determinó que la exigencia por parte de la República Bolivariana de Venezuela del pago de una tarifa -en este caso de setenta dólares americanos (US \$ 70,00)- por concepto de legalización consular de los certificados de inspección sanitaria, como requisito para la importación de determinados productos alimenticios, también constituye un gravamen a los efectos del Programa de Liberación. Las medidas calificadas como restricción y gravamen no fueron justificadas a la luz de alguna de las excepciones previstas en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena. Fue otorgado un plazo de 20 días para que se levantaran las medidas.
6. Mediante comunicación SG-F/0.11/1723/ 2005 de 7 de noviembre, la Secretaría General comunicó a la República Bolivariana de Venezuela que en razón de que no se había recibido información por parte de ese Gobierno sobre el estado de cumplimiento de la Resolución 958, se procedió a expedir una Nota de Observaciones, de acuerdo con lo previsto en la Decisión 623 (Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento). En dicha nota se consideró que las medidas establecidas por la República Bolivariana de Venezuela, calificadas en la Resolución 958 como gravamen y restricción al comercio, así como la no adopción de lo dispuesto en la referida Resolución, podrían ser contrarias al ordenamiento comunitario andino al no cumplir lo dispuesto por los artículos 72, 73 y 77 del Acuerdo de Cartagena y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
7. A pesar de que en la Nota de Observaciones fue concedido un plazo de 15 días hábiles para dar respuesta a la misma, a la fecha no se ha recibido pronunciamiento de la República Bolivariana de Venezuela.
8. Mediante comunicación DIE-01130 de 22 de noviembre de 2005, la República de Colombia informó a esta Secretaría que el Gobierno de Venezuela "... persiste en la exigencia de la autenticación notarial de diferentes firmas y el cobro de US\$ 70 por concepto de legalización consular en la expedición de los certificados de inspección sanitaria para la importación de alimentos".

## II. Identificación de los hechos y descripción de medidas y conductas

- 2.1. Las autoridades venezolanas, sin sustento legal alguno, exigen:

- La autenticación notarial de la firma de la autoridad que expide el certificado sanitario.
- La autenticación de la firma del notario por parte de la Gobernación de Norte de Santander.
- La legalización de la firma de la autoridad de la Gobernación de Norte de Santander, por parte del Consulado de la República Bolivariana de Venezuela en Cúcuta. Según lo expresa el Gobierno colombiano, este trámite tiene un costo de US \$ 70 (setenta dólares americanos), por cada Certificado de Inspección Sanitaria.

2.2. Asimismo, en el curso de la presente investigación, la República de Colombia ha puesto en conocimiento de la Secretaría General que el tema de la exigencia de visados consulares ha estado en "... las agendas de Asuntos Puntuales de los dos países durante los últimos 3 años ..."; además que las autoridades venezolanas "... reconocen que este trámite ya no debe aplicarse pues Venezuela se acogió desde el 16 de marzo de 1999 a la Convención de la Haya de 1961 ...".<sup>1</sup>

2.3. Según el Gobierno de Colombia, en la "Reunión del Mecanismo de Asuntos Puntuales del Comercio Colombo-Venezolano" del 5 de diciembre de 2003, el ex Ministro de la Producción y el Comercio de Venezuela se comprometió a eliminar la exigencia de Visado Consular para la importación de alimentos en frontera.

En ese sentido, en el presente expediente constan copias de las comunicaciones 0192 y 0193 de 22 enero de 2004, por las cuales el entonces Ministro de Producción y Comercio de Venezuela instruyó a los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Salud y Desarrollo Social, no exigir el mencionado requisito. Concretamente, se solicitó a estos dos Ministerios "... oficializar la eliminación de tal requisito, y dar respuesta a compromisos asumidos por Venezuela frente a las autoridades de Colombia para la solución definitiva del tema".

2.4. Mediante oficio HAZ-016 de 13 de abril de 2004, el Servicio de Higiene de los Alimentos del Distrito Sanitario N° 3 de San Antonio del Táchira, dependiente del Ministerio de Salud y Desarrollo Social de Venezuela, dio respuesta a la comunicación 0193 antes mencionada, y se desprende de la misma que, según esa oficina sanitaria, el compromiso adquirido en la Reunión Binacional del 5 de diciembre de 2005 debió ser insertado en Gaceta Oficial para ser ley de la República.

Las conductas descritas, cuya compatibilidad con el artículo 77 del Acuerdo de Cartagena es analizada por el presente dictamen, se configuran a través de las medidas calificadas previamente como restrictivas del comercio antes descritas que han sido adoptadas por la República Bolivariana de Venezuela; y que según el Gobierno de Colombia se mantienen a la fecha.

<sup>1</sup> La adopción de la Convención de la Haya fue publicada en Gaceta Oficial de Venezuela N° 36.446 de 5 de mayo de 1998.

**III. Referencia a la Nota de Observaciones**

En referencia a la Nota de Observaciones, como se mencionó anteriormente, ésta no fue contestada por la República Bolivariana de Venezuela.

**IV. Consideraciones sobre el estado de cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina****4.1. Sobre las restricciones y gravámenes aplicados por la República Bolivariana de Venezuela a las importaciones de productos alimenticios originarios de Colombia**

El comercio entre las Repúblicas de Colombia y Venezuela, así como con el resto de los Países Miembros de la Comunidad Andina, goza de los beneficios del Programa de Liberación, el cual tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones que pesen sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro (artículo 72 del Acuerdo de Cartagena), por lo que los Países Miembros deben abstenerse de aplicar dichas medidas a los bienes de la Subregión (artículo 77).

El Acuerdo de Cartagena establece que el Programa de Liberación es automático e irrevocable (artículo 76). Asimismo, puede calificarse como restricción, según el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, "... cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral", y como gravamen "... los derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones".

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha declarado que "la exigencia de formalidades en los intercambios entre los Países Miembros no se justifica más que en la medida necesaria para establecer si la mercancía importada está comprendida en alguna de las excepciones de carácter no económico previstas en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena como la moralidad, el orden y la seguridad públicas, la vida y salud de las personas, animales o plantas, los patrimonios nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico, las armas, los materiales nucleares; o para aplicar el régimen de cláusulas de salvaguardia establecido en el Capítulo IX del Acuerdo de Cartagena (sentencia 2-AN-98 de 2 de junio de 2000)".

En este sentido, las formalidades exigidas por la República Bolivariana de Venezuela relacionadas con la autenticación notarial y legalización de firmas de los certificados de inspección sanitaria de alimentos, no han sido justificadas por dicho País Miembro a la luz de alguna de las excepciones previstas en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena y están dificultando las importaciones originarias de la Subregión, pues la Secretaría General tiene conocimiento de que en caso de no cumplirse con las mencionadas exigencias de autenticación notarial y legalización consular, los productos alimenticios a los que se exige el certificado de inspección sanitaria no pueden ingresar al territorio venezolano.

Además, el cobro de 70 dólares americanos efectuado por el Gobierno venezolano es un pago obligatorio para efectos de la legalización consular de los certificados de

inspección sanitaria, por lo que no puede ser considerado como una tasa que corresponda a un servicio prestado. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha declarado que "... la tasa no es una imposición obligatoria, toda vez que el particular tiene la opción de adquirir o no el bien o servicio..." (Sentencia 12-AN-99 de 24 de septiembre de 1999).

**4.2. Sobre el estado de cumplimiento de la Resolución 958**

La Secretaría General determinó en su Resolución 958 que las medidas aplicadas por el Gobierno de Venezuela, detalladas en este Dictamen, constituyen un gravamen y una restricción al comercio intrasubregional de bienes, según lo dispuesto en el Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena. En dicha Resolución, se concedió el plazo perentorio de veinte días al Gobierno de la República de Venezuela, para que procediera al levantamiento de la restricción y gravamen constituidos.

La Resolución 958, así como el plazo en ella establecido, son de obligatorio cumplimiento para la República de Venezuela, a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena de fecha 26 de septiembre de 2005, al tenor de lo dispuesto por los artículos 1, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. De hecho, existe numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, respecto del acatamiento y aplicación inmediata de las Resoluciones que califican restricciones y gravámenes, ya que las mismas son parte del ordenamiento jurídico comunitario.

**V. La conclusión de la Secretaría General sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias**

Por todo lo anterior, la Secretaría General considera que la República Bolivariana de Venezuela ha incurrido en incumplimiento del artículo 77 del Acuerdo de Cartagena al exigir:

1. La autenticación notarial de la firma de la autoridad que expide el certificado sanitario.
2. La autenticación de la firma del notario por parte de la Gobernación de Norte de Santander.
3. La legalización de la firma de la autoridad de la Gobernación de Norte de Santander, por parte del Consulado de la República Bolivariana de Venezuela en Cúcuta. Este trámite tiene un costo de US \$ 70, por cada Certificado de Inspección Sanitaria.

Al imponer los mencionados requisitos calificados como restricción y gravamen, la República Bolivariana de Venezuela ha actuado en contravención del Programa de Liberación establecido en el Capítulo VI del Acuerdo de Cartagena, especialmente del artículo 77; así como incurrido en incumplimiento de la Resolución 958.

Del mismo, la República Bolivariana de Venezuela también ha incumplido lo dispuesto por el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, por medio del cual los Países Miembros de la Comunidad Andina asumieron el compromiso de adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las

normas de la Comunidad Andina (obligaciones de hacer), así como el compromiso de no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria al ordenamiento andino o que de algún modo obstaculice su aplicación (obligaciones de no hacer). En efecto, “[e]l incumplimiento de cualquier norma jurídica, originaria o derivada, por parte de un País Miembro comporta inevitablemente la infracción del referido artículo 4°...”<sup>2</sup>

#### VI. Medidas sugeridas

Se sugiere que la República Bolivariana de Venezuela ordene, si es necesario a través de una publicación en la Gaceta Oficial de Venezuela, a sus autoridades aduaneras de la frontera con Colombia (Cúcuta-San Antonio), que se abstengan de exigir los requisitos mencionado de consularización de los certificados de Inspección Sanitaria.

En consecuencia, la República Bolivariana de Venezuela deberá informar, en un plazo no mayor a quince días hábiles contados a partir de la publicación del presente Dictamen en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, sobre las medidas adoptadas para superar el indicado incumplimiento.

Lima, 15 de diciembre de 2005.

ALLAN WAGNER TIZON  
Secretario General

<sup>2</sup> Sentencia del 31 de enero de 2001 en el proceso 17-AI-2000 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 651 de 20 de marzo de 2001.

#### PROCESO 33-IP-2005

**Interpretación prejudicial de oficio de los artículos 71 y 72, literales a) y b), de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y de la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 344, con fundamento en la consulta formulada por la Primera Sala del Tribunal Distrito N° 1 de lo Contencioso Administrativo, con sede en Quito, de la República del Ecuador. Expediente Interno N° 1678-LR. Actor: BAVARIA S. A. Marca: “FORMA DE BOTELLA”.**

**EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**, en Quito, a los veinticinco días del mes de mayo del año dos mil cinco; en la solicitud de Interpretación Prejudicial formulada por la Primera Sala del Tribunal Distrito N° 1 de lo Contencioso Administrativo, con sede en Quito, de la República del Ecuador.

Magistrado consultante: doctor Eloy Torres Guzmán.

#### VISTOS:

Que la consulta de interpretación prejudicial formulada se ajusta a las exigencias del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal y 125 del Estatuto, por ello fue admitida a trámite a través de auto de 30 de marzo de 2005.

#### 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:

##### 1.1. Las partes:

**Demandante:** Bavaria S. A.

**Demandados:** Director nacional de propiedad industrial Ministro de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca. Procurador General del Estado.

##### 1.2. Hechos relevantes.

###### 1.1. La demanda.

El 15 de octubre de 1993 BAVARIA S. A. solicitó el registro como marca del signo “FORMA DE BOTELLA”, para proteger productos comprendidos en la clase 32 de la Clasificación Internacional de Niza.

La Dirección Nacional de Propiedad Industrial mediante oficio N° 010304 de 13 de julio de 1994 formuló objeciones a la solicitud de registro, las que fueron contestadas con fecha 3 de agosto de 1994 dentro del término concedido.

El 16 de enero de 1995, a través de la Resolución N° 14445, la Dirección Nacional de Propiedad Industrial resolvió ratificarse en el contenido del oficio N° 010304, y no dio curso a la solicitud de registro del signo referido.

En la contestación al rechazo a la solicitud de registro BAVARIA S. A. presentó las siguientes consideraciones:

- El signo solicitado para el registro, y que está siendo comercializado bajo la marca COLA & POLA, es utilizado de manera exclusiva por BAVARIA S. A.
- La forma de botella sobre la que se solicita el registro de marca no ha sido utilizada con anterioridad por ninguna otra persona, por lo que no debe considerarse como una forma genérica o usual del producto o del envase y, además, contiene “*variaciones novedosas con líneas y formas externas que contribuyen a destacar la etiqueta que se coloca sobre la botella, y son, distintivas, individualizadas y singulares.*”
- No se trata de una forma necesaria del producto. Se destaca el hecho de que en el mercado ecuatoriano existen varios diseños de botella para distintas clases de bebidas y ninguno es semejante al que BAVARIA S. A. solicitó para registro, es decir, que no se está contraviniendo lo establecido en el artículo 82, literal b), de la Decisión 344.
- No constituye una forma usual ya que, en el supuesto de que así lo fuese, la mayoría de los empresarios dedicados a la fabricación de bebidas la emplearían para sus productos “*y si, eventualmente, en otro país del mundo existiera un envase semejante, no quiere decir que represente una forma usual y que no pueda ser registrada.*”
- Con el rechazo del signo solicitado para su registro como marca se ocasiona a BAVARIA S. A. “*un grave perjuicio, puesto que cualquier persona podría emplear o usar la misma forma de botella para envasar*

*sus productos induciendo a una confusión al consumidor que relacionaría inmediatamente al mirar esa botella con la marca COLA & POLA, y como proveniente de BAVARIA S. A., beneficiándose de este modo, del prestigio y reconocimiento adquirido en el mercado.”*

Además, la resolución que impugna carece de toda motivación, ya que el Director Nacional de Propiedad Industrial omitió considerar los siguientes hechos relevantes:

- a. El signo solicitado para registro, *“está destinado comercializar una bebida de consumo masivo como es aquélla identificada con la marca COLA & POLA, convirtiéndose en una marca súper notoria y por tanto su envase, que también es una marca, súper notoria, pero no por ello se convierte en una forma genérica o usual para bebida”*;
- b. Las formas de los productos o sus envases son perfectamente registrables según la Legislación Andina y Nacional. Destaca que el signo solicitado para su registro no constituye una forma usual del producto o del envase que identifica, ya que no existe en el Ecuador ninguna otra empresa que haga uso de un envase similar para la comercialización de la mencionada clase de productos ya que, por otro lado, *“el tipo de envase no es único ni necesario para que en él se pueda envasar bebidas no alcohólicas o alguna otra bebida.”*

Finalmente expresa: *“La Resolución del Director Nacional de Propiedad Industrial, respecto de la cual recurro, finalmente, es ilegal, en razón de que primero usó un criterio o fundamento para informar al solicitante que no continuará con el trámite, y luego resolvió no continuar en base a otro fundamento. En efecto, de acuerdo con las normas aplicables de Propiedad Industrial, para el rechazo definitivo de una marca, se debe comunicar previamente al solicitante para que presente sus argumentos de descargo. Luego de ello la administración podrá resolver sobre el rechazo o no de la solicitud, pero respecto del mismo, supuesto, impedimento o fundamento de la irregistrabilidad.”*

#### 1.2. La contestación a la demanda.

Según consta en el oficio N° 111-TCA-DQ-ISLR de 1 de marzo del 2005, enviado por la corporación consultante:

- a) El Director Nacional de Propiedad Industrial no contestó a la demanda;
- b) El Ministro de Industrias, Comercio, Integración y Pesca contestó la demanda proponiendo las siguientes excepciones:
  - Legalidad y validez de la Resolución impugnada, por guardar conformidad con la legislación vigente en materia de propiedad industrial.
  - Negativa pura, simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda propuesta, por no estar apegados a la ley ni a la realidad.
- c) El Procurador General del Estado adujo las siguientes excepciones:

- La negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.
- Falta de legítimo contradictor e ilegitimidad de personería, *“pues siendo la Dirección Nacional de Propiedad Industrial una dependencia del Ministerio de Industrias, la demanda debió citarse al titular de esa Secretaría de Estado”*.
- El acto impugnado es legítimo por provenir de autoridad competente y estar ajustado a derecho.
- Caducidad del derecho del actor y prescripción de la acción.

#### 3. Normas del ordenamiento jurídico comunitario a ser interpretadas:

Las normas cuya interpretación prejudicial solicita el consultante son los artículos 81 y 82, literales a) y b), de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Sin embargo, en vista de que la solicitud del registro del signo “FORMA DE BOTELLA” se realizó el 15 de octubre de 1993, es decir, en vigencia de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la interpretación prejudicial versará sobre los artículos 71 y 72 literales a) y b) de dicha Decisión; además se interpretará la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 344.

A continuación se inserta el texto de las normas a ser interpretadas:

#### Decisión 313

##### Artículo 71

*“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 72

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

- a) *No puedan constituir marca conforme al artículo anterior;*
- b) *Consistan en formas usuales de los productos o de sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza de la función de dicho producto o del servicio de que se trate;*

(...)

#### Decisión 344

##### Disposición Transitoria Primera

*“Todo derecho de propiedad industrial válidamente concedido de conformidad con la legislación existente con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión, subsistirá por el tiempo en que fue concedido. En lo relativo a su uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas, se aplicarán las normas contenidas en la presente Decisión”.*

### 3. 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 32 de su Tratado.

### 4. Consideraciones.

Procede el Tribunal a realizar la interpretación prejudicial solicitada, para lo cual analizará los aspectos relacionados con: aplicación de la ley comunitaria en el tiempo; requisitos para el registro de las marcas; clases de marcas; irregistrabilidad por constituir el signo una forma usual de los productos o de sus envases o una forma o características impuestas por la naturaleza o la función del producto o servicio; el signo tridimensional y las características para su registrabilidad; motivación de los actos administrativos referentes a marcas.

#### 4.1. La aplicación de la ley en el tiempo.

De la solicitud de interpretación prejudicial y de los anexos correspondientes al proceso interno N° 1678-LR, se desprende que la solicitud de registro de la marca Forma de Botella fue presentada en el mes de octubre de 1993, es decir, durante la vigencia de la Decisión 313 por lo que en lo que se relaciona con el aspecto sustantivo, esta norma es la que debe ser aplicada dentro de la presente interpretación.

