FUNCIÓN JUDICIAL

183175350-NP

REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL
www.funcionjudicial.gob.ec

Juicio No: 09802201500802, CORTE NACIONAL, número de ingreso 1

Casillero Judicial No: 0
Casillero Judicial Electrónico No: 0
direccion.juridica@claro.com.ec

Fecha: 31 de enero de 2022
A: CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL - ABG. FRANCISCO TEODORO MALDONADO GUEVARA
Dr/Ab.:

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

En el Juicio No. 09802201500802, hay lo siguiente:

Quito, lunes 31 de enero del 2022, las 10h57, VISTOS: PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. - Avoco conocimiento de la presente causa en calidad de Conjuez Temporal de la Sala de lo Contencioso Administrativo en Reemplazo del Conjuez Javier Cordero López, en virtud de la designación realizada en Resolución 162-2021 del Pleno del Consejo de la Judicatura, ejecutada mediante acción de personal No. 1687-DNTH-2021-JT, así como del acta de sorteo a fojas 3 del expediente de casación. Agréguese a los autos los escritos y anexos que anteceden, y téngase en cuenta las casillas judiciales y correos electrónicos que las partes han señalado para recibir notificaciones.

SEGUNDO: ANTECEDENTES. LONNY FABIÁN ESPINOZA SIMANCAS, PROCURADOR JUDICIAL DE OTECEL S.A., interpone recurso de casación en contra de la sentencia de 25 de agosto de 2020, las 11h46, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, dentro del juicio verbal sumario No. 09802-2015-008027, en la cual se aceptó parcialmente la demanda propuesta por el actor AMÉRICA MOVIL S.A.B. DE C.V. y CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL en contra de la compañía OTECEL S.A., condenando a esta última “al pago de daños y perjuicios a la accionante, relacionados con daño emergente y lucro cesante, sobre la base el(sic) informe pericial realizado por el Ing. Com. Carlos Moyano Ormaza, los principios establecidos en el artículo 303 de la Ley de Propiedad Intelectual, las normas de Interpretación Judicial(sic) del Tribunal de Justicia de la

Comunidad Andina para este caso; estableciendo como daño emergente la cantidad de OCHENTA Y DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO DÓLARES CON SESENTA Y NUEVE CENTAVOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (USD$ 82,795.69) valores determinados por el perito; y, en lo relacionado al lucro cesante, el pago de los intereses que resulte de la cantidad establecida como daño emergente, calculados desde que se cometió la infracción hasta la ejecución de este fallo, se dispone que la demandada la Compañía OTECEL S.A. en un plazo no mayor a treinta días de ejecutoriado el presente fallo, pague a la accionante los valores aquí, determinados, debiendo calcular los intereses ordenados."

TERCERO: CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

3.1.- DE LA NATURALEZA EXTRAORDINARIA DEL RECURSO DE CASACIÓN Y LA COMPATIBILIZACIÓN CON EL Art. 169 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA. - Conforme instruye Enrique Véscovi, el recurso de casación es: "(…) la defensa del Derecho, perseguida a través de la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales, es la finalidad primera; con ella se logra el imperio de los valores de la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. Esta función acentúa el carácter constitucional del recurso (…)", de ahí que la casación es un recurso extraordinario, y como tal es inminentemente restringido y limitado. El mismo, únicamente procede contra autos y sentencias que tengan el carácter de definitivos, y que hayan sido dictados dentro de procesos de conocimiento.

Así también, Alberto Luis Maurinio, establece que: "(…) Las formas procesales son necesarias (….) su ausencia produce desorden e incertidumbre. Por el contrario, su presencia es garantía de justicia y de igualdad de defensa, entre otras cosas (…) Los doctrinarios han visto siempre en las formas el fantasma de los procesos largos y, por ende, en la atenuación de su rigorismo la posibilidad de justicia rápida (…) El problema no es fácil de resolver. La dificultad radica en encontrar un sistema formal lógico, o en hallar el término medio ´según las condiciones de vida y necesidades en un determinado momento´. Las formas, al igual que las nulidades procesales, no permanecen estáticas. Se dinamizan en función de las condiciones sociales y políticas de cada época y, en definitiva, dependen de la confianza que el orden judicial inspire a los ciudadanos. Así Calamandrei, con extraordinaria claridad, vio el justo medio en el principio elaborado sobre el nuevo régimen procesal italiano, llamado principio de elasticidad de las formas. Para concluir digamos que el proceso es una forma para que los desbordes o excesos de la libertad de la defensa de los derechos no ahoguen la verdad, pero cuidando de no entronizar el rito, para que la forma, no supedite la razón, es necesario investigar las bases sobre las cuales reposa y llegar al meollo del espíritu que las anima. El espíritu puro puede padecer de fiebre, pero la pura forma muere de frio (…) El principio de instrumentalidad de las formas, completado con el de finalidad de los actos procesales, sintetiza la moderna orientación en la materia (…)"

