

RESOLUCIÓN No. 14-2014 – JURISPRUDENCIA
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Quito, 22 de enero de 2014, a las 11h00

ANTECEDENTES

VISTOS: Sebastián Lucas Landi, en calidad de Gerente General de la empresa DHL GLOBAL FORWARDING (ECUADOR) S.A., interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 5 de marzo del 2012 y providencia de 14 de diciembre de 2012, notificada el 19 del mismo mes y año, dentro del Juicio Ordinario por daños y perjuicios No. 17111-2008.0688-R.B. que sigue EXPLOPLAM S.A., en contra de su representada, la misma que reforma la sentencia de primera instancia que desecha la demanda.

Admitido parcialmente el recurso interpuesto y agotado su trámite, es el estado de resolver, para hacerlo se considera:

COMPETENCIA

La Sala de lo Civil y Mercantil, tiene competencia para conocer los recursos de casación, en virtud del artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, de los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio del 2013, que

sustituye a los artículos 183 y 186 de la misma ley, y de la Resolución de la Corte Nacional de Justicia No. 04-2013 de 22 de julio del 2013. Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Civil y Mercantil, conformado por los doctores Paúl Íñiguez Ríos, quien actúa en calidad de Juez ponente; Wilson Andino Reinoso y doctor Eduardo Bermúdez Coronel, Jueces Nacionales, está facultado para conocer el presente recurso de casación.

FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Las normas de derecho que se estiman han sido infringidas.- Las normas de derecho supuestamente infringidas en el fallo recurrido, son:

Constitución Política del Ecuador, artículos, 66, numeral 16 y 76, numeral 4, numeral 7 literal i, literal 1.

Código de Procedimiento Civil, artículos, 108, 109, 115, 116, 117, 121, 165, 191, 192 y 199.

Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, artículos 1 y 2; y, artículo 1 de su reglamento.

Código de Comercio, artículos 3, 248 y 1006.

Decisiones 331 y 393 de la Comunidad Andina (Acuerdo de Cartagena).

Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos (Reglas de La Haya) y su Protocolo Modificadorio (Reglas Visby).

Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, del Acuerdo de Cartagena.

Las causales en las que se funda el recurso de casación.- El recurrente funda su recurso en las causales primera, segunda, tercera, cuarta y quinta del artículo 3 de la ley de casación, habiéndose admitido el recurso por la causal primera, conforme obra de fojas 4 a 6 del expediente de casación.

Los fundamentos en los que se apoya el recurso de casación.- El recurrente apoya su recurso de casación, señalando que en la sentencia impugnada, existe:

1.- Aplicación indebida de la Ley Orgánica de defensa del consumidor.- Se argumenta, que la sentencia recurrida en su considerando QUINTO llega a la conclusión, de que el Conocimiento de Embarque materia de la causa está regulado por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. En base a esto, la sentencia establece que las estipulaciones del Conocimiento de Embarque, no constituyen ley para los contratantes en virtud de la ‘prohibición de escribir-se en otro idioma que no fuese el castellano’, establecida en el art. 42 y 43 de dicha Ley.

Al llegar a esta conclusión la sentencia incurre en aplicación indebida de las normas contenidas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, esto es, la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, “aplicación indebida de normas de derecho en la sentencia o auto que hayan sido determinantes de su parte dispositiva.” Es preciso señalar que la parte actora jamás invocó la calidad de consumidora en su demanda Tampoco la parte actora pudo acreditar la calidad de consumidora dentro de los términos probatorios. Al contrario, consta claramente en la demanda y a lo largo del proceso de primera y segunda instancia que los bienes estaban destinados a ser exportados a una tercera persona.

El Art. 1, inciso segundo, de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece que “el objeto de esta ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores”. El Art. 2 inciso tercero define Consumidor como: “toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello...”