La disposición transitoria primera de la Decisión 344 señala que *“Todo derecho de propiedad industrial válidamente concedido de conformidad con la legislación existente con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión, subsistirá por el tiempo en que fue concedido.”* Los derechos válidamente concedidos, son los que la doctrina denomina derechos adquiridos, los que no pueden ser vulnerados con una aplicación retroactiva de la norma comunitaria, ya que pertenecen a su titular y nadie puede privarlo de ellos, no pueden ser alterados por ninguna ley, si fueron concedidos en forma legal o, como explica la norma comunitaria, en forma válida.

Por principio general, una nueva norma no altera la situación jurídica producida antes de su vigencia, esto es, lo que se llama la irretroactividad de la ley.

El tiempo ejerce influencia en las relaciones jurídicas, por esto al expedirse una norma nueva sobre cierta materia, ésta regirá sobre los hechos que se produzcan durante su vigencia, y en virtud del principio de ultra actividad de la ley, la norma anterior continuará rigiendo los hechos ocurridos cuando estaba en vigor.

La ley rige, por lo general, para lo futuro; no obstante que, por excepción, se le pueda conferir efecto retroactivo cuando de modo particular y expreso así se haga constar. La aplicación de la ley en el tiempo, tiene los siguientes efectos: diferido, retroactivo, inmediato y ultractivo. El primero explica que debe transcurrir un determinado tiempo antes de la entrada en vigencia de la norma; el efecto retroactivo existe cuando la norma nueva modifica situaciones anteriores al momento en que entró en vigencia; y el efecto inmediato se da cuando se aplica la norma nueva a todos los hechos que se produzcan a partir de su vigencia.

El efecto ultractivo hace relación a la aplicación de una norma derogada a los hechos y situaciones que tuvieron lugar durante su vigencia.

Este Tribunal sobre el tema en sentencias anteriores ha realizado las siguientes consideraciones:

*“Marcial Rubio Correa señala que: “Aplicación inmediata de una norma, es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras tiene vigencia, es decir, entre el momento en que entra en vigor y aquél en que es derogada o modificada; aplicación ultra activa de una norma, es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren luego que ha sido derogada o modificada de manera expresa o tácita, es decir, luego que termina su aplicación inmediata; aplicación retroactiva de una norma, es aquella que se hace para regir hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que entra en vigencia, es decir, antes de su aplicación inmediata; y aplicación diferida de una norma es aquella que se hace cuando la norma expresamente ha señalado que deberá aplicarse en un momento futuro, que empieza a contarse después del momento en que entra en vigencia”.* (Rubio, Marcial. *Título Preliminar. Para Leer el Código Civil, Vol. III. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima: 1988. p. 57 y ss.*)<sup>1</sup>

*“A pesar del peligro que entrañan en el terreno jurídico las analogías, las cuales, las más de las veces, confunden en mayor medida que aclaran, podemos afirmar que las leyes, al igual que las personas, tienen una existencia temporal.”*<sup>2</sup>

*“... la norma sustancial que se encontrare vigente al momento de presentarse la solicitud de registro de un signo como marca, será la aplicable para resolver sobre la concesión o denegatoria del mismo; y, en caso de impugnación —tanto en sede administrativa como judicial— de la resolución interna que exprese la voluntad de la Oficina Nacional Competente sobre la registrabilidad del signo, será aplicable para juzgarse sobre su legalidad, la misma norma sustancial del ordenamiento comunitario que se encontraba vigente al momento de haber sido solicitado el registro marcario. Lo anterior se confirma con lo que el Tribunal ha manifestado a efectos de determinar la normativa vigente al momento de la emisión del acto administrativo, para lo cual se deberá observar, “... tanto a la concesión del registro como a sus correspondientes declaratorias de ... anulación, la normativa comunitaria vigente para el momento en que fueron introducidas las respectivas solicitudes de concesión del registro, o ... de nulidad del mismo, a través de los recursos y acciones pertinentes” (Proceso 28-IP-95, caso “CANALI”, publicado en la G.O.A.C. N° 332, del 30 de marzo de 1998)”*<sup>3</sup>

<sup>1</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 21 de mayo del 2003. Proceso N° 42-IP-2003. Marca “ACERO DIAMANTE”. Publicada en Gaceta Oficial N° 963 del 5 de agosto del 2003.

<sup>2</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 27 de octubre de 1999. Proceso N° 15-IP-1999. Marca “BELMONT”. Publicada en la Gaceta Oficial N° 528 de 26 de enero del 2000.

<sup>3</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 9 de julio del 2003. Proceso N° 39-IP-2003. Marca: “& mixta”. Publicada en Gaceta Oficial N° 965 del 8 de agosto del 2003.

#### 4.2. Requisitos para el registro de marcas.

La marca es todo medio sensible que permite distinguir bienes o servicios producidos o comercializados en el mercado por una persona con respecto de otros idénticos o similares de distinta procedencia u origen empresarial.

El artículo 71 de la Decisión 313, establece que los requisitos para el registro marcario son: la distintividad, la perceptibilidad y la susceptibilidad de representación gráfica. La marca siempre debe cumplir con estas tres condiciones, además de no incurrir en alguna de las causales de irregistrabilidad establecidas en los artículos posteriores.

##### La distintividad.

La función principal de la marca es distinguir adecuadamente los bienes y servicios que se ofertan en el mercado y es la capacidad diferenciadora la que precisamente permite que el consumidor realice una elección consciente e informada en el mercado.

El carácter distintivo de la marca lo imprime el hecho de que determinado signo es el apropiado para identificar el origen empresarial de un producto o servicio desde el punto de vista de la percepción del consumidor medio.

Sobre este punto la Jurisprudencia de este Tribunal ha expuesto que:

*“La distintividad además de ser factor constitutivo de la marca, se erige como su principal función. En efecto, el sentido económico - práctico de las marcas consiste en servirle al consumidor como herramienta en el proceso de cognición, selección y adquisición de los bienes disponibles en el mercado, lo que repercute en beneficio de su titular, de manera que un signo que no logre individualizar los productos o servicios del empresario que lo usa frente a los homólogos de otro fabricante o comerciante, no cumple la función que el ordenamiento jurídico le ha reconocido y por la cual ha considerado que merece una especial protección.”*

(...)

*“La distintividad importa tanto al empresario, quien ofrece en el mercado un producto con el propósito de hacer conocer su origen, la calidad y condiciones del mismo, como al consumidor quien desea adquirir un producto de determinado origen y calidad. La distintividad el producto sirve de puente de comunicación entre empresarios, productores y consumidores en la medida en que lanza al mercado una señal inequívoca de la procedencia de los bienes y despierta en el consumidor la convicción de que el producto que adquiere es el que desea porque lo conoce y lo asocia con un único productor”.<sup>4</sup>*

<sup>4</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 25 de septiembre de 1998. **Proceso N° 23-IP-1998**. Marca: “UNA CACHA DE MACHETE Y UNA DENOMINACIÓN Y COLORES”. Publicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 379 de 27 de octubre de 1998.

Cuando lo que se pretende registrar como marca constituye una forma externa tridimensional, el aspecto relativo a la distintividad, como se verá más adelante, se torna en el de más importante evaluación dado que ha de examinarse teniendo en cuenta que, por regla general, para el consumidor medio el conocimiento sobre el origen empresarial de un producto no depende de la forma del envase en que el mismo se encuentre contenido.

En el caso que es objeto de la presente interpretación prejudicial, se solicitó el registro como marca de una forma tridimensional que consiste en un envase para contener bebidas gaseosas, por lo que corresponde al examinador, basado en los criterios doctrinarios y jurisprudenciales que se expondrán, determinar si dicho envase puede cumplir con la función diferenciadora de la marca por sus características o particularidades.

Para ello, es preciso tener en cuenta que es una realidad que se ha generado la tendencia de que los envases permitan identificar claramente a determinadas clases de productos; tal hecho hace que los empresarios cada vez con mayor frecuencia inviertan y se preocupen no solo del producto en sí, sino de su modo de presentación y envase, ya que esa será la primera impresión que el consumidor tenga del mismo y en ciertos casos es lo que induce o atrae a que el producto sea adquirido; lo anterior se percibe tanto en las industrias de productos alimenticios y licores como en las de perfumería y cosmética, por citar algunos ejemplos.

##### La perceptibilidad.

La marca debe ser tangible, esto le permite ser captada por los sentidos para asociarla con un producto o servicio y de este modo identificarlo. La marca puede impresionar uno o varios sentidos.

Para que algo pueda ser distintivo debe ser también perceptible; los elementos que capta el consumidor son los que le permiten reconocer la marca para que ésta, a su vez, sirva como medio de identificación de determinado producto o servicio.

Es este carácter - el de la perceptibilidad- el que le permite al consumidor realizar una correcta diferenciación e individualización de la clase de productos o servicios que distingue la marca, para luego poder solicitarlos, adquirirlos y satisfacer sus necesidades.

La Jurisprudencia Comunitaria ha señalado que:

*“El signo, para ser considerado marca, debe tener la posibilidad intrínseca de ser percibido o captado por el consumidor, y la forma más corriente de hacerlo es a través de elementos objetivos y materiales...”<sup>5</sup>*

La perceptibilidad de un signo en ocasiones se traduce en tres dimensiones, lo que implica volumen, con virtualidad de impactar de manera especial el sentido del tacto: la forma externa tridimensional.

##### La susceptibilidad de representación gráfica.

Este requisito de la marca permite la apreciación visual del signo a través de su descripción material, además posibilidad de realizar la publicación y el archivo de la denominación

<sup>5</sup> **Ibídem.**

solicitada. Es necesario que la marca se plasme en un sustento material para transmitir una idea en quienes la perciban, esto se logra a través del empleo de cualquier clase de elementos que permitan la descripción del signo. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha expresado que:

*“La susceptibilidad de representación gráfica, permite constituir una imagen o una idea del signo, en sus características y formas, a fin de posibilitar su registro. Consiste en descripciones realizadas a través de palabras, números, gráficos, signos mixtos, colores, figuras, etc. de manera que sus componentes puedan ser apreciados en el mercado de productos”.*<sup>6</sup>

#### 4.3. Clases de marcas.

Para efectuar el examen de registrabilidad los signos deben compararse partiendo del hecho de que ellos, según la doctrina, se clasifican de manera general en DENOMINATIVOS, GRAFICOS y MIXTOS.

La marca denominativa utiliza un signo acústico o fonético y está conformada por una o varias letras que integran un todo pronunciable, dotado o no de significado conceptual.

Con respecto de la marca gráfica el Tribunal ha manifestado que es:

*“...la definida como un signo visual porque se dirige a la vista, a fin de evocar una figura que se caracteriza por su forma externa.*

*Dentro de este tipo se encuentra la marca puramente gráfica, que evoca en la mente del consumidor sólo la imagen del signo utilizado en calidad de marca, esto es, un conjunto de líneas, dibujos y en su caso colores; y, la marca figurativa, que evoca en el consumidor un concepto concreto: el nombre que representa este concepto, es también el nombre con el que es conocida la marca gráfica...”*<sup>7</sup>

La marca mixta, se compone de un elemento denominativo, es decir, una o varias letras, y de un elemento gráfico que puede constar de una o varias imágenes; presenta un elemento principal y uno accesorio; en general, el elemento denominativo de la marca mixta suele ser el más característico o determinante; sin embargo, en algunos casos se le reconoce prioridad al elemento gráfico, teniendo en cuenta su tamaño, color, y otros aspectos que en un momento dado pueden ser decisivos.

Además de lo anterior, cabe resaltar que las Decisiones 85, 311, 313 y 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena no hacen referencia expresa al concepto de signo tridimensional al estudiar el tema marcario; sin embargo, en las decisiones 311, 313 y 344 tal concepto no se encuentra del todo ausente en esta normativa. En efecto, las

Decisiones mencionadas se refieren a “*formas usuales de los productos o de sus envases, en formas o características impuestas por la naturaleza de la función de dicho producto o del servicio de que se trate*” como una de las causales de irregistrabilidad de un signo como marca.

De alguna forma también la Decisión 85 hace relación a formas tridimensionales al consagrar en el artículo 58 las causales de irregistrabilidad; y la Decisión 311 al señalar estas causales en su artículo 72, literal b).

Igualmente, a la forma externa tridimensional hacen relación los artículos 57 de la Decisión 313 en lo atinente al DISEÑO INDUSTRIAL y 58 de la Decisión 344, Capítulo III DE LOS DISEÑOS INDUSTRIALES.

Es con la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que el legislador comunitario hace referencia expresa al cuerpo tridimensional tanto en el tema marcario como en el que se refiere al diseño industrial; así:

En el artículo 138 cuando establece:

*“La solicitud de registro de una marca se presentará ante la oficina nacional competente y deberá comprender una sola clase de productos o servicios y cumplir con los siguientes requisitos:*

(...)

b) *La reproducción de la marca, cuando se trate de una marca denominativa con grafía, forma o color, o de una marca figurativa, mixta o tridimensional con o sin color”.*

(...)

En el literal f) del artículo 134 cuando señala que “*La forma de los productos, sus envases o envolturas*” son signos que podrán constituir marca.

La Decisión 486 al tratar sobre el signo tridimensional en el capítulo referente a la solicitud del registro de marca, aunque la norma no realiza una clasificación formal, sí hace una enumeración de varias clases de marcas: **denominativa, figurativa, mixta, y tridimensional**. Esta referencia permite evidenciar que esta Normativa Comunitaria Andina se refiere al signo tridimensional como una clase de marca y abandonar el criterio de que el signo tridimensional (en este caso un envase para contener gaseosas) podría considerarse una especie de la marca figurativa, como lo afirmó la doctrina que se expone a continuación y que se recogió en la sentencia dictada en el proceso 88-IP-2004.

*“Entre las marcas figurativas corresponde colocar las siguientes: dibujos, emblemas, distintivos y símbolos no nominativos, monogramas, grabados, estampados y sellos, bandas, combinaciones de colores aplicables en un lugar determinado de los productos o de los envases, envoltorios envases y relieves, combinaciones de letras y números por su dibujo especial”.*<sup>8</sup>

Por lo tanto, considera el Tribunal que si bien es con la Decisión 486 que por primera vez el legislador comunitario incluye en el régimen marcario la mención expresa del signo tridimensional como una clase de marca diferente a

<sup>6</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 27 de octubre del 2004. Proceso N° 135- IP-04. Marca: “TIERNITOS”. Publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1146, de 1 de diciembre de 2004.

<sup>7</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 24 de marzo de 1995. Proceso N° 09-IP-94. Marca: “DIDA”. Publicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. N° 180 de 10 de Mayo de 1995.

<sup>8</sup> BERTONE Luis Eduardo. “DERECHO DE MARCAS” Tomo I. Editorial Heliasta S.R.L. Argentina 1989. Pág. 240.

las denominativas, gráficas y mixtas, sin embargo, esto no significa que en vigencia de las anteriores Decisiones no se deduzca que se les haya previsto como una clase especial a "las formas externas tridimensionales" como objeto de registro marcario en la medida en que cumplan con los requisitos exigidos por la norma aplicable y por no incurrir en las prohibiciones en ellas señaladas.

Así lo dedujo la Jurisprudencia de este Tribunal proferida al interpretar Decisiones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Decisión 486 (que lo fue el 1 de diciembre de 2000) al ocuparse del tema, entre otros, en los procesos 23-IP-1998, 81-IP-2000, 31-IP-2003 y 113-IP-2003; ha señalado sobre la marca tridimensional lo que se transcribe a continuación:

*"Ahora bien, al no existir norma alguna que contenga para los signos tridimensionales una regulación especial en torno a los requisitos sustanciales necesarios para acceder al registro, debe exigirse respecto de ellos las mismas condiciones requeridas por el ordenamiento marcario, esto es, la distintividad, perceptibilidad y susceptibilidad de representación gráfica.*

*"Con fundamento en lo expuesto, debe tenerse en cuenta que el hecho de que no exista causal en virtud de la cual se excluya per se la registrabilidad de los signos tridimensionales, no implica que los mismos siempre puedan acceder al registro, pues sí no cumplen los requisitos esenciales de toda marca..."*

(....)

*"Un signo consistente en la representación gráfica de una naranja es figurativo, bidimensional, pues dicha representación no ocupa por sí misma un lugar en el espacio; lo que ocupa el espacio determinado es el objeto sobre el que se ha impreso la gráfica (v. gr. El papel). En cambio, si el signo no se encuentra constituido por la representación gráfica de la naranja sino, v. gr., por una naranja artificial, será tridimensional". (Sentencia dictada en el Proceso 23-IP-98, del 27 de octubre de 1998, caso: "UNA CACHA DE MACHETE Y UNA DENOMINACION Y COLORES", publicada en la G.O.A.C. N° 379, del 27 de octubre de 1998).*

Como se observa, el criterio expuesto en la sentencia emitida en el proceso 23-IP-98, citado luego en las proferidas en los procesos 82-IP-2000 y 38-IP-2002, permite hacer una clara diferenciación entre marcas bidimensionales y tridimensionales, y fue el recogido en el año 2003 cuando este Tribunal señaló:

**"a) La marca denominativa,** llamada también nominal o verbal, utiliza un signo acústico o fonético y está formada por varias letras que integran un conjunto o un todo pronunciable, que puede o no poseer significado conceptual.

Dentro de éstas subsisten dos grupos que tienen connotación conceptual: las marcas sugestivas que hacen referencia a la naturaleza, cualidades o funciones del producto designado por la marca, y las marcas arbitrarias en las que no existe relación entre su significado y la naturaleza, cualidades y funciones del correspondiente producto.

*Las marcas caprichosas o de fantasía no tienen ninguna connotación conceptual, es decir, son marcas que nacen del acuñaamiento o conjunción de palabras con el propósito de emplearlas como marcas.*

**b) La marca gráfica** es definida como un signo visual, porque se dirige a la vista con el fin de evocar una figura que se caracterice por su estructura o forma externa.

*Esta clase de marca se encuentra subdividida en puramente gráfica, que es la que evoca en la mente del consumidor sólo la imagen del signo utilizado en calidad de marca; la figurativa, que es la marca que evoca en el consumidor un concepto concreto y; un tercer grupo, que es el que genera en el consumidor un concepto al que se llega a través de un proceso de generalización.*

**c) La marca mixta,** en cambio, está compuesta por un elemento denominativo (una o varias palabras) y un elemento gráfico (una o varias imágenes). En este tipo de marca -indica la doctrina- siempre habrá de encontrarse un elemento principal o característico y un elemento accesorio o secundario, según predominen a primera vista los signos gráficos o los acústicos.

**d) Además de las marcas mencionadas,** se une a ellas una categoría nueva, correspondiente a las marcas denominadas **tridimensionales**, que cuentan con respaldo legal mientras cumplan los requisitos dispuestos para toda marca y, que no se encuentren inmersas en las prohibiciones establecidas por el legislador comunitario para los signos que presenten esa particular dimensión, o en las demás causales previstas para cualquier tipo de signo.