De lo indicado, la piedra angular del sistema procesal ecuatoriano es el Art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador que dispone: "El sistema procesal, es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se

sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades", norma que se ajusta a los procesos modernos, que prevén un principio de legalidad atenuado por la "elasticidad o flexibilidad de formas" orientado por su finalidad, por lo que el acto procesal válido es tal, en cuanto se haya realizado de manera apropiada para cumplir los fines previstos en las normas legales, de ahí que la inadmisión del acto procesal que contiene el recurso de casación se produce al evidenciar su ineficacia, entendida como el fenómeno en el cual un acto que debe cumplir ciertos requisitos legalmente establecidos, incumple aquellos elementos esenciales para su validez, las denominadas solemnidades.

3.2. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE. - La Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos, COGEP, establece: "Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio. Las demandas interpuestas hasta antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación", por consiguiente, los procesos en trámite continuarán sustanciándose hasta su conclusión de acuerdo a la normativa vigente al momento de su inicio, disposición que no ha sido modificada ni derogada por la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, publicada en Registro Oficial No. 517 de 26 de junio de 2019, que se expidió para solventar las falencias y vacíos legales en la aplicación del nuevo régimen procesal, conforme se desprende de sus considerandos.

A tal efecto se verifica que el proceso se instauró en virtud de la demanda propuesta el 21 de octubre de 2015 (fojas 139-153vta. del proceso), al amparo de los Arts. 288, 289, 294 y 297 de la Ley de Propiedad Intelectual y los Arts.828 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en virtud de las cuales el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil emitió sentencia el 25 de agosto de 2020, las 11h46 (fojas 486 del 492 proceso) y el recurso de casación fue deducido el 07 de octubre de 2020 (fojas 499 a 520vta. del proceso), por consiguiente, tratándose de un proceso promovido al amparo de la anterior normativa procesal y casacional, le es aplicable la Codificación de la Ley de Casación, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 299 de 24 de marzo del 2004, de conformidad con la Disposición Transitoria Primera del COGEP, ya citada.

3.3.-ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DISPUESTOS EN EL Art. 270 del Código Orgánico General de Procesos:

3.3.1. OPORTUNIDAD: El artículo 5 de la Ley de Casación, establece: "Términos para la Interposición. - El recurso deberá interponerse dentro del término de cinco días posteriores a la notificación del auto o sentencia o del auto definitivo que niegue o acepte su ampliación o aclaración. Los organismos y entidades del sector público tendrán el término de quince días".

En el caso en examen, la sentencia recurrida fue notificada el 27 de agosto de 2020 (fojas 493 del proceso) y se dedujo el 1 de septiembre de 2020 recurso de aclaración a la misma, lo cual fue negado en auto de 29 de septiembre de 2020, las 11h25, notificado el 30 de septiembre de 2020 (fojas 497 y 498 del proceso, y la parte demandada presentó recurso de casación el 07 de octubre de 2020, por lo

que se constata que entre la fecha de notificación del auto que negó la aclaración de la sentencia recurrida a la fecha de interposición del recurso no han transcurrido más de 5 días término, ergo, se cumple con el requisito de oportunidad.

3.3.2.- PROCEDENCIA: Verificada la oportuna interposición del recurso, y por lo tanto asegurada la competencia en razón del tiempo de esta autoridad jurisdiccional, le corresponde analizar de conformidad con el Art. 2 de la Ley de Casación, si el acto procesal impugnado es que aquellos recurribles, a tal efecto la norma establece: "(…) El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo. Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado. (…)". De la norma indicada se desprende que únicamente es procedente el recurso de casación cuando la sentencia o acto procesal recurrido es final y definitiva, y corresponda a un proceso de conocimiento.

Si bien la norma legal no ha definido qué es un juicio de conocimiento, la doctrina sí lo ha instruido, así Hernando Devis Echandia, sobre los procesos de conocimiento establece que: "(…) tienen como finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica, e incluyen, por tanto, al grupo general de declarativos y a los dispositivos. En todos ellos el juez regula un conflicto singular de intereses, y determina quién tiene el derecho, es decir, el juez es quien ius dicit. Son procesos de juzgamiento o conocimiento o declarativos genérico (…)".

En consideración a aquella definición doctrinaria, es claro que el juicio en examen es uno de conocimiento, pues conoció y resolvió un conflicto de propiedad intelectual por competencia desleal entre particulares, en el cual se condenó a uno de ellos a una indemnización pecuniaria correspondiente, de ahí que, la sentencia dictada dentro del proceso No. 09802-2015-00802, es final y definitiva, y ha sido dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo dentro de un proceso de conocimiento, declarativo de derechos, y por lo tanto, el recurso de casación interpuesto es procedente, al cumplir el presupuesto procesal exigido en el artículo 2 de la Ley de Casación.

3.3.3.- LEGITIMACIÓN: El artículo 4 de la Ley de Casación dispone que el recurso regula la legitimación para formular el recurso de casación en los siguientes términos: "(…) El recurso sólo podrá interponerse por la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto. No podrá interponer el recurso quien no apeló de la sentencia o auto expedido en primera instancia ni se adhirió a la apelación de la contraparte, cuando la resolución del superior haya sido totalmente confirmatoria de aquélla. No será admisible la adhesión al recurso de casación (…)".

En materia contencioso administrativa, que es de única instancia, el requisito de legitimación, debe justificarse por dos aspectos fundamentales: 1) Que el recurrente sea parte procesal; y, 2) Que justifique argumentadamente que la sentencia de única instancia le haya causado agravio.

En el caso in examine, la sentencia impugnada: "(…) Acepta parcialmente la demanda planteada por la Compañía América Mobil S.A.B. de CV, representado por el Ab. Francisco Teodoro Maldonado Guevara, en virtud de la delegación de poder efectuada por la Dra. María Cecilia Romo Leorux Armijos y el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, representado por su Procurador Judicial, Ab. Francisco Teodoro Maldonado Guevara, en contra de la Compañía OTECEL S.A. en la persona de su Presidente Ejecutivo y como tal representante legal Sr. José Manuel Casas Aljama; y, en consecuencia se condena a la Compañía OTECEL S.A. al pago de daños y perjuicios a la accionante, relacionados con daño emergente y lucro cesante, sobre la base el(sic) informe pericial realizado por el Ing. Com. Carlos Moyano Ormaza, los principios establecidos en el artículo 303 de la Ley de Propiedad Intelectual, las normas de Interpretación Judicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para este caso; estableciendo como daño emergente la cantidad de OCHENTA Y DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO DÓLARES CON SETENTA Y NUEVE CENTAVOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (USD $82,795.69) valores determinados por el perito; y, en lo relacionado al lucro cesante, el pago de intereses que resulte de la cantidad establecida como daño emergente, calculados desde cuando se cometió la infracción hasta la ejecución de este fallo, se dispone que la demandada la Compañía OTECEL S.A. en un plazo no mayor a treinta días, de ejecutoriado el presente fallo, pague a la accionante, los valores aquí determinados, debiendo calcular los intereses ordenados." por lo que, se evidencia, conforme indica la casacionista, que la sentencia le causa un gravamen que constituye el agravio argumentado por esta parte que es la demandada; razón por la cual la recurrente OTECEL S.A. se encuentra legitimada para interponer el recurso de casación.

3.3.4.- DE LOS REQUISITOS FORMALES EXIGIDOS EN EL ART. 6 DE LA LEY DE CASACIÓN. -

En cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 7 de la Ley de Casación corresponde examinar si el escrito de que contiene el recurso de casación, da cumplimiento a los requisitos que exige el Art. 6 de la Ley de Casación, cuyo texto determina: "(…) REQUISITOS FORMALES.- En el escrito de interposición del recurso de casación deberá constar en forma obligatoria lo siguiente: 1. Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales; 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido; 3. La determinación de las causales en que se funda; y, 4. Los fundamentos en que se apoya el recurso. (…)".

3.3.4.1.- Del numeral 1 del Art. 6 de la Ley de Casación.

Conforme consta de fojas 499 del proceso, OTECEL S.A., ha individualizado que la sentencia impugnada es la emitida el 25 de agosto de 2020, las 11h46, y notificada el 27 de agosto de 2020, por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, dentro del juicio No. 09802-2015-00802, propuesto por AMERICA MOVIL S.A.B. de C.V. y CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECELL, en contra de la compañía OTECEL S.A., por lo que se cumple con lo establecido en el numeral 1 del artículo 6 de la

Ley de Casación.

3.3.4.2.- Del numeral 2 del Art. 6 de Ley de Casación.

En relación al numeral 2 del Art. 6 de la Ley de Casación, se verifica que la casacionista ha dado cumplimiento a tal requisito indicando que las normas que estima infringidas son los artículos: 115, 250, 257, 258 y 262 del Código de Procedimiento Civil; 217, 218, 289 y 303 de la Ley de Propiedad Intelectual; 155, 157, 243, 258 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones; Interpretación Prejudicial 342-IP-2018, emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículos 4, 5, 6, 8, 22, 23, 29, 130 del Código de la Función Judicial, Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador.

3.3.4.3.- Del numeral 3 del Art. 6 de la Ley de Casación.

En cumplimiento del numeral 3 del Art. 6 de la Ley de Casación, la recurrente expresa fundar su recurso en las causales tercera, primera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, con lo cual se cumple este requisito.

3.3.4.4.- Del numeral 4 del Art. 6 de la Ley de Casación.

Finalmente, respecto al requisito de fundamentación establecido en el numeral 4 del artículo 6 de la Ley de Casación, éste debe cumplirse acorde con las exigencias previstas por cada una de las causales invocadas del Art. 3 de la Ley de Casación, las mismas que serán examinadas de conformidad a lo expuesto por el casacionista.