*"Las marcas tridimensionales son aquéllas que poseen volumen, es decir que ocupan por sí mismas un espacio determinado, conforme lo explica el propio término tridimensional, que da la idea de la ocupación de las tres dimensiones del espacio (alto, ancho y profundidad). Debe dejarse en claro, desde luego, que para constituirse como marcas, deben esos signos ser necesariamente perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica".<sup>9</sup>*

Y luego:

*"El Tribunal entiende, de acuerdo con la Doctrina, que marca tridimensional es aquella constituida por formas particulares de los envases, recipientes, embalajes, u otro acondicionamiento de los productos o por la forma de los mismos.*

*"Los signos tridimensionales, al igual que las demás categorías mencionadas, cuentan con el respaldo legal para ser registradas como marcas, siempre que*

<sup>9</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 18 de junio del año 2003. Proceso N° 31-IP-2003. Marca Gráfica: "NINTENDO OF AMERICA INC". Publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 960 de 01 de agosto de 2003.

*cumplan con los requisitos exigidos aludidos y que no se encuentren contemplados en las prohibiciones establecidas por el legislador comunitario*".<sup>10</sup>

En la interpretación prejudicial pronunciada en el proceso 113-IP-2003 (Actor: Gaseosas Posada Tobón S. A. Marca: "FIGURA DE ENVASE EN FORMA DE BOTELLA") al interpretar los artículos 81 y 82, literales b) y d), de la Decisión 344 el Tribunal también tuvo la marca tridimensional como una categoría diferente a la denominativa, gráfica y mixta al insistir en que:

*"A la clasificación de marcas mencionada en renglones anteriores, esto es, denominativas, gráficas y mixtas, se une una categoría nueva, referente a las marcas denominadas TRIDIMENSIONALES, que cuentan con respaldo legal mientras cumplan los requisitos dispuestos para toda marca y siempre y cuando no caigan en las prohibiciones especialmente establecidas por el legislador comunitario en relación con los signos que presentan esa particular dimensión, o en las demás causales previstas para cualquier tipo de signo.*

*"Se dice que un distintivo o un elemento es tridimensional, cuando ocupa las tres dimensiones del espacio (alto, ancho y profundo), de lo cual se desprende, que ha de entenderse como marca tridimensional, el signo que posea volumen, es decir, que ocupe espacio, sino que está contenido en un soporte físico que es el que tiene volumen, no podrá calificarse como tridimensional..."*

De manera que a título de conclusión se puede decir que los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales incluyen dentro de las marcas **bidimensionales** a las denominativas, gráficas y figurativas, es decir, a todas aquellas que son perceptibles por el sentido de la vista, aunque en lo relacionado con las marcas denominativas, cuando constituyen un conjunto pronunciable, se perciben no solo por la vista sino por el oído ya que generan sonido al ser pronunciadas. Y en lo que respecta a la marca **tridimensional** se la define como un cuerpo que ocupa las tres dimensiones del espacio y que es perceptible no solo por el sentido de la vista sino por el del tacto, es decir, como una clase de signos con características tan peculiares que ameritan su clasificación como independiente de las denominativas, figurativas y mixtas.

#### **4.4. Irregistrabilidad por constituir el signo una forma usual de los productos o de sus envases o una forma o características impuestas por la naturaleza o la función del producto o servicio.**

La Normativa Comunitaria Andina establece dos clases de prohibiciones al registro de marcas, éstas son: absolutas o relativas, en el presente caso por la naturaleza del asunto que es objeto de la presente interpretación se hará referencia a la primera clase mencionada.

Las prohibiciones intrínsecas o absolutas se refieren al signo que por sus características no tiene la capacidad de funcionar como marca según lo determinado en el artículo 71 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. El artículo 72 de la misma Decisión enumera las prohibiciones absolutas al registro de marcas, de modo que al producirse alguno de los supuestos contenidos en la norma mencionada, el signo no será apto para obtener su registro, estas causales de irregistrabilidad se destinan a proteger el interés público. Al respecto, el autor español Baylos Corroza señala que las prohibiciones absolutas "*son las que excluyen del registro signos no aptos a acceder a él, por su propia naturaleza o cualidades o por carecer de virtud distintiva*".<sup>11</sup>

Del análisis de la causal de irregistrabilidad por constituir el signo una forma usual de los productos o de sus envases o una forma o características impuestas por la naturaleza o la función del producto o servicio, se desprende que esta prohibición contiene tres clases de supuestos:

a) Una forma usual de los productos, b) una forma usual de sus envases, c) una forma o características impuestas por la naturaleza o la función del producto o servicio. La conjunción disyuntiva "o", presente en la redacción del artículo estudiado, sirve para expresar que la prohibición de registro existe al presentarse cualquiera de los supuestos descritos anteriormente.

En la sentencia de fecha 5 de octubre de 2003 dijo el Tribunal:

*"El artículo 82 de la Decisión 344 contiene disposiciones precisas para excluir del registro a los signos consistentes en formas que no pueden constituir una marca. Es así como en el literal b) se prohíbe el registro de los signos que consistan exclusivamente en las formas usuales de los productos o de sus envases o en formas impuestas por la naturaleza de la función de los productos.*

*"Por lo tanto, las formas tridimensionales de los productos pueden ser objeto de registro en tanto no se encuentren dentro de alguno de estos supuestos y sean capaces de identificar al correspondiente producto en atención a su origen empresarial, posibilitando la elección en el público consumidor, sin necesidad de otro elemento denominativo o figurativo.*

*"La expresión 'formas usuales de los productos' se refiere a los tipos de presentación habitual de los productos y no comprende representaciones peculiares o arbitrarias de los mismos. Debe precisarse, no obstante, que en el caso de estas últimas el ius prohibendi tendría un ámbito muy restringido: se reduciría a la facultad de prohibir a los terceros no autorizados la producción exacta o cuasixacta de la representación peculiar registrada como marca.*

*"El fundamento de la prohibición radica en que de otorgarse un derecho de exclusiva sobre las formas usuales de los productos se limitaría a los*

<sup>10</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 5 de octubre de 2003. Proceso N° 84-IP-2003. Marca: "FIGURA GEOMETRICA, NOTANDOSE QUE TIENE CUATRO LADOS CUYOS BORDES APARECEN REDONDEADOS, PARA DISTINGUIR PREPARACIONES Y SUSTANCIAS FARMACEUTICAS Y VETERINARIAS, PRODUCTOS COMPRENDIDOS EN LA CLASE 5ª DE LA CLASIFICACION INTERNACIONAL". Publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1002 de 28 de octubre de 2003.

<sup>11</sup> BAYLOS CORROZA Hermenegildo. "TRATADO DE DERECHO INDUSTRIAL" Segunda Edición. Editorial Civitas S. A., Madrid 1993. Pág. 827.

competidores la posibilidad de usar formas necesarias e indispensables de presentación o de envase de los mismos, con lo cual se bloquearía el acceso al mercado de competidores de esta clase de productos.

“Al respecto cabe precisar que la forma tridimensional no deja de ser usual solamente por el hecho de presentar diferencias secundarias con respecto a otras formas que se encuentran en el mercado. Para determinar si la forma tridimensional solicitada como marca, constituye una forma usual, deberá compararse la impresión en conjunto del signo solicitado con otros ya conocidos. En este examen deberá apreciarse como usual no solo si las formas de los envases son idénticos, sino también si resultan sustancialmente iguales, es decir, si difieren tan solo en características secundarias o no sustanciales.

“En otras palabras, las formas tridimensionales pueden llegar a ser distintivas en la medida en que cuenten con elementos diferenciadores que permitan identificar el producto en el mercado, distinguiéndolo de sus similares. Es decir, la forma tridimensional debe ser tan peculiar que sirva por sí misma para distinguir un producto de los equivalentes en el mercado e indicar su procedencia empresarial...”<sup>12</sup>

Y en la sentencia proferida en el proceso 113-IP-2003, ya citada, recogiendo el criterio expresado en la sentencia 23-IP-1998, expresó el Tribunal lo siguiente dentro del tema:

“Formas usuales de los productos o de sus envases e impuestas por la naturaleza de la función del propio producto.

“Si el solicitante se ingenia en crear una **forma** de fantasía, sugestiva, arbitraria o caprichosa del producto o del envase, guardando las características de distintividad, esa forma puede ser registrada, siempre que no infrinja alguna otra prohibición (Areán Lalín).”

(...)

“Como **envase** se califica todo aquel recipiente que se destina a contener productos líquidos, gaseosos o los que por carecer en su estado natural de forma fija o estable adquiere la forma del que los contiene, o incluso aquellos otros productos que por su tamaño, forma o naturaleza no pueden ser ofrecidos directamente al público”.

(...)

“En el concepto de envase puede agruparse una amplia gama que comprenda entre otras, botellas, recipientes, cajas, estuches, figuras, latas, embalajes, y en fin todo aquello que tenga características de volumen o proporcionen una configuración que no sea la simple y llana de las marcas bidimensionales. “Forma de un producto será la propia forma o configuración de la que está dotada la sustancia o materia que lo compone o integra”.

<sup>12</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso N° 84-IP-2003. Doc. Cit. en pág. 10.

(...)

“Finalmente por forma de presentación” de un producto hay que entender el aspecto externo o apariencia exterior del producto que es captada por los consumidores (Prof. José Manuel Otero Lastres, “Concepto y Tipos de Marca en la Decisión 344”, Memorias del Seminario Internacional “La Integración y Derecho y los Tribunales Comunitarios”, Quito, Cuenca, Guayaquil, Trujillo, 1996, pág. 236)”<sup>13</sup>

Al igual que la prohibición de registro de signos denominativos calificados como genérica, comunes o usuales, la causal que impide registrar una forma con características usuales se encamina a evitar que un empresario pueda a través del registro llegar a monopolizar una forma necesaria para contener y comercializar cierta clase de productos.

En este sentido el profesor Carlos Fernández Novoa comenta que: “La prohibición analizada persigue una finalidad paralela a la que es propia de la prohibición relativa a las denominaciones genéricas. En uno y otro supuesto se pretende evitar que a través del registro de una marca un empresario erija una barrera de acceso que impida a los competidores entrar en el mercado o submercado correspondiente.”<sup>14</sup>

#### 4.5. El signo tridimensional y las características para su registrabilidad.

En el proceso interno se debate la registrabilidad o no de la forma tridimensional de un envase.

Conforme a los criterios expuestos, corresponde al Juez Nacional determinar si el mismo puede ser registrado como marca teniendo en cuenta si en su diseño existe distintividad por la inclusión de elementos arbitrarios o especiales que permitan que éste provoque en quienes lo perciban una impresión diferente a la que se obtiene al observar otros envases destinados a identificar la misma clase de productos en el mercado.

Como ya se anotó, un signo tridimensional es el que ocupa las tres dimensiones del espacio: se trata de un cuerpo provisto de volumen; dentro de esta clase se ubican los envases, envoltorios y relieves.

En lo que se refiere a productos ofrecidos en el mercado en estado líquido, los fabricantes se las ingenian para la concepción de envases o recipientes indicando con los mismos el origen empresarial del producto, para lo cual diseñan diferentes formas, ángulos, aristas, puntas, superficies; como toda marca, la tridimensional tiene por objeto influir en la conciencia del consumidor para que se decida a adquirir el producto que contiene el envase o envoltura, sin que el elemento de distintividad frente a otros

<sup>13</sup> TRIBUNAL DEL JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 12 de noviembre de año 2003. Proceso N° 113-IP-2003. Marca: “FIGURA DE ENVASE EN FORMA DE BOTELLA”. Publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1028 de 14 de enero de 2004.

<sup>14</sup> ACTAS DE DERECHO INDUSTRIAL. Instituto de Derecho Industrial. Universidad de Santiago de Compostela. España 1990. Tomo 13-Año 1989-90. Pág.46.

envases sea el único determinante para establecer si puede o no registrarse como marca ya que en tratándose de esta clase de signos existe la prohibición de “consistir en formas usuales de los productos o envases o en formas o características impuestas por la naturaleza la función del producto”.

La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la ya citada sentencia 23- IP-1998, expuso importantes criterios que permiten determinar si un signo tridimensional es registrable como marca, en tal sentido se expusieron las siguientes ideas:

*“Para el adecuado tratamiento de las marcas tridimensionales ha de partirse del siguiente presupuesto fundamental: El principio general es que cualquier signo puede registrarse como marca; la excepción únicamente se encuentra representada por las causales de irregistrabilidad dispuestas expresamente por el legislador comunitario. En la medida en que éste no ha consagrado causal alguna en virtud de la cual los signos tridimensionales por ser tales no pueden acceder al registro marcario y ante el carácter excepcional y restringido de las causales de irregistrabilidad, la presentación tridimensional del signo no sirve por sí sola para negar el registro o para decretar su nulidad. Ahora bien, al no existir norma alguna que contenga para los signos tridimensionales una regulación especial en torno a los requisitos sustanciales necesarios para acceder al registro, debe exigirse respecto de ellos las mismas condiciones requeridas por el ordenamiento en punto de cualquier otro signo marcario, esto es, la distintividad, perceptibilidad y susceptibilidad de representación gráfica. Con fundamento en lo expuesto, debe tenerse en cuenta que el hecho de que no exista causal en virtud de la cual se excluya per se la registrabilidad de los signos tridimensionales, no implica que los mismos siempre puedan acceder al registro pues si no cumplen los requisitos esenciales de toda marca (distintividad y perceptibilidad) o si no son susceptibles de representación gráfica -cuestión esta última que sería de muy remota ocurrencia-, la oficina nacional competente tendrá que rechazar la solicitud que los contenga o, para el evento en que el registro se haya concedido, el juez nacional deberá, de oficio o a petición de parte, decretar su nulidad. Pero también debe advertirse que la presentación tridimensional no impide la aplicación de las causales de irregistrabilidad contenidas en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344, obviamente siempre y cuando se cumplan todos y cada uno de los supuestos de hecho previstos para la procedencia de cada causal.”*

(...)

*“Es indispensable que el envase, para ser registrable como marca, presente realmente forma nueva, ya sea mediante la alteración de configuraciones ordinarias o comunes, por disposiciones geométricas que lo conviertan en típico y característico, o bien, si fuera una forma común de envase, figuren en él elementos tales como grabados, estampados, viñetas y relieves, que imprima y dé el rasgo distintivo que la ley exige, colocándose, de acuerdo al procedimiento administrativo, en la posibilidad de obtener el registro condicionado exclusivamente a los dibujos, sin que la*

*forma en sí importe privilegio alguno (Exp. De marca acta 161.077, noviembre 15 de 1934, P y M., 1934, pág. 731)” (Breuer Moreno, Obra citada, pág. 129)”<sup>15</sup>*

Carlos Fernández Novoa en el tema tratado hace el siguiente aporte: “en la hipótesis de que pretenda registrarse como marca un envase, debe entenderse –a mi juicio- que lo prohibido es solicitar como marca aquella forma de los envases que en las costumbres leales y constantes del comercio sean habituales o usuales. Será posible, en cambio, registrar como marca la forma arbitraria que el solicitante imprime al producto o al envase siempre que esta forma arbitraria no desempeñe una función técnica y no afecte al valor intrínseco del producto (o del envase)”<sup>16</sup>

De manera que resulta registrable como marca por su facultad distintiva un envase que por sí solo permita a un grupo de consumidores identificar determinado producto o servicio, “sin necesidad de requerir etiqueta alguna debido a su diseño, sus particularidades o su especial forma...”<sup>17</sup> para distinguirse de entre otros envases de productos idénticos o similares existentes en el comercio.

La forma externa tridimensional en que se coloca un producto puede constituir un signo distintivo de su origen de manera que el consumidor asuma la percepción como indicadora del mismo y no como la simple representación de éste.

Lo anterior implica que el etiquetado que lleva impreso el envase o la envoltura no hace parte de la forma externa a registrar como marca tridimensional ya que esta clase de signos básicamente se compone de una forma con volumen, sin que pueda alegarse como factor de distintividad la etiqueta impresa.

Entonces, para que el Juez nacional concluya sobre la registrabilidad de un signo tridimensional deberá atenerse, en este caso, a lo señalado en el literal b) del artículo 72 de la Decisión 313, para lo cual tendrá en cuenta lo que este Tribunal ha precisado como

*“formas usuales de los productos o de sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza del producto o del servicio de que se trate, así:*

*“Para llegar a constituir marca, una forma usual debe acompañarse de suficientes elementos novedosos que contribuyan a acrecentar la fuerza distintiva del signo, dejando de ser una forma típica o característica, tornándose en no común u ordinaria por sus características especiales que la hacen diferente y apta para individualizar productos o servicios en el mercado”.*

De manera que el juez nacional deberá hacer un análisis comparativo entre el envase y la naturaleza del producto a

<sup>15</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso N° 23-IP-1998. Doc. Cit. Pág. 5

<sup>16</sup> ACTAS DE DERECHO INDUSTRIAL. Doc. Cit. en pág. N° 14.

<sup>17</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 2 de marzo del 2000. Proceso N° 82-IP-2000. Marca: “DISEÑO DE BOTELLA DE LISTERINE”. Publicada en Gaceta Oficial N° 651 de 20 de marzo de 2001.

contener a fin de determinar si el signo tridimensional puede servir para designar solamente las características del producto envasado, su calidad, o si, por el contrario, el envase tiene capacidad de producir en el consumidor medio su reconocimiento frente a lo habitual en el ramo de que se trata el producto, teniendo en cuenta que el consumidor, en principio, distingue el envase y el producto contenido en el mismo, y que sobre esta distinción resulta necesario que la forma externa tridimensional sea capaz de llevar a su mente la idea precisa del origen empresarial del producto allí contenido.

En conclusión, cuando la propia naturaleza de un producto exija para su comercialización de un envase, el signo tridimensional constituido exclusivamente por la forma del producto estaría afectado por una causal de irregistrabilidad; en estos casos, para que dicho envase pueda ser reconocido como signo registrable debe ostentar una forma que no solo tenga la capacidad de designar las características del producto envasado y su calidad, sino la peculiaridad de que el consumidor medio pueda distinguir el producto contenido del de otras empresas; al respecto hay que tener en cuenta que los signos que sirven exclusivamente para designar características de un producto o servicio no son registrables en razón a que la mención de las mismas deben estar a disposición de todos y no de alguien en particular.

Sin embargo, respecto de esta clase de signos como surge el interrogante de si cuando se trata de envases la forma del envase es la misma forma del producto, se debe entender que aun cuando la forma externa se encuentre asimilada a la forma del producto existe la posibilidad de distinguir, como lo hace el consumidor medio, entre el producto y la forma de su envase y, por lo tanto, a pesar de dicha asimilación el envase puede tener como función determinar el origen empresarial del producto.

Tal interrogante se puede resolver considerando que para que una estructura tridimensional, que constituye la forma del producto o su envase, pueda ser registrada como signo no debe estar constituida exclusivamente por la forma de envase habitual de ese producto; requiere del elemento de distintividad y en el examen de registrabilidad se deben aplicar las reglas que rigen el registro de las marcas en general, a fin de evitar que cualquier otro productor del mismo producto se viera en la imposibilidad de comercializar los mismos productos envasados, y sin que se tenga en cuenta como elemento de distintividad el etiquetado impreso.

#### **4.6. Motivación de los actos administrativos referentes a marcas.**

La Normativa Comunitaria Andina señala que todos los actos provenientes de la Administración Pública deben ser motivados, es decir, que reflejen las razones que hicieron que el órgano emisor se pronunciara en uno u otro sentido, en otras palabras se trata de la razón de ser del acto, en el que se explicará el por qué de la resolución.

La motivación es una formalidad sustancial de todo acto proveniente de la administración pública y su insuficiencia, error o falsedad puede conducir a la nulidad del acto.

En todo acto administrativo se deben exponer las razones de hecho y de derecho que han generado la toma de la decisión respectiva cuando se conceda o deniegue un registro de

marca, esto permitirá que quien se sienta afectado por los efectos producidos por un acto de la administración, tenga la posibilidad de debatir tales razones ante el órgano judicial que corresponda.

Recogiendo criterios expuestos en su Jurisprudencia acerca de los actos administrativos referentes a la concesión o denegación de registros marcarios este Tribunal ha manifestado que:

*“...requieren de motivación para su validez; pero si, además, la obligación de motivar viene impuesta legalmente -en el presente caso por la misma norma comunitaria, de prevalente aplicación- debe entonces formar parte de aquél, y, además, como lo ha expresado la jurisprudencia de este Tribunal Andino, podría quedar afectada de nulidad absoluta la resolución que los contenga si por inmotivación lesiona el derecho de defensa de los administrados”.*

(...)

*“La motivación de los actos administrativos refleja las razones que inclinaron al órgano emiteante a pronunciarse en uno u otro sentido, tomando como antecedente las normas legales y los hechos materiales o situaciones fácticas que precedieron a la expedición de un acto y que lo justificarían; constituyen su causa y su razón de ser. La motivación se contrae en definitiva a explicar el porqué de la Resolución o Decisión, erigiéndose por ello en un elemento sustancial del mismo -y hasta en una formalidad esencial de impremitible expresión en el propio acto si una norma expresa así lo impone - y cuya insuficiencia, error o falsedad puede conducir a la nulidad del acto. La plena correlación entre los argumentos esgrimidos por el administrador respecto del derecho y los hechos, por una parte, y de otra, la declaración final por él adoptada frente a los efectos que dicho acto va a producir, constituye la ecuación jurídica necesaria para que pueda hablarse de una verdadera, necesaria, sustancial, inequívoca y concordante motivación”.*<sup>18</sup>

Por lo expuesto,

#### **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**

#### **CONCLUYE:**

**PRIMERO:** La norma sustancial que se encontrare vigente al momento de presentarse la solicitud de registro de un signo como marca, será la aplicable para resolver sobre la concesión o denegatoria del mismo; y, en caso de impugnación de la resolución interna, será aplicable para juzgar sobre su legalidad, la misma norma sustancial del ordenamiento comunitario que se encontraba vigente al momento de haber sido solicitado el registro marcario.

<sup>18</sup> **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.** Sentencia de 25 de septiembre del 2004, **Proceso No. 150-IP-2004**, Marca: “ALBERTO VO5”. Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1165 de 7 de febrero del 2005.

**SEGUNDO:** Un signo puede registrarse como marca si reúne los requisitos de distintividad, perceptibilidad y susceptibilidad de representación gráfica a que se refiere el artículo 71 de la Decisión 313, además de no estar incurrido en alguna de las causales de irregistrabilidad que al respecto señala la Decisión citada.

**TERCERO:** De acuerdo al criterio aceptado por la Jurisprudencia Comunitaria Andina, las marcas se clasifican en denominativas, gráficas, mixtas y figurativas, y a esta clasificación se agrega la forma externa que constituye signo tridimensional.

**CUARTO:** La prohibición contenida en el literal b) del artículo 72 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, es absoluta o intrínseca, es decir, que cuando se incurre en el supuesto citado en la norma, el signo es irregistrable por no ser apto para funcionar como marca según lo determinado por el artículo 71. La norma manifiesta que no serán registrables las *“formas usuales de los productos o de sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza de la función de dicho producto o del servicio de que se trate”*.

**QUINTO:** La causal que impide registrar una forma externa con características usuales se encamina a evitar que un empresario pueda, a través del registro, llegar a monopolizar una forma necesaria para contener y comercializar cierta clase de productos.

**SEXTO:** Si bien la forma tridimensional de un producto puede constituir un signo distintivo, la misma debe presentar características que la diferencien suficientemente de la usual o necesaria, de modo que el consumidor la perciba como indicadora del origen del producto, y no como la simple representación de éste.

**SEPTIMO:** Para que la forma tridimensional (en este caso el envase) sea registrable como marca es indispensable que presente una forma distintiva, mediante la alteración de rasgos o líneas ordinarias o comunes a fin de evidenciar diferencia con lo típico y característico. Dentro de este aspecto no se debe tener en cuenta el etiquetado impreso como elemento de distintividad del signo tridimensional.

**OCTAVO:** Todos los actos provenientes de la Administración Pública deben ser motivados y reflejar las razones que hicieron que el órgano emisor se pronunciara en uno u otro sentido, es decir, que la motivación constituye la razón de ser del acto, es además una formalidad sustancial y su insuficiencia, error o falsedad puede conducir a la nulidad del acto.

De conformidad con el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Juez Nacional consultante, al emitir el fallo en el proceso interno N° 1678-LR deberá adoptar la presente interpretación. Así mismo deberá dar cumplimiento a las prescripciones contenidas en el párrafo tercero del artículo 128 del Estatuto vigente.

Notifíquese al Juez consultante mediante copia certificada y remítase copia a la Secretaría General de la Comunidad Andina, para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Moisés Troconis Villarreal  
PRESIDENTE

Walter Kaune Arteaga  
MAGISTRADO

Rubén Herdoíza Mera  
MAGISTRADO

Ricardo Vigil Toledo  
MAGISTRADO

Olga Inés Navarrete Barrero  
MAGISTRADA

Mónica Rosell Medina  
SECRETARIA

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

Mónica Rosell  
SECRETARIA

No. 431-04

JUICIO LABORAL QUE SIGUE DELIA VILLON  
CONTRA MUNICIPIO DE GUAYAQUIL.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 20 del 2006; las 09h30.

**VISTOS:** Del fallo dictado por los señores ministros de la Primera Sala de lo Laboral y de la Niñez de la Corte Superior de Guayaquil, que confirma la sentencia del Juez Primero de Trabajo del Guayas, la Sra. Delia Yolanda Villón Mora en calidad de Procuradora Común de los herederos del Sr. Juan Bautista Villón Asencio, interpuso recurso de casación en el juicio que sigue contra la Municipalidad de Guayaquil, en las personas de los señores Alcalde y Procurador Síndico.- Como la causa se encuentra en estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.**- La parte actora al plantear el recurso estima que se han infringido las siguientes normas legales: Arts. 219

del Código del Trabajo en concordancia con lo dispuesto en los Arts. 16, 35 numerales 1, 3, 4, 6 y 54 de la Constitución Política de la República; fundamentándose en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación.- SEGUNDO.- Del análisis de los fundamentos en que se apoya el recurso de casación, de la sentencia impugnada y de las piezas procesales pertinentes, se observa: 1.- La actora en su demanda (fjs. 2 y 3 del primer cuaderno de primer nivel) requirió de la parte demandada principalmente el pago de la jubilación patronal que dijo corresponderle al Sr. Villón Asencio, por haber laborado en dicho Municipio por 48 años "de conformidad con lo dispuesto en el Art. 219 y siguientes del Código del Trabajo...". 2.- El Art. 219 del Código del Trabajo (hoy 216) indica las reglas que sirven para determinar la jubilación de los trabajadores (no de sus herederos) que por 25 años o más hubieren prestado servicios continuada o interrumpidamente. La asignación de la pensión jubilar para los herederos del trabajador "que se halle en goce de su pensión jubilar", se encuentra contemplada en el Art. 220 (hoy 217) ibídem. 3.- En el caso que nos ocupa es posible advertir que la actora erró al formular su demanda en la determinación del fundamento legal, error que trata de ser corregido, pero que confunde más, cuando en el recurso de casación que consta a fjs. 11 y 12 del cuaderno del segundo nivel dice: "CUARTO.- Los fundamentos en los que sustento el Recurso los expreso a continuación: La demanda se contrae exclusivamente a demandar la JUBILACION PATRONAL, en términos que señala el Art. 119 del Código de Trabajo, ya "que por mi condición de obrero estaba sujeto al ámbito de la legislación laboral...".- Al respecto es preciso acotar que el Art. 119 del Código del Trabajo (actual 117) se refiere a una materia totalmente ajena a lo reclamado por la actora que se atribuye la condición de obrero, ya que esa norma se relaciona con la "Remuneración Unificada". 4.- El fundamento teórico de la jubilación es el de proporcionar al trabajador un nivel de vida digno, que le permita subsistir los últimos días de su existencia. En el presente caso el señor Villón Asencio ha fallecido antes del alcanzar el derecho a percibir la jubilación patronal y mal puede transmitirse tal derecho a los herederos del causante y así se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia a través de sus salas laborales en varias oportunidades y por lo tanto bien ha hecho la Primera Sala de lo Laboral y de la Niñez de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil al confirmar la sentencia del primer nivel. En consecuencia ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desestima el recurso de casación interpuesto.- Sin costas ni honorarios que regular. Sorprende la lenta tramitación en el primer nivel de este juicio verbal sumario de trabajo, ya que la primera instancia se extiende por más de cinco años, por lo que se llama la atención el Abg. Carlos Alfago Vite, Juez Primero del Trabajo del Guayas, debiendo oficiarse por Secretaría al Consejo Nacional de la Judicatura, para que efectúe la investigación correspondiente y, de ser el caso, imponga la sanción respectiva.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ana Isabel Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo y Rubén Bravo Moreno.- CERTIFICO.- Dra. María Consuelo Heredia Y.

Es fiel copia de su original.

Quito 18 de julio del 2006.

f.) Secretaria de la Primera Sala de lo Laboral y Social, Corte Suprema de Justicia.

No. 435-04

JUICIO LABORAL QUE SIGUE JERSON HUERTAS CONTRA JORGE ROMO.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 22 del 2006; las 10h20.

VISTOS: En el juicio laboral seguido por Jerson Hermes Huertas Velasco en contra de Jorge Humberto Romo Obando, la Unica Sala de la Corte Superior de Tulcán dicta sentencia, confirmando en todas sus partes la subida en grado que acepta parcialmente la demanda, e inconforme con ella presenta recurso de casación el demandado. Encontrándose la causa en estado de resolución, para fallar se considera: PRIMERO.- En el libelo de casación el recurrente manifiesta que estima infringidas las siguientes normas de derecho: el Art. 10 del Código del Trabajo, por aplicación indebida, e interpretación errónea del Art. 590 del mismo código; el Art. 117 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida, sustenta su censura en el hecho de que en la sentencia se considera que el actor con las declaraciones de sus testigos ha justificado la relación laboral, sin considerar la prueba de descargo presentada por él; que no se ha valorado la prueba de descargo al haber aplicado indebidamente el mencionado artículo 117, pues no se puede admitir que en una supuesta relación laboral de más de diez años no se hayan cancelado los sueldos y demás bonificaciones al trabajador, por lo que considera que no se ha apreciado la prueba en su conjunto según el Art. 119 del Código de Procedimiento Civil; que en el juramento deferido el actor no ha precisado el tiempo de trabajo, sin embargo, se lo ha aceptado como prueba supletoria. Fundamenta el recurso en las causales 1 y 2 del Art. 3 de la Ley de Casación. SEGUNDO.- Examinada la sentencia se advierte que en el considerando tercero, que es el que se refiere a la existencia de la relación laboral, se hace el análisis de la prueba testimonial aportada por el trabajador para el efecto, análisis y apreciación de la prueba que esta Sala considera acertado, una vez examinados los testimonios de fs. 10 a 11; de suerte que no se ha aplicado indebidamente el Art. 10, ni se advierte errónea interpretación del Art. 590 del Código del Trabajo, habiéndose, por el contrario, apreciado la prueba conforme a lo dispuesto por los artículos 117 y 119 del Código de Procedimiento Civil. En este punto cabe recordar que la esencia de todo proceso es la prueba que las partes están obligadas a proporcionar al juzgador para que con todos y cada uno de los elementos de juicio suministrados pueda emitir su decisión; en el presente caso esa prueba ha sido oportuna y suficientemente aportada por el actor con sus testigos y no ha podido ser enervada con las declaraciones de los testigos del demandado, que por otra parte, si reconocen que de alguna manera que el actor trabajó a su servicio; consecuentemente, comprobada la relación laboral, le correspondía al demandado justificar el pago de las prestaciones reclamadas por el trabajador. No puede dejarse

de observar también que el demandado incurre en una equivocación o en un error, al decir que "no se puede concebir que en una supuesta relación laboral de más de diez años no se hayan cancelado los sueldos y demás bonificaciones al trabajador", puesto que éste no ha demandado el pago de los sueldos por todo el tiempo de trabajo sino por los ocho últimos meses. En lo que respecta a la censura por la interpretación errónea del Art. 590 ibídem, aduciendo que el trabajador no ha precisado con claridad el tiempo de trabajo y las remuneraciones percibidas, tampoco es verdadera esta aseveración y consecuentemente no tiene fundamento la impugnación ya que a falta de otra prueba, como ocurre en el caso, es procedente la aceptación del juramento deferido. Por todo lo que queda manifestado, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso de casación interpuesto por el demandado por no tener ningún fundamento legal. Con costas. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Ana Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.

Quito 18 de julio del 2006.

f.) Secretaria de la Primera Sala de lo Laboral y Social, Corte Suprema de Justicia.

---

**No. 444-2004**

JUICIO LABORAL QUE SIGUE ESMERALDAS PAVON CONTRA SICOBRA.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, enero 31 del 2006; las 10h10.

VISTOS: La señorita Esmeralda Marisol Pavón Erazo interpone recurso de casación de la sentencia dictada el 16 de noviembre del 2004, a las 09h20, por los señores ministros de la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Quito, que confirma la sentencia del primer nivel expedida en el juicio seguido en contra del señor Aldo Briones Lagos, por sus propios derechos y por los que representa en la Empresa SICOBRA S. A., encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO.- La competencia de esta Sala se halla establecida por el sorteo efectuado el 13 de diciembre del 2004 y por el Art. 1 de la Ley de Casación.- SEGUNDO.- La recurrente fundamenta su recurso en el Art. 3 numerales 1 y 3 de la Ley de Casación y argumenta que se han infringido las siguientes normas: a) artículos 2, 3, 7 y 8 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, publicado en el Registro Oficial No. 119 de 30 de abril de 1957 y ratificado por el Ecuador el 29 de mayo de 1967, instrumento de obligatorio cumplimiento según el mandato del Art. 163 de la Constitución Política de la República del Ecuador; b) Los Arts. 272 y 273 de la Carta

Magna; c) Los Arts. 239, 449, 451 y 452 del Código del Trabajo; d) Los Arts. 121 y 125 del Código de Procedimiento Civil.- TERCERO.- Del examen de los fundamentos en que se apoya el recurso de casación de la sentencia impugnada y de las piezas procesales pertinentes, se observa: 1.- La estabilidad a que se refieren los Arts. 233 y 455 del Código del Trabajo depende de la inscripción en el Ministerio del Trabajo, de la primera directiva del sindicato, del comité de empresa o cualquier otra asociación de trabajadores, directiva que debe estar debida y legalmente constituida de acuerdo con la disposición del Art. 222 del código de la materia, lo cual no ha ocurrido en el presente caso como se comprueba de los certificados conferidos por las respectivas autoridades del Ministerio antes citado; 2.- Probada la inexistencia del sindicato de trabajadores, desapareció el derecho de éstos a impugnar el acta de finiquito y, además, volvió inaplicables las normas del Convenio 87 de la O.I.T. que se refiere a derechos obviamente no vulnerados por decisiones jurisdiccionales, pues la garantía que contempla el Art. 35 de la Constitución Política se refiere a que el derecho de los trabajadores a organizarse solo se hace efectivo cuando previamente se han cumplido con las disposiciones legales nacionales y esto no ha ocurrido y más bien ha conducido a que no se reconozca ni registre la organización de trabajadores a que se refiere la casacionista; 3.- La impugnación del acta de finiquito por parte de la recurrente habría sido procedente sino hubieran existido los supuestos establecidos en el Art. 595 del Código Laboral y del proceso consta que dicha acta fue practicada ante el Inspector de Trabajo y en ella están los rubros pormenorizados cuya liquidación se ha efectuado (fjs. 239) y además puede observarse que a fjs. 24, se ha hecho una reliquidación a favor de la señorita Esmeralda Marisol Pavón quien declara estar de acuerdo con los valores recibidos estipulados tanto en el acta de finiquito, como en la reliquidación antes mencionadas.- En virtud de lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha el recurso de casación interpuesto.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ana Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo y Rubén Bravo Moreno.- CERTIFICO.- Dra. María Consuelo Heredia Y.

RAZON: Hoy día a partir de las catorce horas treinta minutos, notifiqué la sentencia que antecede, a Esmeralda Pavón, en el casillero No. 2354 y a SICOBRA, en el casillero N° 288.- Quito, enero 31 del 2006.- La Secretaria.- Dra. María Consuelo Heredia Y.

Es fiel copia de su original.

Quito 12 de julio del 2006.

f.) Secretaria de la Primera Sala de lo Laboral y Social, Corte Suprema de Justicia.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 15 del 2006; las 08h40.

VISTOS: La señorita Esmeralda Marisol Pavón Erazo solicita aclaración y ampliación de la sentencia dictada por esta Sala el 31 de enero del 2006, las 10h10, en el juicio

que sigue a la Empresa SICOBRA con el fin de resolver lo que en derecho corresponda y una vez que el petitorio de la actora ha sido debidamente notificado a la parte demandada, se considera: a) El Art. 282 del Código de Procedimiento Civil establece que la aclaración tendrá lugar si 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; y, b) El fallo de este Tribunal es lo suficientemente claro y motivado, no existiendo frases oscuras ni ambiguas y abarca todos y cada uno de los puntos que fueron materia del recurso, en virtud de lo cual se niega por improcedente la solicitud de la señorita Esmeralda Marisol Pavón Erazo.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ana Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.