3.3.4.4.1.- CAUSAL TERCERA.- El casacionista ampara su recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, la cual procede cuando existe: “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”.

La jurisprudencia establece: “para que prospere un recurso fundado en la causal tercera, es imprescindible que el recurrente: a) identifique la prueba o pruebas respecto de las cuales el Tribunal Distrital ha infringido el ordenamiento jurídico; b) establezca la norma o norma de tasación o procesales que estima infringidas; c) demuestre razonadamente la manera en que el Tribunal ha incurrido en la infracción; d) señale la norma o normas de derecho sustantivo que, por efecto de la violación de orden procesal, han dejado de ser aplicadas o han sido aplicadas defectuosamente y la manera en que esto último se ha producido” (Resolución No. 236, E.E. 117, 11-II-2011, Colección de Jurisprudencia 2009- II. Ediciones Legales Edle, septiembre 2011, pág. 381).

En el caso en análisis la recurrente especifica que el medio probatorio respecto del cual se ha infringido el ordenamiento jurídico sería el informe pericial, el cual “no es una prueba de hechos”,

sino “una apreciación sobre aspectos relativos a una ciencia, arte u oficio (art. 250 del Código de Procedimiento Civil)”.

En cuanto a las normas de tasación o procesales infringidas, el casacionista acusa la falta de aplicación del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil y los Arts. 250, 257, 258 y 262 del Código de Procedimiento Civil. Al respecto es necesario destacar que no es cualquier norma procesal relativa a un medio probatorio la que puede invocarse para enderezar la causal tercera, tiene que necesariamente tratarse de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba (únicas normas que pueden ser impugnadas mediante esta causal).

Un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba es una norma de carácter procesal que establece para el juzgador una regla de valoración de un medio probatorio, examinados que han sido los preceptos normativos invocados por el casacionista es claro que los Arts. 250, 257, 258 y 262 del Código de Procedimiento Civil, no son normas de valoración de la prueba, sino disposiciones procesales relativas respectivamente, al nombramiento de peritos (Art. 250 del CPC), a la forma en la cual debe presentarse el informe pericial (Art. 257 CPC), el procedimiento impugnatorio por error esencial (Art.258 del CPC) y finalmente la facultad del juez para nombrar otros peritos o no acoger el peritaje cuando ha tenido otros elementos de convicción (Art. 262 CPC), debiendo destacarse que ninguna de aquellas normas establece una regla de valoración del referido medio probatorio, ya que para que tales preceptos reúnan tal calidad “Debe haber, pues, expresa legislación positiva sobre el valor de determinada prueba para que la causal proceda” (Santiago Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, pág.151).

Finalmente en el caso concreto el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, que es la única norma de las señaladas por la recurrente que puede ser considerada precepto de valoración de la prueba, la misma siempre debe estar acompañada de otros preceptos normativos de valoración de las pruebas que completen el silogismo estructural requerido, sin prueba actuada por las partes, lo cual no es admisible ya que la casación se funda en la vulneración a normas de derecho, y no a una nueva apreciación de los hechos.

Por lo indicado al no acompañarse otras normas que permitan apreciar la vulneración del precepto de valoración de prueba, el recurso se vuelve inadmisible por la ineficacia con la que se ha deducido las normas que deben estructurar la fundamentación, lo que no ha sucedido en el caso, al respecto del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, Santiago Andrade Ubidia (La Casación Civil en el Ecuador, pág. 152) ha instruido: “La doctrina de casación lógicamente determina que no puede servir de fundamento para el recurso la antedicha disposición porque lejos de contener preceptos sobre la apreciación de la prueba, faculta a los Tribunales para apreciarla conforme a las reglas de la crítica racional. Las reglas de la sana crítica no se hallan consignadas en ningún precepto legal concreto y taxativo que haya podido citarse como infringido, y, por lo tanto, tal expresión no obliga a la Sala de Instancia a seguir un criterio determinado”, se debe destacar que dicho autor indica: “La causal que con mayor frecuencia se invoca es la tercera, y muchas veces se lo hace con el oculto o confesado anhelo de que el tribunal de casación revise la valoración de la prueba realizada por el juzgador de

instancia, pretendiendo así transformar el recurso de casación en uno de tercera instancia".

De lo expuesto, es claro que, al no haberse invocado normas que constituyan preceptos aplicables a la valoración de la prueba en los términos explicados motivadamente en líneas anteriores, la referida causal es ineficaz por aquella deficiencia, de lo cual resulta inoficioso continuar con el análisis del resto de su fundamentación.

3.3.4.4.2.- CAUSAL PRIMERA.- En cuanto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación invocada por el casacionista, es importante destacar que la misma procede cuando se imputan vicios in iudicando por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva.

Al invocar la mentada causal no es admisible cuestionamiento alguno a los hechos que se estimaron probados por el juzgador de la instancia, sino que se parte de que los mismos son correctos. Lo que se discute en realidad es el proceso de subsunción del hecho en la norma jurídica que se ha realizado por el juez, sobre la base de alegar una falencia que objetivamente se ha producido, para el caso concreto el accionante acusa lo siguiente:

A.- Errónea interpretación de los artículos 217 de la Ley de Propiedad Intelectual y 155 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, cuya mención no basta, sino que además la trascendencia en lo decidido tiene que ser explicada. De la manera que el casacionista debe justificar el error de subsunción del Tribunal en la interpretación de las normas acusadas como infringidas, con la argumentación de los motivos que la sustentan, así como justificando la interpretación correcta que a su criterio corresponde, la cual también debe basarse en normas de derecho relativas a la hermenéutica jurídica que sustenten y permitan establecer al juzgador la trascendencia de aquella errónea interpretación en la sentencia.

Realizado el análisis de la fundamentación de la causal en cuanto al vicio de errónea interpretación antes indicado, no se evidencia que el casacionista realice referencia alguna en su argumentación al método o forma en que la interpretación normativa fue realizada por el Tribunal en la sentencia cuestionada, ni peor los motivos por los cuales la considera errada, tampoco argumenta sobre el método hermenéutico que el casacionista considera correcto para la interpretación de las normas invocadas.

Finalmente, se hace notar que en relación a esta causal, el recurso propuesto por el casacionista sostiene: "…Otecel ni siquiera incurre en la hipótesis que se señala del Art. 217 de la Ley de Propiedad Intelectual…", y en similar forma argumenta: "…Además, tampoco se incurre en el supuesto contemplado en el artículo 155 de la Decisión No. 486…", por lo que, nuevamente se evidencia que el casacionista pretende cuestionar los hechos, lo cual se reitera no es posible en esta causal, pues si se cuestiona no incurrir en los supuestos de la norma, se está cuestionando los hechos apreciados por el Tribunal, lo cual es improcedente en el recurso de casación. Pero inclusive

considerando que no se cuestionasen éstos, lo cual ocurre conforme se evidencia de lo transcrito, es evidente la ineficacia de la fundamentación del recurso, pues tomando la argumentación del casacionista, si las normas acusadas como infringidas no eran atinentes, en todo caso, correspondía activar esta causal por la indebida aplicación de las referidas normas, justificando además cuáles si eran las que debían ser aplicadas al caso justificando los hechos probados y admitidos por el Tribunal, lo cual no se lo hizo, por indicado es claro que la fundamentación del recurso por la errónea interpretación de los artículos 217 de la Ley de Propiedad Intelectual y 155 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones es claramente inadmisible en los términos explicados y se la desecha por incumplir la estructura de fundamentación.

B.- Falta de aplicación de los artículos 157 de la Decisión de la Comunidad Andina No. 486 y 218 de la Ley de Propiedad Intelectual, lo que generó la indebida aplicación del Art. 258 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones. Cuando se invoca esta causal por falta de aplicación de normas, la estructura de fundamentación impone referir el hecho apreciado por el Tribunal que motivaba la aplicación de la norma que se acusa infringida, la cual se omitió aplicar por parte de los juzgadores.

En el caso concreto el casacionista se desdice, y no explica en forma alguna en qué forma el Tribunal admitió el presunto uso honesto de la marca al cual se refieren la normas invocadas, y muy al contrario niega expresamente el uso de signo marcario cuando argumenta: “Otecel ha negado, categóricamente, que haya hecho uso de la marca de propiedad de la actora, pero aún en el supuesto no consentido que mi representada haya utilizado la marca de titularidad de un tercero, cosa que insisto no ha sucedido, pues nunca se utilizó la marca CLARO, el uso meramente identificativo e informativo que no causa confusión es permitido a terceros conforme lo dispone el artículo 157 de la Decisión No. 486 de la Comunidad Andina…..Así como también el Art. 218 de la Ley de Propiedad Intelectual”. Por lo expuesto la de fundamentación es ineficaz pues la Sala no podría pronunciarse cuando se halla ausente el fundamento de hecho que ampara la aplicación de las normas acusadas como infringidas.

Pero adicionalmente el casacionista también vincula aquella falta de aplicación de las normas, para enderezar un cargo de indebida aplicación del art. 258 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, argumentando: “….De anterior se desprende que pese a la negativa expuesta por mi representada respecto al uso de la marca de propiedad de la actora, tanto el artículo 157 de la Decisión No. 486 de la Comunidad Andina como el artículo 218 de la Ley de Propiedad Intelectual permiten la utilización de la marca, de forma meramente identificativa e informativa que no cause confusión…..lo que generó la indebida aplicación del artículo 258 de la Decisión No. 486 de la Comunidad, ha ocasionado la indebida aplicación del artículo 258 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, toda vez que si se hubiesen aplicado esas normas el Tribunal habría concluido que, al tenor del artículo 259 de la Decisión No. 459 de la Decisión 486 la conducta de Otecel no constituye un acto de competencia desleal.”, acusación que nuevamente incurre en ineficacia por cuestionar nuevamente la apreciación de los hechos del Tribunal, pero además no justifica, en forma alguna en qué manera el Tribunal admitió el presunto uso honesto de la marca, que sustente el cargo de la supuesta falta de aplicación de las normas de derecho (artículo 157 de la Decisión No. 486 de la Comunidad Andina y artículo 218 de la Ley de Propiedad Intelectual), invocadas para acusar la supuesta indebida aplicación de las normas