Quito 18 de julio del 2006.

f.) Secretaria de la Primera Sala de lo Laboral y Social, Corte Suprema de Justicia.

**No. 27-05**

JUICIO LABORAL QUE SIGUE PEDRO GUERRA CONTRA ANGEL MORALES.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 20 del 2006; las 10h00.

VISTOS: La Sala Especializada de lo Civil de la Corte Superior de Babahoyo, dicta sentencia confirmando con reformas la parcialmente estimatoria la demanda, dictada por el Juez Segundo Provincial de Trabajo de Los Ríos, en el juicio de trabajo seguido por Pedro Wilson Guerra Candelario en contra de Angel Oswaldo Morales Moya y éste inconforme con el fallo, interpone recurso de casación. Esta Sala una vez concluido el trámite, para dictar sentencia hace las siguientes consideraciones: PRIMERO.- En el libelo de casación se afirma que en la sentencia se han infringido los Arts. 211, 124, 125, 1062 y numeral 4º del Art. 355 del Código de Procedimiento Civil, fundamentando el recurso en las causales 2ª y 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación. Resumiendo los fundamentos de la censura se advierte que ésta se la hace por cuanto dice que no se ha valorado la prueba testimonial con relación a la existencia de la relación de trabajo y al despido intempestivo, que no se ha considerado que jamás se le ha citado con la demanda, y que no se ha aplicado el criterio judicial de equidad, con lo que se han infringido los citados artículos.- SEGUNDO.- El primer asunto a dilucidar es el

que atañe a la falta de citación con la demanda alegada por el casacionista, porque de él deviene la validez o la nulidad de la causa. Examinado el proceso se observa que a fs. 4 vta. consta la razón de la citación efectuada al demandado, de suerte que no es cierta su afirmación y no tiene razón de ser la censura por este motivo. En lo que respecta a la relación laboral, al no haber comparecido a la audiencia de conciliación el demandado, según la ley, tal hecho debe ser considerado como negativa simple de los fundamentos de la demanda, lo cual obliga al accionante a comprobar sus aseveraciones, siendo en materia laboral lo prioritario probar la existencia del vínculo contractual de trabajo. Esta prueba, según lo analiza el fallo impugnado en el considerando tercero, se halla acertada y debidamente apreciada y valorada conforme a la sana crítica, sobre todo al examinar los testimonios y la confesión ficta del demandado, examen que ha servido además, para concluir que se halla comprobado el despido intempestivo. El demandado no ha aportado prueba alguna en su defensa y mal podía el Tribunal de instancia aplicar el criterio de equidad insinuado por el demandado. TERCERO.- Para que prospere la censura era necesario que en los considerandos de la sentencia se haya violado la ley, a consecuencia de los errores en el análisis del acervo probatorio, lo que en doctrina es conocido como error facti in judicando. El Juez al realizar el examen de la situación fáctica y subsumirla en las disposiciones de la ley, puede incurrir en errores respecto a la objetividad que las pruebas le muestren, o al valorarlas, errores que le pueden conducir a infringir una norma aplicándola o no aplicándola. Estos casos se hallan contemplados en la Ley de Casación, Art. 3, causal 2da.: "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; o en la causal 3ra.: "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto"; sin embargo, en el caso, como ya se examinó en líneas anteriores, ninguna de esas causales se ha dado, lo cual lleva a la Sala a la conclusión de que no tiene fundamento alguno la censura de la sentencia intentada por el demandado. En esta virtud, y no siendo necesarias otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso de casación interpuesto, por no tener fundamento legal. Con costas, y de conformidad con el Art. 18 de la Ley de Casación se le impone la multa de cinco salarios mínimos vitales generales.- Notifíquese y devuélvase el proceso para la ejecución del fallo.

Fdo.) Dres. Ana Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.

Quito 18 de julio del 2006.

f.) Secretario de la Primera Sala de lo Laboral y Social, Corte Suprema de Justicia.

## No. 30-05

JUICIO LABORAL QUE SIGUE LUIS PEÑA CONTRA BOLIVAR PRIETO.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 30 del 2006; las 15h50.

VISTOS: En el juicio verbal sumario de trabajo seguido por Luis Peña contra el Ing. Bolívar Prieto Calderón, la Primera Sala de lo Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Superior de Machala, dicta sentencia confirmando la del inferior que acepta parcialmente la demanda y encontrándose en desacuerdo con ella, el demandado interpone recurso casación. La causa se halla en estado de ser resuelta y para ello se considera: PRIMERO.- Presenta su recurso aduciendo que se ha hecho aplicación indebida de los artículos 8, 82 y 590 del Código del Trabajo, así como falta de aplicación de los Arts. 1481, 1482, 1483, 1484, 1485, 1486, 1487, 1488, 1588, 1597, 1958, 1960 y 1963 del Código Civil, que han sido determinantes para la disposición del fallo; al igual que existe aplicación indebida de los Arts. 119, 121, y numeral 5° del Art. 220 del Código de Procedimiento Civil, que ha conducido a la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de las pruebas. Que las causales en las que se funda el recurso de casación son las de los numerales 1ª y 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación. En resumen el fundamento del recurso se centra en que en el fallo no se han valorado las pruebas aportadas por el demandado por las que demostraba que el demandante no era su trabajador sino el de un contratista, que nuestra legislación laboral admite la figura del intermediario, quien es el único responsable frente a los trabajadores, figura jurídica que se halla inmersa y robustecida en los citados artículos del Código Civil; concluye que en los considerandos tercero y cuarto de la sentencia censurada no se hace una debida aplicación de las normas de derecho.- SEGUNDO.- Antes de entrar a la obligatoria y necesaria confrontación de la censura efectuada con la sentencia, consideramos oportuno hacer, a manera de prolegómeno, las siguientes consideraciones: La Constitución Política de la República del Ecuador tiene supremacía indiscutible sobre todas las leyes, decretos y más disposiciones y convenciones y dentro de éstas los contratos que se celebren en el país. Imperio que lo proclama en forma inobjetable e incontrastable el artículo 272, al consagrar que: "La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.". Como consecuencia de este mandato supremo es obvio concluir que todo ordenamiento legal que esté en oposición con la Carta Política del Estado queda ipso jure e ipso facto derogado. Al tratar lo relativo al trabajo, de manera nítida en su Art. 35 numeral 11, señala que: "sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario".- TERCERO.- Examinadas las

tablas procesales, se advierte que consta de autos que el trabajador, mediante la prueba testimonial analizada en el fallo impugnado, comprobó que trabajó para el demandado, siendo esos testimonios dignos de crédito por provenir de trabajadores que también laboraron en la propiedad agrícola del demandado, pese a que éste, para tratar de eludir sus obligaciones laborales se haya valido de un "contratista" para contratar al trabajador, lo cual de ninguna manera puede exonerarle del cumplimiento de las mismas, conforme a la citada disposición constitucional, la que es recogida, a su vez, por el artículo 41 inciso segundo del Código del Trabajo que expresa: "igual solidaridad; acumulativa y electiva, se imputará a los intermediarios que contraten personal para que presten servicios en labores habituales, dentro de las instalaciones, bodegas anexas y otros servicios del empleador", las que han sido aplicadas acertadamente en diversos fallos emitidos por las salas de lo Laboral de esta Corte Suprema. En conclusión, este Tribunal no tiene duda alguna de que existió vinculación laboral permanente entre el actor Peña Morocho y el demandado Prieto Calderón, debatientes en este litigio. De suerte que en la sentencia; los juzgadores de instancia, no han infringido ninguna de las normas de derecho citadas por el recurrente, por el contrario han aplicado acertadamente las que correspondía aplicar. Las consideraciones efectuadas, son suficientes para que esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechace el recurso de casación. Sin costas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ana Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo, Rubén Bravo Moreno.- CERTIFICO.- Dra. María Consuelo Heredia Y.

RAZON: Hoy día a partir de las catorce horas treinta minutos, notifiqué la sentencia que antecede, al Ing. Bolívar Prieto, en el casillero No. 1214 y no notifiqué a Luis Peña, por no haber designado casillero.- Quito, julio 3 del 2006.- La Secretaria.- Dra. María Consuelo Heredia Y.

Es fiel copia de su original.

Quito, a 19 de julio del 2006.

f.) Secretaria de la Primera Sala de lo Laboral y Social, Corte Suprema de Justicia.

## No. 112-05

JUICIO LABORAL QUE SIGUE PATRICIO MALDONADO CONTRA TELEVISION Y VENTAS (TVENTAS).

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 30 del 2006; las 16h00.

VISTOS: En el juicio verbal sumario de trabajo seguido por el señor Patricio Maldonado en contra de Televisión y Ventas Televent S. A. (Tventas), el actor interpone

recurso de casación de la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Guayaquil que confirma en todas sus partes la parcialmente estimatoria de la demanda dictada por la Jueza Cuarta del Trabajo del Guayas. Encontrándose la causa en estado de sentencia, para dictar la que corresponda se considera: PRIMERO.- En el escrito de interposición del recurso se asevera que las normas de derecho que estima se han infringido son las de los artículos "122, 211 y siguientes del Código de Procedimiento Civil"; de los Arts. 4, 5, 6, 7, 569 (primera parte) -sic.- y 600 del Código del Trabajo; los numerales 3, 4, 5 y 6 del Arts. 35 de la Constitución Política; que las causales en que se funda son las 1ª, 2ª y 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación; pero en la fundamentación de las causales se refiere en forma generalísima solamente a la 1ª, 2ª y a la 3ª sin precisar que normas fueron aplicadas indebidamente o qué otras no fueron aplicadas, conforme lo determina la técnica jurídica en materia de casación. Sin embargo, se puede colegir que el fundamento de la censura está radicado en que en la sentencia no se ha considerado en su totalidad la impugnación del acta de finiquito, en la que faltan ciertos rubros y el hecho de despido intempestivo, lo cual no ha sido aceptado por no haberse hecho la valoración de la prueba aplicando los preceptos jurídicos correspondientes.- SEGUNDO.- Examinada la sentencia en relación con los cuestionamientos y revisadas las tablas procesales, se advierte que sí se ha hecho la valoración de la prueba en forma correcta, aplicando la sana crítica, al haber revisado la documentación correspondiente para determinar que ciertas prestaciones laborales ya han sido solucionadas conforme consta en los documentos agregados al proceso y que en el acta de finiquito sí se hallan, contemplados los rubros reclamados, concluyendo que es ilegal que se le haya descontado al trabajador una cantidad de dinero que consta en el acta mencionada. En lo que se refiere al despido intempestivo, se coincide con el análisis de la Jueza del Trabajo en la sentencia del primer nivel jurisdiccional, en que no se halla comprobado tal hecho. Sobre este punto cabe recordar que las salas de lo Laboral de esta Corte Suprema; en innumerables fallos han sentado el criterio de que el despido intempestivo al ser un hecho que se produce de determinadas y, a veces, sutiles maneras, en cierto tiempo, lugar y circunstancias, debe ser probado en forma fehaciente, lo cual evidentemente no ha sido justificado en este proceso. De manera que, atento a lo anotado, al no haber inobservado o inaplicado en la sentencia los juzgadores de segunda y última instancia, las normas de derecho mencionadas por el recurrente, el recurso resulta ineficaz y no puede ser aceptado. En esta virtud, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desestima el recurso de casación por no tener fundamento. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ana Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo y Rubén Bravo Moreno.- CERTIFICO.- Dra. María Consuelo Heredia Y.

Es fiel copia de su original.

Quito, a 18 de julio del 2006.

f.) Secretaria de la Primera Sala de lo Laboral y Social, Corte Suprema de Justicia.

No. 159-05

JUICIO LABORAL QUE SIGUE PILAR PANCHANA CONTRA EMETEL S. A.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, mayo 24 del 2006; las 09h00.

VISTOS: La actora Pilar Panchana Chalen interpone recurso de casación del auto dictado por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil en el cual se declara la nulidad de todo lo actuado desde fs. 1 inclusive, a cargo del Juez Primero del Trabajo del Guayas y se dispone devolver el proceso al juzgado de origen, dentro del juicio que por reclamaciones de índole laboral sigue la recurrente contra EMETEL S. A., representada por el señor Ing. Gustavo Darquea, a quien demanda por sus propios derechos y por los que representa. En tal virtud, el proceso ha subido a esta Sala, en la cual se ha radicado la competencia en razón del sorteo efectuado, por lo que para resolver, se considera: PRIMERO.- La actora sostiene en su recurso que el Tribunal de apelación ha infringido las siguientes normas: El último inciso del No. 9 del Art. 35 de la Constitución Política de la República, los Arts. 8, 185, 188 del Código del Trabajo y el Art. 119 del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación.- SEGUNDO.- El punto principal a resolver en esta causa se refiere a dilucidar si el Juez inferior actuó sin competencia en el conocimiento y resolución de esta causa.- TERCERO.- Confrontada la sentencia impugnada con el escrito de interposición del recurso de casación y más constancias procesales, esta Sala efectúa las siguientes reflexiones: a) La casacionista manifiesta en su demanda que ingresó a prestar sus servicios en la Empresa de Telecomunicaciones EMETEL, el 21 de febrero de 1995, ocupando el cargo de Subgerente Regional de Comercialización, habiendo sido removida del cargo, según Resolución No. 0634 expedida el 10 de octubre de 1996, la misma que la ha sido notificada el 23 de octubre de los mismos mes y año; b) EMETEL se ha transformado en sociedad anónima el 3 de octubre de 1996, pasando a ser una persona jurídica del sector privado, ya que se constituyó en sociedad anónima; c) La Empresa Estatal de Telecomunicaciones EMETEL consta en el Catastro de Entidades y Organismos del Sector Público, publicado en el Suplemento del R. O. No. 322 de 21 de mayo de 1998; d) A fs. 81 a 85 del cuaderno del primer nivel, se encuentra una compulsua certificada de la Resolución No. 97.1.1.1 2849, expedida por el Intendente de Compañías de Quito, en dónde se aprueba "la escisión de EMETEL S. A. en los términos constantes en las escrituras públicas de 26 de septiembre y 14 de noviembre de 1997"; e) A fs. 88 y 89 consta la copia certificada de la Resolución No. 96.1.1.1. 2132 del Superintendente de Compañías de 31 de junio de 1996, en cuyo inciso primero, se aprueba "la transformación de la Empresa Estatal de Telecomunicaciones (EMETEL) en una sociedad anónima bajo el nombre de EMETEL S. A. y el estatuto jurídico que la regía en los términos constantes en las respectivas escrituras"; f) A fs. 87 vta., se halla la compulsua certificada suscrita por el Notario 27mo. del cantón Quito el 18 de noviembre de 1997, que indica que ha tomado nota al margen de las escrituras

de transformación y rectificaciones de la Empresa EMETEL S. A., de la aprobación de la escisión y rectificación aprobadas por la Superintendencia de Compañías mediante Resolución No. 97.1.1.1. 2849 de fecha 17 de noviembre de 1997.- Esto indica que a partir de la fecha últimamente citada operó la transformación de una empresa pública del sector público, a una empresa del sector privado; y, g) De fs. 92 a la 130 consta la copia certificada del Segundo Contrato Colectivo de Trabajo, celebrado el 6 de julio de 1995, con una duración de dos años contados a partir del 1 de enero de 1995, contrato que amparaba a la actora, a la fecha en que fue despedida o sea al 23 de octubre de 1996.- Por las consideraciones expuestas esta Sala ha llegado al convencimiento de que la actora Ing. Pilar Panchana Chalen al momento de haber sido despedida laboraba en la Empresa privada EMETEL S. A. y por consiguiente su acción se encuentra amparada por el Código de Trabajo, en consecuencia ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa el fallo de segundo nivel y se estará a lo señalado en la sentencia del Juez Primero de Trabajo del Guayas, debiendo convertirse la suma liquidada, en sucres a dólares de los Estados Unidos de América, a la que se añadirá lo que resulte de la liquidación de los respectivos intereses de conformidad a lo dispuesto en el Art. 611 del Código del Trabajo.- Con costas.- Sin honorarios que regular. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ana Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo y Rubén Bravo Moreno.

CERTIFICO.- Dra. María Consuelo Heredia Y.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 27 del 2006; las 10h00.

VISTOS: El Economista Jorge C. Tinoco Márquez en calidad de liquidador de EMETEL S. A. solicita aclaración de la sentencia dictada por esta Sala el 24 de mayo del 2006, las 09h00, dentro del juicio propuesto por la señora Pilar Panchana Chalén con el fin de resolver lo que en derecho corresponda y una vez que el petitorio del demandado ha sido debidamente notificado a la parte actora, se considera: a) El Art. 282 del Código de Procedimiento Civil establece que la aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y, b) El fallo de este Tribunal es lo suficientemente claro y motivado, no existiendo frases oscuras ni ambiguas y abarca todos y cada uno de los puntos que fueron materia del recurso, en virtud de lo cual se niega por improcedente la solicitud del economista Jorge C. Tinoco Márquez. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ana Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.

Quito, a 18 de julio del 2006.

f.) Secretaria de la Primera Sala de lo Laboral y Social, Corte Suprema de Justicia.

**No. 163-05**

JUICIO LABORAL QUE SIGUE ROSA MORA CONTRA JOSE OTTATI Y CECILIA OTTATI.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 30 del 2006; las 16h10.

VISTOS: La actora Ing. Com. Rosa Celia Mora Manjarrez en el juicio de trabajo que sigue en contra de José Ottati Giorgio y Cecilia Ottati Cordero, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Tercera Sala de la Corte Superior de Guayaquil que confirma el fallo estimatorio de la demanda. Para resolver, por hallarse la causa en este estado, se considera: PRIMERO.- Considera la recurrente que en la sentencia se han infringido normas de derecho contempladas en la Constitución Política, en el Código del Trabajo y en el Código de Procedimiento Civil, las mismas que las enumera en su escrito de casación; y afirma que se ha dado la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, esto es falta de aplicación de normas de derecho. El punto central de la fundamentación es el de que no se ha aceptado la ampliación y aclaración de la sentencia, en el sentido de se disponga que las indemnizaciones sean liquidadas al tipo de cambio que estuvo vigente en la época en que debían cumplirse las obligaciones laborales.- SEGUNDO.- Comparada la sentencia con la censura efectuada, se observa que en el punto relativo a las indemnizaciones, en la parte resolutive se dispone que los valores correspondientes sean computados en dólares U.S.A. Los puntos sobre los que se trabó la litis han sido resueltos de conformidad con las pruebas constantes de autos y en relación con las disposiciones legales establecidas en el Código del Trabajo y en el de Procedimiento Civil. En resumen, revisada la sentencia cuestionada, se advierte que en ella no se ha infringido ninguna de las normas de derecho invocadas por el recurrente.- TERCERO.- En lo relativo a la solicitud de ampliación y reforma de la sentencia, formulado por la actora, en el sentido de que se disponga que la conversión de sucres a dólares "sea al valor del tipo de cambio de cuando se hizo exigible la obligación, esto es al 5 de enero de 1995" esta Sala considera que tal petición no era procedente y han hecho bien los juzgadores de instancia al no aceptarla, primero porque la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, R. O. S. No. 34 de 13 marzo del 2000, establece que las obligaciones pendientes de pago deberán pagarse en dólares de Estados Unidos de América a la relación fijada por el Art. 1 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, o sea la de veinticinco mil sucres. Lo que ha solicitado la actora es la indexación, esto

es actualizar los valores que adeudaba su empleador, valores que han sufrido un desequilibrio en virtud del proceso inflacionario. Pero por las implicaciones económicas que tendría la admisión de la indexación, en nuestro sistema jurídico no se la ha establecido y en ningún fallo de la Corte Suprema se la ha admitido; a contrario sensu, en fallos de las salas de lo Laboral de esta Corte, se ha dispuesto que se practique la liquidación de valores laborales adeudados en sucres, al tipo de cambio de 25 mil sucres por dólar. La ley de carácter económico a la que hacemos referencia, no es inconstitucional y al menos no lo ha declarado así el Tribunal Constitucional, por tanto debe ser de aplicación general, aún cuando en determinados casos, afecte intereses particulares. Por las consideraciones anotadas, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desestima el recurso de casación por no tener sustento legal. Se advierte que en segunda instancia se ha demorado el trámite 7 años, desde mayo de 1996 hasta el 14 de marzo de dos mil tres, fecha en la que recién se remite el proceso a la Corte Suprema en virtud del recurso de casación, por lo que se les llama la atención: a la Secretaria Relatora Ab. Myrna Rubira Bodero que actuó desde mayo del dos mil, a la Ab. Bélgica Acosta Carvajal, Secretaria Relatora encargada desde el 2002, así como a los ministros jueces de la Tercera Sala de la Corte Superior de Guayaquil; para los efectos pertinentes comuníquese este particular al Consejo Nacional de la Judicatura. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ana Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo y Rubén Bravo Moreno.- Certifico.- Dra. María Consuelo Heredia Y.

Es fiel copia de su original.

Quito, a 18 de julio del 2006.

f.) Secretaria de la Primera Sala de lo Laboral y Social, Corte Suprema de Justicia.

No. 165-05

JUICIO DE TRABAJO QUE SIGUE MARJORYE CEVALLOS CONTRA WILLIAM RUIZ.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 22 del 2006; las 09h00.

VISTOS: El doctor William Patricio Ruiz Haro presenta recurso de casación en contra de la sentencia expedida el 29 de noviembre del 2002 por la Segunda Sala de la Corte Superior de Ibarra, confirmatoria del fallo de primer nivel.- Para resolver se considera: PRIMERO.- La competencia de esta Sala se fundamenta en los artículos 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador, 613 del Código del Trabajo, 1 de la Ley de Casación y en la razón

del sorteo constante en autos.- SEGUNDO.- El recurrente luego de señalar las disposiciones legales que estima se han infringido funda su recurso en las causales primera, segunda y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Negado por el Tribunal de alzada el recurso de casación la parte demandada interpone el recurso de hecho, el mismo que es aceptado por la Tercera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, con lo cual se lo admite al trámite y por ende el de casación.- TERCERO.- Los principales puntos de la impugnación se sintetizan en: 3.1.- Falta de competencia del Juez laboral en razón de la materia, durante el tiempo que el demandado fue Notario y los empleados de las notarías eran considerados como servidores públicos. 3.2.- No existe prueba del despido intempestivo 3.3.- El pago de fondos de reserva de la actora le corresponde al IESS, por ser la actora afiliada a esa institución.- CUARTO.- De la confrontación efectuada entre la sentencia recurrida y el ordenamiento jurídico vigente, a partir de las impugnaciones que realiza el demandado, la Sala deja constancia de los siguientes hechos: 4.1.- Se encuentra probada plenamente la relación laboral que ha mantenido la actora directamente con el demandado prestándole sus servicios personales y lícitos en calidad de Secretaria, antes, durante y después de que éste se desempeñó como Notario Público del cantón Cotacachi, relación reconocida expresamente por el demandado en el certificado otorgado y suscrito por él, constante a fjs. 32 del cuaderno del primer nivel y del documento de fjs. 12. Además, las declaraciones de los testigos de la actora de fjs. 34, 49, 49 vlt. y 50, no dejan duda de que durante el tiempo que se mantuvo la relación laboral, el empleador fue el doctor William Patricio Ruiz. En consecuencia no existe la incompetencia alegada por el demandado, ya que la actora nunca fue empleada pública sino Secretaria contratada personalmente por el doctor Ruiz. 4.2.- El Tribunal de alzada ha llegado al convencimiento de que si hubo el despido intempestivo alegado por la actora, aplicando las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas, por cuanto no consta del proceso prueba alguna del demandado que desvirtúe la existencia del despido intempestivo, como serían la renuncia de la actora, el pedido de visto bueno del doctor Ruiz, la suscripción de una acta de finiquito. Todo lo anterior permite a esta Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, aprobar el criterio de los señores ministros de la Corte Superior de Justicia de Ibarra. 4.3.- La actora en su demanda pidió que el demandado le pague los fondos de reserva "por todo el tiempo de trabajo" (fjs. 1 vlt. del cuaderno de primer nivel). Al respecto se observa que: El Art. 200 del Código de Trabajo señala que "El fondo de reserva no podría ser renunciado en todo o en parte, ni se admitirá compensación ni limitación alguna..." y el Art. 201 obliga al empleador a depositar dicho fondo, mensual o quincenalmente en el IESS y al no existir en el proceso prueba que demuestre que el doctor William Patricio Ruiz Haro, ha cancelado dicho fondo a la señorita Marjorye Clemencia Cevallos Moreno, bien hizo el Tribunal de alzada en imponerle al demandado la obligación del pago de fondo de reserva con los intereses y recargo de ley. Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha el recurso de casación interpuesto por la parte demandada y se confirma el fallo recurrido. Sin costas ni honorarios que regular.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ana Isabel Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.

Quito, a 18 de julio del 2006.

f.) Secretaria de la Primera Sala de lo Laboral y Social,  
Corte Suprema de Justicia.

---

**No. 340-2005**

JUICIO LABORAL QUE SIGUE JHON FIGUEROA LOY  
CONTRA COOP. FLECHA VERDE.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 30 del 2006; las 08h30.

VISTOS: El actor John Figueroa Loy, en el juicio de trabajo que sigue en contra de la Cooperativa de Transporte Flecha Verde, inconforme con la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Guayaquil, que confirma la desestimatoria de la demanda dictada en el primer nivel jurisdiccional, ha interpuesto recurso de casación el mismo que le fuera negado por lo que ha presentado el de hecho, el mismo que ha sido aceptado por este Tribunal, para resolver se considera: PRIMERO.- La censura al fallo dictado se efectúa por cuanto, considera el recurrente que se han infringido los artículos: 35 números 1, 4 y 5 de la Constitución Política de la República; 117, 119, 121, 125, 146, 169 del Código de Procedimiento Civil y el Art. 1742 del Código Civil, fundando el recurso en la causal 1ª del Art. 3 de la Ley de Casación, siendo el punto central del cuestionamiento el hecho de que se ha rechazado la demanda por considerar que no se ha comprobado la relación de trabajo, pese a que, según dice, sí lo ha hecho.- SEGUNDO.- Con este antecedente, es preciso confrontar la sentencia con la impugnación, para lo que necesariamente tiene que hacerse la revisión de las tablas procesales pertinentes para determinar si en la valoración de las pruebas se han infringido las normas de derecho señaladas por el casacionista. Es obligación de las partes comprobar sus aseveraciones conforme se establece en el actual artículo 113 del Código de Procedimiento Civil. En la especie, habiendo el demandado negado que el actor es trabajador de la cooperativa, la carga de la prueba le correspondía al actor, para tal efecto, dentro del término probatorio ha reproducido el acta de inspección realizada por la Inspectoría del Trabajo del Guayas (fs. 245); las declaraciones testimoniales constantes de fs. 27, 32 a 33, particularmente la de María Ernestina Negrete, Secretaria de la cooperativa; el oficio de fs. 343 dirigido por el presidente de la cooperativa Hugo Córdova, a los despachadores de la línea 116, mediante el cual se les da instrucciones y se les amenaza con separarles del cargo definitivamente; el Reglamento Interno de la Cooperativa (fs. 302 a 318), el mismo que en el Art. 54 e) establece que los despachadores estarán bajo el control de la Gerencia; todo este cúmulo de pruebas demuestran en forma fehaciente e inobjetable que el

actor realizaba su trabajo bajo la dependencia de la cooperativa, siguiendo las órdenes e instrucciones de la Gerencia, es decir se ha comprobado plenamente la existencia de la relación de trabajo del actor en esta causa con la cooperativa, por más que mediante hábiles subterfugios y disposiciones se haya querido disimular esa relación, aduciendo que estaban a órdenes de los choferes o propietarios de los buses de la línea 116. En igual forma el despido intempestivo se encuentra comprobado mediante el acta de inspección de fs. 245 y las declaraciones de Dionisio Obdulio Castro Ayala y de Ralf Enrique Rugel Santana. Pruebas suficientes que no han podido ser enervadas por la prueba presentada por la parte demandada; en todo caso se advierte que la prueba no ha sido apreciada conforme a las reglas de la sana crítica y en su conjunto, con lo cual se han infringido los artículos 117, 119, 121, 125, 146 y 169 del Código de Procedimiento Civil, (actuales 113, 115 117, 121, 142 y 165), de la Sección 7ª, del Título I del Libro II que trata de la prueba. El contrato de trabajo muchas veces trata de ser ocultado mediante hechos, medidas, y formas de simulación tendientes a eludir obligaciones que debe cumplir el empleador, como en este caso para no afiliar al trabajador al IESS, sin embargo la realidad ha quedado en evidencia con las pruebas aportadas y examinadas anteriormente de las que se desprende que el trabajo se realizaba bajo las órdenes y dependencia de la cooperativa, la que para simular que no era su trabajador dispuso que el pago de la remuneración la haga cada uno de sus socios que tenían buses en la línea 116. Por otro lado, como consecuencia de la confirmación del fallo desestimatorio de la demanda, evidentemente se ha infringido el Art. 35, números 1, 4 y 5 de la Constitución Política de la República.- TERCERO.- Como consecuencia de lo examinado en el considerando anterior, una vez que se halla establecida la relación de trabajo y el hecho del despido intempestivo del trabajo, es procedente que la cooperativa demandada pague al actor los siguientes rubros: Décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto sueldos, compensación, por los años 1996, 1997, 1998 y 1999, componente salarial por los años 2000, 2001 y 2002, con los intereses respectivos, y vacaciones, pues no consta en autos que se hayan satisfecho estas prestaciones; además la indemnización correspondiente al despido intempestivo. En lo que respecta a pago de horas extraordinarias no procede tal reclamación por no haber prueba sobre las mismas. En cuanto a los aportes al IESS y al fondo de reserva reclamados, es dicha institución la que debe conocer sobre dichas reclamaciones. Por las consideraciones consignadas, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, acepta el recurso de casación interpuesto por el actor, casa la sentencia del Tribunal ad-quem y aceptando la demanda dispone que se devuelva el proceso a las instancias inferiores, para que el Juez a-quo proceda a liquidar los rubros aceptados en el considerando tercero de esta sentencia. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ana Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo y  
Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.

Quito, a 18 de julio del 2006.

f.) Secretaria de la Primera Sala de lo Laboral y Social,  
Corte Suprema de Justicia.

No. 342-2005

JUICIO LABORAL QUE SIGUE ELKI RODRIGO  
ALTAMIRANO CONTRA SICOBRA S. A.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, febrero 16 del 2006; las 10h50.

VISTOS: El señor Elki Rodrigo Altamirano Avila, interpone recurso de casación de la sentencia dictada el 1 de diciembre del 2004, a las 09h00, por los señores ministros de la Segunda Sala de lo Laboral de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Quito, que desestima el recurso de apelación interpuesto por el actor y confirma la sentencia venida en grado, expedida en el juicio seguido en contra del señor Aldo Briones Lagos, por sus propios derechos y por los que representa en la Empresa SICOBRA S. A., encontrándose la causa en estado de resolver, se considera: PRIMERO.- La competencia de esta Sala se halla establecida por el sorteo efectuado el 12 de diciembre del 2005 y por los Arts. 1 de la Ley de Casación y 613 del Código del Trabajo.- El Sr. Elki Rodrigo Altamirano Avila, fundamenta su recurso en el Art. 3 numerales 1 y 3 de la Ley de Casación y argumenta que se han infringido las siguientes normas: a) Arts. 2, 3, 7 y 8 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, publicado en el Registro Oficial No. 119 de 30 de abril de 1957 y ratificado por el Ecuador el 29 de mayo de 1967, instrumento de cumplimiento obligatorio según el mandato del Art. 163 de la Constitución Política; b) Los Arts. 272 y 273 de la Carta Magna; c) Los Arts. 239 inciso segundo del Art. 449, 451 y 452 del Código del Trabajo y Art. 35 de la Constitución Política, numeral 9; d) Los Arts. 121 y 125 del Código de Procedimiento Civil.- SEGUNDO.- Del examen de los fundamentos en que se apoya el recurso de casación de la sentencia impugnada y de la revisión de las piezas procesales pertinentes, se observa: 1) La relación laboral se encuentra justificada, no siendo motivo de discusión; 2) La estabilidad a que se refieren los Arts. 239 y 462 del Código del Trabajo, depende de la inscripción en el Ministerio de Trabajo, de la primera directiva del Sindicato, del Comité de Empresa o cualquier otra asociación de trabajadores, directiva que debe encontrarse legalmente constituida de conformidad con la disposición del Art. 228 del código de la materia, lo cual no ha ocurrido en este juicio, como puede comprobarse de los certificados conferidos por las respectivas autoridades del Ministerio antes citado (fs. 83 del cuaderno del primer nivel).- 3) Probada la inexistencia del sindicato de trabajadores, desapareció el derecho de éstos a impugnar el acta de finiquito y, además, volvió inaplicables las normas del convenio 87 de la O.I.T., que se refiere a derechos obviamente vulnerados por decisiones jurisdiccionales, pues la garantía que contempla el Art. 35 de la Constitución Política, se refiere a que el derecho de los trabajadores a organizarse solo se hace efectivo cuando previamente se han cumplido con las disposiciones legales nacionales y esto no ha sucedido y más bien ha conducido a que no se reconozca ni registre la organización de trabajadores a que se refiere el casacionista. En virtud de lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha el recurso de casación interpuesto. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ana Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo y Rubén Bravo Moreno.- Certifico Dra. María Consuelo Heredia Y.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 7 del 2006; las 08h30.

VISTOS.- El actor Elki Rodrigo Altamirano Avila, pide aclaración y ampliación, de la sentencia dictada por este Tribunal de Casación el 16 de febrero del 2006, las 10h50, dentro del juicio que sigue a la Empresa SICOBRA. A efectos de resolver el petitorio que ha sido debidamente notificando a la demandada, se considera: a) El Art. 282 del Código de Procedimiento Civil establece que la aclaración tendrá lugar si 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; y, b) La resolución de este Tribunal es lo suficientemente clara y motivada, no existiendo frases oscuras ni ambiguas, constanding además todos y cada uno de los puntos que fueron materia del recurso, en virtud de lo cual se niega por improcedente la solicitud del señor Elki Rodrigo Altamirano Avila. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ana Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.

Quito, a 18 de julio del 2006.

f.) Secretaria de la Primera Sala de lo Laboral y Social,  
Corte Suprema de Justicia.

No. 355-2005

JUICIO LABORAL QUE SIGUE MARIA IBARRA  
CONTRA XIMENA CACERES.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, mayo 31 del 2006; las 11h30.