comunitarias que sancionan la competencia desleal, cuya indebida aplicación también tenía que sustentarse en hechos acreditados por el Tribunal, cuestión que no aparece de lo expuesto por el casacionista, el cual ha preferido la invocación de otras normas, cuya aplicación aspiraba, pero que en forma alguna ha justificado como correspondía que el Tribunal hubiese admitido como probado el uso honesto de la marca, relevando que el casacionista niega categóricamente haber hecho uso del signo marcario, generando así la deficiencia estructural de la argumentación necesaria para que prospere su fundamentación.

Al respecto Santiago Andrade Ubidia, en su obra La Casación Civil en el Ecuador, instruye: "Se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad quem sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación, examinar en base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente", como se indicó, el incumplimiento del casacionista en la estructura de la fundamentación antes indicada, evidencia que la causal por las normas referidas sea inadmitida.

C.- Errónea interpretación de la Interpretación Prejudicial No. 342-IP-2018, lo que ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia. El recurrente indica: "En la interpretación lo que se indica es que: '2.10. En este caso estamos frente a un acto fraudulento que afecta el derecho exclusivo sobre la marca, pero también al consumidor. La supresión, modificación o alteración de la marca colocada en el producto o sobre sus envases, envolturas embalajes o acondicionamientos lesiona los valores inmateriales que están inmersos en ella (reputación, prestigio, goodwill) y su garantía de calidad que corresponda al titular de la marca y también desorienta al consumidor respecto del origen de los productos para los cuales se ha registrado la marca o los productos vinculados a los servicios para los cuales se ha registrado.' Por lo tanto, lo que debía hacer el Tribunal es revisar el objeto del planteamiento sobre el que tenía que resolver, el cuál era la conducta que se imputa a mi representada, y si había prueba de aquello. En este caso, no existe una 'supresión, modificación o alteración de la marca colocada en el producto o sobre sus envases, envolturas embalajes o acondicionamientos', así como tampoco existe el riesgo de que los productos o que se traten de productos vinculados; por lo tanto, el Tribunal ha interpretado de forma indebida esa Interpretación Prejudicial dándole un alcance que no tienen en los hechos sometidos a su conocimiento."

En relación a aquella fundamentación se debe indicar que la interpretación prejudicial si bien atañe a las normas comunitarias, no constituye en sí una norma, sino que es el instrumento de diálogo entre el Tribunal consultante y el órgano comunitario, por el cual éste inteligencia a la autoridad judicial nacional respecto de cómo debe aplicarse el derecho comunitario, para una aplicación uniforme de aquella normativa en el territorio comunitario, que incluye el del Estado Ecuatoriano. Por lo cual, no es posible enderezar este recurso extraordinario por la ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL, lo que, si podía el casacionista, era cuestionar la interpretación dada a las normas comunitarias interpretadas por el órgano comunitario en la interpretación, justificando a su vez que el Tribunal Distrital ha desatendido la interpretación prejudicial dada por el

órgano comunitario, que no lo ha hecho.

Por lo expuesto, dado que la interpretación prejudicial de la Comunidad Andina NO ES UNA NORMA JURÍDICA, sino un pronunciamiento vinculante sobre la interpretación de las normas comunitarias, se desecha el cargo por aquella ineficacia en su fundamentación que la vuelve inadmisible.

3.3.4.4.3.- CAUSAL CUARTA.- Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella sobre todos los puntos de la litis. Esta causal atañe a los vicios de ultrapetita, extrapetita o infrapetita, en los cuales se acusa la "…inconsonancia o incongruencia resultante del cotejo o confrontación de la parte resolutiva del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas", es decir se acusa una incongruencia que atañe a romper la unidad jurídica y conceptual del proceso, que debe resolver los puntos controvertidos planteados por las partes.