VISTOS: La demandada, señora Gladys Ximena Cáceres Estrella, inconforme con la sentencia dictada el 30 de agosto del 2004 por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Chimborazo, que confirma en todas sus partes la de primer nivel, ha presentado recurso de casación.- Para resolver, se considera: PRIMERO.- La competencia de esta Sala se fundamenta en los artículos 200

de la Constitución Política del Ecuador, 613 del Código del Trabajo, 1 de la Ley de Casación y en la razón de sorteo constante en autos. La admisibilidad del recurso fue declarada en providencia de 16 de noviembre del 2004, la 08h40.- SEGUNDO.- La casacionista impugna la sentencia porque asegura que se han lesionado los artículos: 24 numeral 13 de la Constitución Política del Ecuador; 45 literal a) y 46 literal i) del Código del Trabajo. Funda su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.- Los principales aspectos a los que se refiere el memorial de la censura son: 2.1 El Tribunal de segundo nivel no ha motivado la sentencia, conforme la obligación constitucional del artículo 24 numeral 13; 2.2. La ex trabajadora no ha cumplido con su deber de acuerdo al mandato del literal a) del artículo 45 del Código del Trabajo, y además ha abandonado su trabajo, lo que está prohibido por el artículo 46 literal 1, ibídem.- TERCERO.- La Sala ha examinado la sentencia del Tribunal ad-quem, confrontándola con el ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador, para establecer si se han violentado las normas legales conforme la aseveración de la recurrente. Al respecto hace las siguientes consideraciones: **3.1.** La Constitución Política establece en el numeral 13 del artículo 24, al tratar del debido proceso, la obligación de que cualquier representante del poder público al emitir una resolución que afecte a una persona, tiene la obligación de motivada. La norma secundaria al establecer las reglas de la valoración de la prueba dispone que éstas deben ser apreciadas en conjunto y que se ha de sujetar a la "sana crítica". Del análisis de lo que entraña la aplicación de la sana crítica aparece que el rasgo característico de este sistema es que, "el juez debe atenerse a los medios de prueba que señala la ley, pero valora esos elementos conforme a la convicción que se forme de los hechos y debe fundamentar la sentencia, dando razón de la labor de crítica que le mueve a pensar en cierta forma" lo que le diferencia de aquél otro "sistema extremo en que el juez valora libremente la prueba sin dar razón de su pensamiento" ("Estudios de Derecho Probatorio" Enrique Paillas, Editorial Jurídica de Chile, 2002, página 22). De la revisión efectuada al texto de la sentencia se comprueba que el criterio contenido en su parte dispositiva no está motivado, se lo expone sin expresar las razones por las que adquiere su convicción, incumpliendo con el deber constitucional de motivar la sentencia y de fundamentar las razones que sirvieron para formar ese criterio, por lo que se acepta el reproche efectuado a este aspecto de la sentencia. **3.2.** Si bien la Sala ha aceptado la queja de la accionada en cuanto a la falta de forma en que ha incurrido el fallo de segundo nivel, expresa que la omisión en que se ha incurrido en la forma de presentar el criterio no influye en los contenidos de la parte dispositiva de la sentencia, tanto porque del examen de verificación de los recaudos procesales aparece que efectivamente ha lugar al reconocimiento de los derechos, como se analiza en el siguiente numeral, cuanto porque los principios del Derecho Laboral en el Ecuador son el trasunto de normas constitucionales y legales de protección y aún de aplicación de normas pro laboro en el caso de duda del alcance de disposiciones legales, reglamentarias o contractuales. **3.3.** Una de las cláusulas esenciales del contrato es el "Plazo", el que, juntamente con el objeto y el precio conforman la tríada básica en la teoría contractual en materia civil. En la relación jurídica que se genera de la prestación de servicios, tiene especial preeminencia el plazo o duración, porque ahí nace la estabilidad, que es la seguridad del trabajador para acceder a una remuneración con la que satisface las

necesidades personales y familiares. "La permanencia en el empleo -acota Paúl Durand - contribuye a la dignidad de la persona humana. Ella se relaciona con la nueva concepción según la cual el trabajo no puede ser considerado como una mercancía" (Manual del Derecho del Trabajo, Tomo IV, William Thayer, Patricio Novoa, 2003, páginas 31, 32). La legislación ecuatoriana salvaguarda la eficacia de los contratos de trabajo en lo que se refiere a la duración y su consecuente estabilidad, es así que prevé que los contratos que cumplen con las condiciones legales tienen una duración indefinida y que su terminación solo puede producirse en las circunstancias que la ley de la materia ha previsto, siempre que se cumpla con el procedimiento de la calificación del Inspector del Trabajo, quien concederá o negará el visto bueno; o, del desahucio. En el caso que se analiza, la empleadora ha procedido a terminar la relación laboral por su sola voluntad, sin observar las normas sustantivas y adjetivas que prescribe el Código del Trabajo, expresando de manera libre su decisión de romper la continuidad a que estaba sujeta la labor de la trabajadora en virtud de la calidad de indefinido de su contrato de trabajo, tal como consta a fs.12, por lo que la Sala declara la validez de la sentencia recurrida en cuanto reconoce los valores que debe percibir la actora por el despido intempestivo de que ha sido objeto. **3.4.** Las alegaciones que realiza la empleadora sobre las supuestas faltas de la actora en el desempeño de sus funciones contraviniendo el mandato del literal a) del artículo 45 del Código del Trabajo, para provocar consecuencias jurídicas debió ser objeto de reclamo ante el Inspector del Trabajo a fin de que realice la investigación correspondiente y emita su informe, aprobando de ser procedente, la terminación de la relación laboral mediante visto bueno, todo esto ajustado al procedimiento legal. Igual observación se efectúa sobre la aseveración de que la actora ha incurrido en la prohibición prevista en el literal i) del artículo 46 ibídem. Lo anotado convalida la sentencia de segundo nivel en este punto, por lo que se rechaza la censura de que hay falta de aplicación de las mencionadas normas. **3.5.** En el mismo escenario de protección que mantiene el Código del Trabajo, el artículo 94 establece la condena al empleador moroso, en el caso de que no hubiese cancelado al trabajador los haberes devengados con su trabajo, "durante la vigencia de las relaciones de trabajo, y cuando por este motivo, para su entrega hubiese sido menester la acción judicial pertinente será, además, condenado al pago del triple del equivalente al monto total de las remuneraciones no pagadas del último trimestre adeudado", evento que justamente es el que ha ocurrido en la especie, pues el abono lo ha realizado la empleadora después de que el Juez a quo ha emitido su sentencia, por lo que se dispone que en cumplimiento de la norma legal mencionada y transcrita, se incluya a favor de la trabajadora el triple de recargo de su remuneración correspondiente al mes de octubre y 19 días de noviembre del 2003. **3.6.** Sobre el contenido del segundo inciso punto 4.1 del escrito de la recurrente que se refiere a los valores a pagar, con el objeto de preservar la claridad en el momento de ejecución de la sentencia, la Sala puntualiza que en el valor de USD. 33.31 establecido para los sueldos de octubre y 19 días de noviembre del 2003, ya se imputa el cheque de USD 416,68 que la demandada ha depositado, todo esto siempre que la actora lo haya retirado o lo perciba en el momento del pago, por lo que se rechaza la afirmación efectuada en el recurso de casación, segundo inciso del numeral 4.1. En los demás rubros debe efectuarse la reliquidación sobre la base del tiempo de servicios de 1 de setiembre del 2001 hasta el

18 de noviembre del 2003, por ser los que constan en la certificación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (fs. 17 y 18) y las remuneraciones constantes allí, valores a los que se deben añadir los intereses en los rubros que dispone la ley. **3.7.** Concluido el análisis de lo que es materia de la casación, para cuyo efecto se revisan los recaudos procesales, la Sala considera su deber pronunciarse sobre dos aspectos procesales: a) La demandada presenta al Tribunal de segunda instancia una petición de ampliación de la sentencia, sin que conste de autos la providencia que responda al petitorio: b) En el considerando primero del fallo del Juez aquo consta una observación respecto de la falta de legitimación del profesional defensor de la demandada, requisito procesal que no ha sido cumplido no obstante el requerimiento efectuado, por lo que, con fundamento del artículo 53 (ex 57) del Código de Procedimiento Civil se le declara falso procurador. **3.8.** Los aspectos anotados sobre el cumplimiento de los actos procesales por parte de la defensa de la parte accionada, desdican de la lealtad procesal que debió observar el profesional del Derecho defensor de la empresa accionada. La Sala no los ha considerado como omisión de solemnidad sustancial y por lo tanto no los califica como causales de nulidad porque la comparecencia personal de Gladis Ximena Cáceres Estrella al suscribir el recurso de casación, convalida su presencia en la instancia y porque tal declaración favorecería a la parte autora del incumplimiento, en perjuicio de la trabajadora, desorientando los principios del Derecho Social. Por lo expuesto, esta Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, acepta parcialmente el recurso de casación interpuesto por el demandado, y consecuentemente reprueba la sentencia del Tribunal de segundo nivel en el aspecto analizado en el numeral 3.1., declarando su validez en cuanto reconoce los pagos por el despido intempestivo y por los demás rubros expresados en el fallo, conforme a los términos de esta resolución.- Se llama la atención a los doctores Guido Moncayo, Hugo Mancero y Luis Miranda por el incumplimiento de sus obligaciones procesales tanto en lo que se refiere a la falta de motivación en que han incurrido en la sentencia casada y se les exhorta a que en similares actuaciones den estricto cumplimiento al mandato constitucional; como en la falta de diligencia en lo que se relaciona a atender todos los requerimientos de las partes como es la petición de ampliación, así también para exigir la legitimación del defensor de la parte demandada. La Secretaria de la Sala envíe el correspondiente oficio al Consejo Nacional de la Judicatura a fin de que realice la investigación respectiva. Con fundamento del artículo 12 de la Ley de Casación se dispone que, en virtud de la demora en la ejecución del fallo que se casa parcialmente, por causas totalmente ajenas a la actora, se le entregue el 100% del valor de la caución.- Sin costas.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ana Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.

Quito, a 18 de julio del 2006.

f.) Secretaria de la Primera Sala de lo Laboral y Social, Corte Suprema de Justicia.

No. 370-05

JUICIO LABORAL QUE SIGUE DORIS CUMBA  
CONTRA SANDRA GUEVARA.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 20 del 2006; las 09h20.

VISTOS: De la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Quito, que acepta parcialmente la demanda presentada por Doris Paulina Cumba Paraguay en contra de Sandra Azucena Guevara, interpone recurso de casación la demandada. Agotado el trámite y una vez que la causa se encuentra en estado de dictar sentencia, para emitir la que corresponda, se considera. PRIMERO.- La recurrente expresa su inconformidad y censura a la sentencia manifestando que en ella se ha infringido los Arts. 8, 19 letra a), 41 y 590 del Código del Trabajo, los Arts. 117, 118, 211 y 212 del Código de Procedimiento Civil y el Art. 1984 del Código Civil, fundamentando su recurso en el Art. 3, causal 1ª, por falta de aplicación, y en la causal 3ª, por aplicación indebida de normas de derecho. En síntesis su argumentación central es la de que no existe contrato de trabajo, pese a lo cual en la sentencia del segundo nivel se ha aceptado parcialmente la demanda.- SEGUNDO.- Ubicado en los términos que quedan indicados el motivo principal de la censura, corresponde examinar el contenido de la sentencia y sus sustentos procesales y legales. En el considerando tercero de la sentencia censurada se dice que la relación laboral ha sido suficientemente justificada con la certificación que obra a fs. 77 conferida por la demandada Directora del Centro Infantil Bilingüe "El Paraíso", con el libro de ingresos y egresos del establecimiento, con las declaraciones testimoniales de fs. 109 a 112. Además se expresa que la demandada no ha justificado suficientemente que la actora era socia de quienes dirigían el establecimiento, conforme al Art. 1984 del Código Civil, o al menos comprobar "la conformación, aunque sea informal, de esa sociedad" la aportación que la actora había hecho a la sociedad y la forma en la que se distribuían los beneficios; y que son "insuficientes para acreditar tales hechos las simples declaraciones testimoniales".- TERCERO.- Es oportuno en este momento recordar que conforme se ha establecido en la ley y en innumerables fallos de las salas de lo Laboral de la Corte Suprema en lo referente a la carga de la prueba, cuando se niega la existencia del vínculo de trabajo, le corresponde a la parte actora demostrar que sí existió tal vínculo, para el efecto puede acudir a medios probatorios tales como la prueba testimonial, la instrumental o la confesión del demandado. No está por demás consignar que el contrato de trabajo establecido en el Art. 8 del Código del Trabajo, es un contrato sui generis, pues tiene características especiales que lo diferencian sustancialmente de los contratos de naturaleza civil, entre esas características están: la relación de dependencia, los servicios lícitos y personales y la remuneración; de suerte que si no se justifica uno de esos elementos, no puede hablarse de contrato de trabajo. Con este antecedente, esta Sala considera que en el caso, en la sentencia no se ha apreciado ni valorado las pruebas conforme al actual artículo 113, y la testimonial e instrumental en su conjunto, conforme lo determina el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, pues la amplia prueba testimonial de la parte demandada, presentada en la audiencia definitiva,

cuyas transcripciones constan a fs. 109, 110 vta. 111 y vta. y 112, relacionada con la prueba instrumental que se halla agregada desde fs. 124 a 140, además de las de fs. 12 a 17, 24 a 71 comprueba en forma fehaciente que la actora además de profesora, realizaba una serie de labores de índole económica y administrativa, lo que corrobora la alegación de la demandada de que la demandante tenía la calidad de socia y no de empleada. La actora con las pruebas aportadas no logra desvirtuar o enervar la prueba antes referida, el hecho de que en recibos y en ciertas actividades figure la demandada Sandra Azucena Guevara como Directora, y aún el certificado de fs. 77, no le da el carácter de empleadora, más aún si existe un testimonio como el de Mildred Carmen Bueno Tapia que en forma pormenorizada, precisa y clara dice que la actora era la que le pagaba y le daba órdenes a ella que desempeñaba el trabajo de limpieza en el Centro Infantil "El Paraíso", y que al retirarse del establecimiento la actora fue llevando algunos enseres. También es importante anotar que no existe prueba alguna de la remuneración percibida ni menos de la afiliación al IESS, durante los aproximadamente dos años que dice duró la relación de trabajo, resultando increíble que en todo este tiempo no haya reclamado si en verdad fue empleada. Por otro lado debe considerarse que en toda sociedad o empresa, más aún en una de hecho como la que han conformado las profesoras: Cumba Taraguay y Guevara Tapia, alguno de los socios tiene que figurar como Director o representante, como ha ocurrido en la especie. En mérito a las consideraciones expuestas, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NONBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY aceptando el recurso de casación, revoca la sentencia del Tribunal ad quem y confirma la del primer nivel. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Ana Isabel Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.

Quito, a 18 de julio del 2006.

f.) Secretaria de la Primera Sala de lo Laboral y Social, Corte Suprema de Justicia.

**No. 417-2005**

JUICIO LABORAL QUE SIGUE WALTER REMIGIO MACIAS SANCLEMENTE CONTRA JACINTO BEDOYA VACA.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 20 del 2006; las 09h50.

VISTOS: De la sentencia de 3 de febrero del 2005, dictada por los señores ministros de la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Quito (fjs. 13 y 14 del cuaderno de segundo nivel) que acepta

parcialmente la demanda, el demandado señor arquitecto Jacinto Bedoya Vaca y el actor señor Walter Macías Sanclemente interpusieron sus respectivos recursos de casación, el primero de los cuales fue aceptado, mientras que el segundo fue rechazado mediante auto de calificación de marzo 2 del 2006. Como la causa se encuentra en estado de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO.- La competencia de este Tribunal se encuentra establecida por sorteo realizado el 19 de diciembre del 2005 y por lo señalado en los Arts. 1 de la Ley de Casación y 613 del Código del Trabajo.- SEGUNDO.- El demandado al plantear el recurso estima que se han infringido los Arts. 117, 118 y 119 del Código de Procedimiento Civil; y, el Art. 590 (actual 593) del Código del Trabajo. Fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación.- TERCERO.- Revisadas las pruebas procesales pertinentes y examinados los fundamentos en que se apoya el recurso de casación de la sentencia impugnada, es necesario puntualizar: 1.- A fjs. 1 del cuaderno del primer nivel comparece el señor Walter Remigio Macías Sanclemente demandando al ingeniero Jacinto Bedoya Vaca y señala que le ha prestado sus servicios "desde el 12 de julio de 1999 ininterrumpidamente hasta el 6 de julio del 2002" en que ha sido despedido intempestivamente; aunque el ingeniero Bedoya en la audiencia preliminar de conciliación niega expresamente la existencia de la relación laboral, en forma tácita la acepta, cuando reconviene al señor Macías Sanclemente el pago de \$ 400, cancelados a éste "cómo anticipo para futuros recorridos que hasta la presente fecha no ha cumplido..." (fjs. 12). Más adelante de fjs. 25 a 26 vlta. constan las declaraciones de los testigos del actor que en forma coincidente manifiestan que el actor condujo el vehículo del demandado durante el tiempo señalado en la demanda y por fin el mismo demandado en su confesión judicial (fjs. 27 a 28 vlta.), reconoce que si existió la relación laboral, por lo que el Tribunal de alzada, ratificando lo señalado por el Juez de primer nivel, llega a la conclusión de que no hay duda acerca del vínculo laboral que se estableció entre las partes litigantes de este juicio, cuya inexistencia es el punto principal de la impugnación del demandado. 2.- El texto del recurso de casación interpuesto por el demandado, al señalar las normas legales que estima se han infringido en la sentencia impugnada, se refiere también a disposiciones relativas a la valoración de las pruebas que no habrían sido aplicadas por el Tribunal de alzada. 3.- Al respecto, el Art. 593 del Código de Trabajo señala que en juicios como el presente, los jueces y tribunales "apreciarán las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica" y está de acuerdo con la definición dada por el Dr. Guillermo Cabanellas constante en su "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" (Editorial Heliasta.- Tomo VII.- Pág. 293.- Buenos Aires - Argentina), en cuanto a que es la "Fórmula de equilibrada armonía entre la libertad de criterio y la necesidad de fundarse en la experiencia y en la razón". 4.- Del análisis de la sentencia dictada por los señores ministros de la Primera Sala de lo Laboral, se concluye que no hay duda sobre la existencia de la relación laboral, la misma que fue establecida en base al recto criterio de esos jueces, quienes no infringieron ninguna norma de derecho. En consecuencia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desestima el recurso de casación interpuesto por el demandado y se confirma la resolución del Tribunal ad-quem.- Sin costas, ni honorarios que regular.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ana Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.

Quito, a 18 de julio del 2006.

f.) Secretaria de la Primera Sala de lo Laboral y Social, Corte Suprema de Justicia.

**No. 472-2005**

JUICIO LABORAL QUE SIGUE KLEVER ARTURO ANDRADE POZO CONTRA DAVID CORAL BUSTAMANTE.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, mayo 24 del 2006; las 09h50.

VISTOS: David Corral Bustamante, representante legal de la compañía OFICECUADOR S. A., interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Quito, que aceptando parcialmente los recursos de apelación ordena que la parte demandada pague al actor Cléber Arturo Andrade Pozo la cantidad de cuatro mil seiscientos sesenta y nueve dólares con veinte centavos, en el juicio laboral seguido por este trabajador en contra de dicha empresa. Encontrándose la causa en estado de sentencia, para dictar la que corresponda se toman en cuenta las siguientes consideraciones: PRIMERO.- El casacionista fundamenta su recurso en las causales primera, y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Aduce que ha existido indebida aplicación del Art. 42 del Código del Trabajo, en el considerando tercero de la sentencia, en el cual se dice que el empleador estaba obligado a demostrar el cumplimiento de las obligaciones reclamadas por el trabajador, por expreso mandato del numeral 1 del citado artículo; añadiendo que la Sala se ha olvidado del axioma jurídico de que quien alega algo dentro de un proceso está obligado a probarlo y que esta aplicación indebida produjo errores categóricos en la parte dispositiva de la sentencia. También afirma que ha existido errónea interpretación de los Arts. 117 y 118 del Código de Procedimiento Civil; expresa que la Sala, al considerar que el empleador debe probar el cumplimiento de las obligaciones patronales, ha infringido los mencionados artículos con lo que ha ocurrido una equivocada aplicación de preceptos sobre la valoración de la prueba. Finalmente en el acápite II del libelo de casación (fs. 14 de segunda instancia) afirma que hay "falta

de aplicación del Art. 211 del Código de Procedimiento Civil"; pero luego al final del inciso primero de dicho acápite dice: "Estos argumentos (los del considerando tercero de la Sentencia), implican una errónea interpretación del Art. 211, precepto aplicable a la valoración de la prueba, en síntesis que la Sala no ha hecho un examen en conjunto de la prueba testimonial, lo que le ha llevado a establecer que la demandada está obligada a pagar horas suplementarias, recargo por horario nocturno, el sueldo del mes de febrero del 2004 y las indemnizaciones por despido intempestivo. En suma niega que se haya comprobado el despido intempestivo.- SEGUNDO.- La Sala una vez hecha la confrontación de la censura con la sentencia y efectuada la necesaria revisión de las respectivas constancias procesales, arriba a la siguientes conclusiones: a) Sobre el primer cuestionamiento, esto es sobre la indebida aplicación del Art. 42 del Código del Trabajo, el cual dice: "Obligaciones del empleador. Son obligaciones del empleador: 1.- Pagar las cantidades que correspondan al trabajador, en los términos del contrato y de acuerdo con las disposiciones de este Código;...". En este punto es oportuno recordar que según el ilustre tratadista Francesco Carnelutti, la prueba es el corazón del proceso. En efecto, sin prueba las partes no podrán sustentar sus afirmaciones, pero esa prueba tiene que practicarse en el tiempo, forma y modo en que lo dispone la ley, y nuestra legislación laboral dado su contenido social, en cierta manera se ha deslindado de los criterios y principios establecidos en los procesos de otras materias, a tal punto que podemos afirmar que hay disposiciones sui generis, especiales, destinadas a proteger al trabajador, por ejemplo el principio procesal civil de que corresponde probar sus afirmaciones a quien las alega, sufre una inversión con relación a ciertos aspectos, así, si el trabajador alega que su empleador no ha cumplido ciertas obligaciones, de las establecidas en el citado artículo del Código del Trabajo, es el empleador el que está obligado a comprobar que si las ha cumplido; en cambio si el trabajador alega que ha sido despedido la carga de la prueba le corresponde a él; así mismo, en cuanto al tiempo de duración de la relación laboral y a las remuneraciones percibidas, si el empleador no presenta prueba sobre los mismos, el Código del Trabajo establece que se estará al juramento deferido del trabajador. De suerte que esta Sala considera que la censura intentada con relación al Art. 42 ibídem es totalmente infundada, carente de sustento jurídico puesto que en la sentencia no se ha infringido la disposición legal citada por el casacionista; b) En lo concerniente a la censura por la aplicación o no aplicación de los Arts. 117, 118 (actuales 113 y 114) y a la falta de aplicación o errónea interpretación del Art. 211 (actual 207) del Código del Trabajo, se advierte que la impugnación no tiene tampoco fundamento legal alguno, pues la apreciación y valoración que se hace, en el considerando tercero de la sentencia, de las pruebas aportadas, particularmente de los testimonios rendidos por testigos presentados por el demandado, al igual que de los presentados por el actor para resolver que se halla justificado el trabajo en horas suplementarias y nocturnas, así como el despido intempestivo, es acertado y realizado conforme a las reglas de la sana crítica, no habiéndose inaplicado, interpretado erróneamente los preceptos jurídicos enumerados en líneas anteriores y mencionados por el recurrente.- TERCERO.- No puede dejarse de precisar que ciertamente las partes contractuales dentro de una relación laboral, tienen derecho a la tutela jurisdiccional por la cual pueden acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, para que sea atendida a través de un proceso que

le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización, pero para ello tienen que sujetarse a las disposiciones legales pertinentes; en el caso, específico que nos ocupa, el demandado, conforme se aprecia del expediente, no justificó sus excepciones, como lo ofreció en la audiencia de conciliación, por lo que mal podían prosperar sus pretensiones. En esta parte es conveniente recordar aquel antiguo aforismo romano referente a la carga de la prueba: "Dame los hechos que yo te daré el derecho". Por lo expuesto, no estimando necesario abundar en más consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desestima el recurso de casación interpuesto por no tener base legal. Notifíquese y devuélvase el expediente.

Fdo.) Dres. Ana Isabel Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo y Rubén Bravo Moreno.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, julio 5 del 2006; las 09h30.

VISTOS: El demandado David Corral Bustamante, por sus propios derechos y como Gerente General de la Compañía OFFICECUADOR S. A., solicita aclaración de la sentencia dictada por este Tribunal de Casación el 24 de mayo del 2006 a las 09h50, dentro del juicio que sigue Kléver Arturo; Andrade Pozo contra el solicitante. Con el fin de resolver el petitorio que ha sido debidamente notificado al actor se considera: PRIMERO.- La aclaración, conforme el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, tiene lugar cuando el texto de la resolución es oscuro, en el presente caso no cabe la aclaración ya que el fallo dictado por este Tribunal es lo suficientemente claro y motivado, no existiendo frases oscuras, ambiguas, ni indeterminadas.- SEGUNDO.- Además, está expresamente prohibido por el artículo 281 de la codificación vigente del Código de Procedimiento Civil que el Juez altere el sentido de su sentencia. Por lo expuesto se niega por improcedente la solicitud de la parte demandada. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ana Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo, Rubén Bravo Moreno. CERTIFICO: Dra. María Consuelo Heredia Y.

RAZON: Hoy día a partir de las catorce horas treinta minutos, notifiqué el auto que antecede, a KLEVER ANDRADE, en el casillero No. 3204 y a DAVID CORAL, en el casillero No. 925.

Quito, 5 de julio del 2006.

La Secretaria.- Dra. María Consuelo Heredia Y.

No. 484-05

JUICIO DE TRABAJO QUE SIGUE GALO HERRERA  
CONTRA EL SWISSOTEL S. A.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 26 del 2006; las 09h40.

VISTOS: El Dr. Sergio Peñaherrera Guarderas, procurador judicial del Sr. Edmund Helmut Negwer, Gerente General y representante legal de la compañía H.O.V. Hotelera Quito S. A., en el juicio laboral propuesto por el Sr. Bolívar Herrera Rivera en contra de la mencionada empresa, interpone recurso de casación del fallo de mayoría que confirma la sentencia del primer nivel. Una vez que se halla agotado el trámite para resolver se considera: PRIMERO.- El recurrente en el libelo de impugnación asevera que en la sentencia se han infringido el Art. 95 del Código del Trabajo y el artículo primero del Decreto Supremo 1269, publicado en el R. O. 295 de 25 de agosto de 1971, que crea el 10% adicional al consumo, en concepto de propinas, a favor de los trabajadores de hoteles, bares y restaurantes de primera y segunda categoría, por lo que fundamenta su recurso en las causales 1ª y 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación. El resumen de su argumentación es el de que en la sentencia hay aplicación indebida y errónea interpretación de las mencionadas disposiciones al haberse dispuesto que en la liquidación de indemnizaciones se considere como parte de la remuneración el 10% ya indicado.- SEGUNDO.- Revisada la sentencia, así como las disposiciones legales pertinentes se advierte que efectivamente en la sentencia se dispone que como última remuneración debe considerarse la suma total de USD 416,65, conforme se ha aceptado en el fallo del primer nivel. Sin embargo se advierte también que en la sentencia no se ha tomado en cuenta la disposición del Art. 95 del Código del Trabajo, el cual guarda armonía con lo que claramente preceptúa el artículo 35 No. 14 de la Constitución Política de la República, que dice: "Para el pago de indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador se entenderá como remuneración todo lo que éste perciba en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que reciba por los trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios o cualquier otra retribución que tenga el carácter normal en la industria o servicio. Se exceptuarán el porcentaje legal de utilidades, los viáticos o subsidios ocasionales, la decimotercera, decimocuarta, decimoquinta y decimosexta remuneraciones; la compensación salarial, la bonificación complementaria y el beneficio que representen los servicios de orden social". Además tampoco se ha aplicado el Decreto Supremo 1269 publicado en el R. O. No. 295 de 25 de agosto de 1971, artículo primero, que con toda precisión y claridad dice que el 10% adicional por concepto de propinas "no se considerarán como retribución accesoria normal".- TERCERO.- Es oportuno recordar que, como ya se ha dicho en varios fallos de esta Sala, "el término remuneración es un término omnicompreensivo de todos los valores a que el trabajador tiene derecho, salvo las puntuales excepciones de ley", excepción que precisamente hace el Decreto Supremo mencionado ut supra. Debe reconocerse que la remuneración señalada por la ley o el convenio para el trabajador es indispensable e importante medio económico

y monetario que le permite atender su subsistencia personal y la de su familia; de allí, que cumpliendo el rol de protección de la legislación laboral la ley le rodea de una serie de garantías que se sustentan en principios tales como, la intangibilidad, la irrenunciabilidad, la inembargabilidad, (excepto para el pago de alimentos), además de que se establece que es intransferible, irretenible, que no puede ser disminuida, ni establecida por debajo de los mínimos legales, que es crédito privilegiado y tiene forma especial, ya que el pago debe hacerse en días y horas hábiles, en dinero y no en fichas, vales u otros medios que no sean moneda legal...". De suerte que todas estas disposiciones legales y principios tienen que ser contempladas y aplicadas por los jueces en sus fallos, lo cual quiere decir que en la remuneración no deben involucrarse otros rubros y conceptos establecidos en beneficio del trabajador. Por las consideraciones expuestas, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE LA DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, aceptando el recurso de casación, casa la sentencia dictada por el Tribunal ad quem y dispone que en la liquidación que debe efectuarse en el primer nivel, se excluyan del cálculo de la remuneración las cantidades que correspondan al 10% por propinas. Notifíquese y devuélvase el expediente.

Fdo.) Dres. Ana Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.

Quito, a 18 de julio del 2006.

f.) Secretaria de la Primera Sala de lo Laboral y Social, Corte Suprema de Justicia.

No. 501-05

JUICIO LABORAL QUE SIGUE CESAR LOZA CONTRA JAVIER SISA.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 30 del 2006; las 10h20.

VISTOS: En el juicio verbal sumario de trabajo propuesto por César Eduardo Loza Pintado en su calidad de Procurador Judicial del señor Niksa, Basic en contra de "Islas Galápagos Turismo y vapores C. A.", la parte actora como la demandada inconformes con la sentencia expedida por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Quito que confirma parcialmente la sentencia dictada en el primer nivel, que aceptó parcialmente la demanda, interponen los respectivos recursos de casación. Admitido a trámite el recurso presentado por el demandado y desechado el recurso

planteado por el actor se elevaron los autos a esta Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, en virtud del sorteo de ley y encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO.- Esta Sala es competente, para conocer y resolver el recurso en mención en razón de lo prescrito por los Arts. 1 de la Ley Casación y 613 del Código de Trabajo.- SEGUNDO.- La parte demandada sostiene en su recurso que el Tribunal de apelación ha infringido las siguientes normas de derecho, artículos 8 y 6to. agregado después del Art. 584 del Código del Trabajo; Arts. 117, 118, 119, 135, 168, 169, 170, 195, 197, 198, 278, 279 y 280 del Código de Procedimiento Civil y Arts. 2048 del Código Civil. Fundamenta su recurso en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. En resumen sostiene la parte demandada que no ha existido relación laboral entre el actor y la empresa "Islas Galápagos Turismo y Vapores C. A".- TERCERO.- Confrontada la sentencia impugnada con el escrito de interposición del recurso de casación, autos y más constancias procesales, la Sala formula las siguientes precisiones: 1.- Motivo esencial de la controversia es establecer si existió o no relación laboral entre el demandante y la empresa demandada. 2.- Los contratos legalmente celebrados son ley para las partes y en el proceso constan los textos de los contratos de "TRABAJO", suscritos entre el actor y el Gerente General de "Islas Galápagos Turismo y Vapores C. A. (IGTV)" el 20 de enero de 1998, el 7 de septiembre del mismo año y el de 12 de septiembre del 2002, en cuyos textos se le da insistentemente al actor el calificativo de "empleado" y sabido es que los trabajadores se clasifican en "obreros" y "empleados". Además, en esos contratos puede constatarse que existen los tres requisitos fundamentales de la relación laboral señalados en el Art. 8 del Código del Trabajo, que son: prestación de servicios lícitos y personales, dependencia o subordinación y remuneración 3.- Pese a que a fs. 85 del cuaderno del primer nivel se ha adjuntado la copia de un poder especial otorgado por el Gerente General de la empresa demandada a favor del actor, en el cual se dice que éste "... podrá representar legal, judicial y extrajudicial.", sin señalar específicamente a quién "podrá representar", de la revisión de las piezas procesales, no aparece que el actor haya efectuado acto alguno de tal representación y más bien el poder concedido se circunscribe al ámbito interno de la empresa en la cláusula "Segunda: Poder Especial"; cuando dice: "El otorgante en ejercicio de la representación que ostenta, tiene a bien designar como apoderado especial de administración de la empresa en el área de máquinas, de la embarcación denominada M-N AMBASADOR 1; de propiedad de la Compañía, al señor NIKSA BASIC, ciudadano de nacionalidad croata, quién tendrá a su cargo la ejecución de planes relativos a su área tendiente al desarrollo y buena marcha de los lineamientos sociales de la Empresa...", por lo que aplicando el inciso segundo del actual Art. 308 del Código de Trabajo (antes 314) "...el mandatario será considerado como empleado". Además que el poder ha sido otorgado fundamentalmente para que la Dirección General de Extranjería le pueda otorgar visa indefinida 10 - 4.- (fs. 158 a 160).- CUARTO.- Del análisis jurídico efectuado, se concluye que habiéndose comprobado la existencia de la relación laboral entre el actor y la empresa demandada, de esta relación se derivan las indemnizaciones mandadas a pagar en la sentencia impugnada. Se deja constancia de que el Tribunal de alzada no ha infringido las normas a que se refiere el demandado en su recurso. Por las consideraciones anteriores, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

se desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada y se confirma la sentencia dictada por el Tribunal ad-quem. Sin costas ni honorarios que fijar en esta sentencia.- Notifíquese.

Fdo.) Dres. Ana Isabel Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.

Quito, a 18 de julio del 2006.

f.) Secretaria de la Primera Sala de lo Laboral y Social, Corte Suprema de Justicia.

#### No. 17-2006

JUICIO LABORAL QUE SIGUE FREDI MELENDEZ QUINTANA.

#### CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL

Quito, junio 26 del 2006; las 09h50.

VISTOS: A fjs. 17 y 17 vlta. del cuaderno de segunda instancia, la Segunda Sala de lo Laboral de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Quito dictó su fallo confirmando la sentencia y aceptando parcialmente la demanda. En desacuerdo con esta resolución el actor señor Fredi David Meléndez Quintana interpone recurso de casación al igual que la parte demanda por intermedio del ingeniero Mario Morán Pazmiño, Gerente General del Banco Ecuatoriano de la Vivienda -BEV-. Radicada por sorteo la competencia en esta Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, para resolver se considera: PRIMERO.- Esta Sala es competente para conocer y decidir sobre los recursos de casación en razón del sorteo realizado y de lo que disponen los Arts. 1 de Ley de Casación y 613 del Código de Trabajo.- SEGUNDO.- El actor estima que se han infringido los Arts. 23 Nos. 26 y 27; 24 garantías 13<sup>ra</sup>; 35 normas 1<sup>a</sup>, 3<sup>a</sup>, 4<sup>a</sup>, 6<sup>a</sup>, y 12<sup>a</sup>; y 273 de la Constitución Política de la República; Arts. 4, 5 y 7 del Código de Trabajo; cláusulas 16<sup>a</sup>, 18<sup>a</sup>, 72<sup>a</sup> y 74<sup>a</sup> del Segundo Contrato Colectivo; Arts. 114 y 115 del Código de Procedimiento Civil y Art. 18 regla primera del Código Civil y funda su impugnación en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación.- TERCERO.- La parte demandada al formular el recurso de casación estima que se han infringido los Arts. 35 No. 9, inciso último y No. 14, inciso segundo de la Constitución Política de la República, Arts. 113, 115 y 273 del Código de Procedimiento Civil; Arts. 1 y 6 de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos, y Arts. 14 y 19 del Reglamento de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos "ya derogadas"; Arts. 95 y 116 del Código de Trabajo; Arts. 6 de las leyes Nos. 19 y 79 que instituyeron el 16<sup>to</sup> y el 15<sup>to</sup> sueldos, respectivamente; cláusula 16<sup>a</sup> del Segundo Contrato Colectivo de Trabajo. Funda su impugnación en el No. 1<sup>ro</sup> del Art. 3 de la Ley de

Casación.- CUARTO.- Este órgano jurisdiccional colegiado en orden a resolver la controversia ha procedido a efectuar un estudio detenido, tanto de los escritos de casación, cuanto de la sentencia impugnada y de las piezas procesales pertinentes, lo cual le permite efectuar las siguientes observaciones: 1.- El actor al interponer el recurso de casación señala que el Tribunal de alzada en su fallo tomó en cuenta, para calcular la liquidación de las indemnizaciones, como remuneración imponible el informe pericial que obra a fjs. 322, (realmente es fjs. 320 vlta), que determina como tal remuneración la suma de \$ 367,10 y no la de \$ 316,24 que inexplicablemente consta en ese fallo, por lo que es preciso que al ejecutar la sentencia el Juez de primer nivel, efectúe la correspondiente reliquidación tomando en base a la suma de \$ 367,10.2.-, Como el fallo de segunda instancia en el considerando quinto, se basa en lo decidido por el Juez del primer nivel en el considerando cuarto, se desestima la impugnación que efectúa el actor en el recurso de casación, en cuanto a que el Tribunal de alzada ha aplicado erróneamente las cláusulas del segundo contrato colectivo, por el contrario ha reconocido el derecho a la estabilidad del trabajador y el pago de las diferencias relativas al 13<sup>er</sup> sueldo y vacaciones, acogiendo lo señalado en el informe de fjs. 311 a 320 del cuarto cuerpo del primer nivel. 3.- En cuanto al recurso de casación del demandado, al aceptar que el trabajador está sujeto a las disposiciones del Código Laboral no ha infringido ninguna norma de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos y su reglamento que se aplican a los empleados amparados por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. 4.- El Tribunal de alzada no ha infringido el Art. 35 No. 9 inciso último de la Constitución Política, por que ha hecho una correcta aplicación del derecho laboral. 5.- En lo referente a la falta de aplicación de las disposiciones de los Arts. 35 Nos. 1, 3 y 6 y 276 de la Constitución Política que se refieren a la aplicación de los principios de derecho social y a la forma de valoración de la prueba, no se encuentra que los señores ministros de la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Quito, hayan soslayado la aplicación de tales principios. En cuanto a la valoración de la prueba si bien el Código de Procedimiento Civil, obliga a los jueces a aplicar la "sana crítica" este cuerpo legal no señala las reglas ni los requisitos a los cuales deben someterse, por lo que tenemos que confiar en su sano y libre criterio. Por todo lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se acepta el recurso de casación interpuesto por el señor Fredi David Meléndez Quintana por lo manifestado en el No. 1 del considerando cuarto de este fallo y se ordena que el Juez de primer nivel proceda a reliquidar las indemnizaciones que debe pagar el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, tomando como base la remuneración imponible constante a fjs. 320 vlta. o sea la suma de \$ 367,10.- Se desestima el recurso de casación de la parte demandada.- Sin costas ni honorarios que regular.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ana Isabel Abril Olivo, Alfredo Jaramillo Jaramillo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.

Quito, a 18 de julio del 2006.

f.) Secretaria de la Primera Sala de lo Laboral y Social, Corte Suprema de Justicia.



[info@tc.gov.ec](mailto:info@tc.gov.ec)  
<http://www.tribunalconstitucional.gov.ec>