Respecto de esta causal la recurrente manifiesta: "La demanda incluyó una pretensión expresa de condena a pago de daños y perjuicios, y así establece en el literal b) del acápite IV de la demanda lo siguiente: ´Se condene al Demandado al pago de una indemnización por los daños y perjuicios que esta campaña publicitaria ha causado en desmedro de la marca de mi representada, tanto por el daño producido a la marca, el tiempo gerencial ocupado para contrarrestar el ataque, las asesorías técnicas respectivas y todo otro rubro similares, como por el costo que tendrá que asumir la actora para reestablecer su imagen dañada, que serán probadas durante el proceso.' Como se desprende de la petición efectuada por la actora, los daños y perjuicios que dice que ha sufrido, y que son los que demanda, los concreta en (i) el daño producido a la marca, (ii) el tiempo gerencial ocupado para contrarrestar el ataque, (iii) las asesorías técnicas respectivas y todo rubro similar; (iv) así como el costo que tendrá que asumir la actora para restablecer su imagen dañada; e indica que todo ella(sic) será probado durante el proceso. Es decir, son esos rubros los que tenía que acreditar en el proceso, y son estos los que podían ser parte de la resolución de la sentencia, y no otros." Argumentación con la cual expone claramente el pedido de la demanda propuesta, sin embargo, el demandado no expone claramente, como le corresponde, para fundamentar adecuadamente su recurso, si el vicio que acusa es extra petita (resuelve puntos que no fueron objeto del pedido) o ultra petita (decide más allá de lo demandado o pedido). Simplemente se limita a indicar que "en sentencia, por una parte se ordena la condena al pago de daños y perjuicios, a favor del accionante por la cantidad de $82.795,69, que es el valor determinado por el perito, y por otra se condena, en lo relacionado a lucro cesante, al pago de intereses que resulte de la cantidad establecida como daño emergente, calculados desde que se cometió la infracción hasta la ejecución del fallo", y que "no existe una explicación del porqué el concepto de lucro cesante estaría determinado por unos intereses".

Argumenta además que la sentencia impugnada se le condena: "…al pago de daños y perjuicios a la accionante, relacionados con daño emergente y lucro cesante, sobre la base el(sic) informe pericial realizado por el Ing. Com. Carlos Moyano Ormaza, los principios establecidos en el artículo 303 de la Ley de Propiedad Intelectual, las normas de Interpretación Judicial del Tribunal de Justicia de la

Comunidad Andina para este caso; estableciendo como daño emergente la cantidad de OCHENTA Y DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO DÓLARES CON SESENTA Y NUEVE CENTAVOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (USD $82,795.69) valores determinados por el perito; y, en lo relacionado al lucro cesante, el pago de intereses que resulte de la cantidad establecida como daño emergente, calculados desde cuando se cometió la infracción hasta la ejecución de este fallo, se dispone que la demandada la Compañía OTECEL S.A. en un plazo no mayor a treinta días, de ejecutoriado el presente fallo, pague a la accionante, los valores aquí determinados, debiendo calcular los intereses ordenados" y que de lo anterior se desprende que, en sentencia, por una parte se ordena la condena al pago de daños y perjuicios a favor de la accionante por la cantidad de $82.795,69, que es el valor determinado por el perito; y por otra, se condena, en lo relacionado al lucro cesante, al pago de intereses que resulte de la cantidad establecida como daño emergente, calculados desde que se cometió la infracción hasta la ejecución del fallo, y que no existe una explicación del porqué el concepto de lucro cesante estaría determinado por unos intereses, (sic) estos no fueron requeridos por la parte actora en su demanda, pues esta concentra su petición de daños en rubros diferentes, por lo que el Tribunal en sentencia ha resuelto una materia que no es parte del litigio, por lo que ha concedido a la actora más de lo pedido, lo cual implica una violación al artículo 273 del Código de Procedmiento Civil, que dispone que la sentencia únicamente deberá decidir sobre los puntos que se trabó la Litis.

Considera así, que su argumentación sería suficiente para justificar la admisión de esta causal, que no lo hace, ya que sus aseveraciones no justifican la necesaria explicación de la falta de conformidad entre la demanda y sus pretensiones, así como la necesaria explicación argumentada y sustentada de la falta de causalidad de la demanda y su pretensión con lo decidido en sentencia; aspecto que vuelve ineficaz e inadmisible el recurso por su deficiencia técnica en la fundamentación del cargo.

Pero además se debe relevar que también corresponde inadmitir este recurso por su deficiencia técnica, ya que no puede existir en la pretensión acusada ultra petita y extra petita en forma conjunta como se ha formulado, al aducir expresamente que la "sentencia ha resuelto materia que no es parte del litigio, por lo que ha concedido a la actora más de lo que esta pedido", pues ambos cargos son situaciones distintas, y que en el mejor de los casos tenían que ser argumentadas independientemente, sobre cada vicio, estableciendo sobre que de lo concedido existe extra petita, y sobre que de lo concedido existe ultra petita. De ahí que, aquella deficiencia técnica del casacionista en confudir ambas incongruencias, que tienen naturaleza distinta y que resultan generalmente incompatibles entre sí, vuelve ineficaz el recurso, pues la utra petita parte del hecho de que sí debía concederse algo, pero se concedió más allá, mientras el vicio de extrapetita se diferencia en que se concedió algo que no fue objeto del litigio, algo distinto de lo pedido. Por lo expuesto se inadmite el recurso por la causal cuarta.

3.3.4.4.4.- CAUSAL QUINTA.-. El casacionista finalmente acusa que "la sentencia no contiene los requisitos exigidos por la ley", alegando que se infringió el deber de motivación de la sentencia en función de los artículos 274, 276 del Código de Procedimiento Civil, artículos 4, 5, 6, 8, 23 y 130 del Código Orgánico de la Función Judicial y letra l), numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República.

Cuando se invoca la falta o deficiencia de motivación es necesario que el casacionista realice un análisis concreto y exacto que justifique la vulneración del estándar mínimo de fundamentación en la sentencia.

Tras enunciar partes de diversas sentencias Constitucionales (009-10-SEP-CC, caso 0595-09-EP, 1557-13-EP de 8 de enero de 2020 y 1258-12-EP/19), el casacionista afirma que "De la simple lectura de la Sentencia se puede constatar, primero, una falla técnica tremenda al no existir coherencia entre los hechos y las premisas de sustento y las conclusiones; tal como se puede constatar de todo lo señalado en los acápites anteriores, en la no aplicación de normas, y la errónea interpretación de otras, más otros vicios expresamente señalados, la sentencia no se encuentra debidamente motivada, careciendo por lo tanto, de un requisito que impide que esta sea considerada válida. Por lo expuesto, se ha configurado la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación al infringirse lo dispuesto por los artículos 76 numeral 7 letra l) de la Constitución, Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial y 276 del Código de Procedimiento Civil, los cuales obligan a las Autoridades Judiciales a motivar sus resoluciones, puesto que 'toda sentencia debe estar razonablemente fundada en el sistema jurídico, mediante la aplicación de sus reglas a las circunstancias de hecho sobre las cuales haya recaído el debate jurídico surtido en el curso del proceso y la evaluación que el propio juez, al impartir justicia haya adelantado en virtud de la sana crítica y de la autonomía funcional que los preceptos fundamentales le garantizan.- Una cosa es el margen de interpretación y razonamiento que tiene todo juez al proferir sus providencias, y que otra bien distinta la arbitrariedad que pudiera permitirle resolver sin hacer explícito el porqué de su resolución'. Debido a lo anterior, y ante la evidente falta de motivación respecto a este asunto tan importante de la controversia, se produce ineludiblemente la nulidad, por expresa disposición del artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República, y otras normas pertinentes, y así deben declararlo.

Como consta de lo expuesto, el casacionista, invoca el incumplimiento de la garantía de motivación en la sentencia en forma general, y referencial a otras causales, pero no la funda con razones específicas (argumentaciones) que deben justificar una crítica a la sentencia respecto de aquel deber constitucional, es más se releva que de la fundamentación, no consta un solo problema jurídico decidido por la autoridad judicial, del cual, en concreto se desnude un vicio motivacional (inexistencia, apariencia, insuficiencia, etc.). Al ser un recurso estrictamente formal y riguroso, la admisión por este cargo, no puede fundarse en aseveraciones generales, y menos referenciales a otras causales que atañen a otros motivos específicamente distintos contemplados en la Ley de Casación para ser invocados en causales autónomas e independientes. Por lo indicado, el casacionista, tiene que fundar expresamente cada causal con los argumentos correspondientes para cada una de ellas para estructurar su recurso, con el fin de que conste en forma indudable la exposición del vicio motivacional demostrando la insuficiencia de la fundamentación fáctica o de la fundamentación normativa.

Por lo tanto, esta causal no puede prosperar cuando el recurrente únicamente manifiesta en forma vaga e imprecisa su molestia o inconformidad con lo decidido, aduciendo en forma general que la sentencia

no se ajusta a los hechos probados y al derecho aplicable a los mismos, por el solo hecho de que se haya aceptado el argumento de la contraparte.

Esta causal impone una crítica fundamentada, definiendo los hechos probados, las normas pertinentes y la decisión que correspondía a aquellas normas, comparándola con la que consta de la sentencia que se impugna, para desnudar sus vicios. La ausencia de aquel necesario análisis razonado que demuestre la deficiencia motivacional (la incoherencia, la inatinencia, la incongruencia ante el derecho, etc.) con lo decidido, vuelve ineficaz e inadmisible el recurso por esta causal por la deficiencia estructural en la fundamentación del mismo, que impide que prospere el cargo.

4.- DECISIÓN: Por las consideraciones antes expuestas, se INADMITE en su totalidad el recurso de casación interpuesto por OTECEL S.A. dado que ninguna de las causales invocadas ha cumplido el requisito de estructura para que sea admitido el mismo, por incumplir el requisito del numeral 4 del artículo 6 de la Ley de Casación. Notifíquese. -
f).- ESPINOSA BRITO MAURICIO BAYARDO, CONJUEZ NACIONAL

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

DRA. NADIA FERNANDA ARMIJOS CÁRDENAS
SECRETARIA RELATORA