El Art 1 del Reglamento de dicha Ley, establece: “De conformidad con los incisos tercero y noveno del art. 2 de la ley, no serán considerados consumidores aquellas personas naturales o jurídicas que adquieran, utilicen o reciban oferta de bienes o servicios para emplearlos en la explotación de actividades económicas con fines de lucro o, en beneficio de sus clientes o de terceros a quienes ofrezcan bienes o servicios”. Sabemos que la exportación es un acto de comercio, así reconocido en el Art 3 del Código de Comercio Mientras que, en el libelo de demanda, en el primer párrafo del acápite II “Fundamentos de hecho”, el actor indica de modo expreso que la empresa The Exotic Blends recibió una cotización “para transportar un contenedor con productos de exportación de mi representada...”. Es más que claro que la exportación a que el actor se refiere, tenía fin de explotación de actividades económicas con fines de lucro. Además de que tales servicios eran para ser empleados en beneficio de sus clientes a quienes le ofrecían los bienes exportados. Tan claro es, que en la misma sentencia, en el considerando OCTAVO, se expresa que “muchos de los productos sufrieron congelación... lo que impidió su comercialización y aceptación de los mismos por parte de KEHE FOODS. La sentencia misma menciona la explotación de actividades económicas con fines de lucro (“su comercialización”), y que los servicios fueron empleados en beneficio de sus clientes (KEHE FOODS). Al final del mismo considerando OCTAVO, la sentencia se refiere a que los hechos habrían

causado que Expropalm pierda “la oportunidad de negociar con el distribuidor mayorista más grande de EEUU”.

Por tanto, es muy claro apreciar que la demandante EXPROPALM no tenía la calidad de consumidor, ni tenía la calidad de usuario final. Al contrario, su actividad estaba claramente destinada para la explotación de actividades económicas con fines de lucro, en beneficio de sus clientes o de terceros, a quienes les había ofrecido bienes o servicios, y por lo tanto no era aplicable a este caso la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

La aplicación indebida de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en la sentencia ha sido determinante de la parte dispositiva de la misma, ya que el efecto generado es atentar contra el derecho a la libertad de contratación -Laissez-faire- reconocido por el Art. 66, numeral 16 de la Constitución, principio también conocido como pacta sunt servanda y en consecuencia desconocer las estipulaciones del Contrato de Transporte-Conocimiento de Embarque, documento que contenía claras provisiones sobre la exoneración de responsabilidad por prescripción, sobre las leyes a aplicarse, sobre las responsabilidades de las partes, sobre los límites de responsabilidad del transportista y del agente etc.

2.- Errónea interpretación, que condujo a la falta de aplicación de las Decisiones 331 y 393 del Acuerdo de Cartagena. Errónea Interpretación, que condujo a la indebida aplicación de las Reglas de La Haya-Visby. Indebida Aplicación del Art. 1006 del Código de Comercio, como consecuencia de lo anterior. Falta de aplicación del Art. 248 del Código de Comercio, como consecuencia de lo anterior.-

Se sostiene, que la sentencia recurrida reconoce la existencia de las Decisiones 331 y 393 de la Comunidad Andina, que se refieren al transporte multimodal. Sin embargo, en el considerando SEPTIMO se

refiere a “la Decisión 393 MODIFICACION DE LA DECISION 331 “transpone marítimo multimodal” (sic), cuando en realidad es simplemente “transporte multimodal”. O sea, que interpreta erróneamente el alcance de esa Decisión. Y esa errónea interpretación del nombre de la Decisión 393 tiene como consecuencia la falta de aplicación de las normas de tal decisión. La Sentencia no puede alterar el nombre de una decisión del Acuerdo de Cartagena; desde aquí podemos partir para darnos cuenta de los múltiples errores contenidos en la sentencia. Esa aparentemente inocua inclusión del vocablo “marítimo”, tergiversa la aplicabilidad de la ley, y sirve como fundamento principal de la parte dispositiva de la sentencia.

La explicación es sencilla, multimodal es de muchos modos (aire, mar, tierra); marítimo multimodal es de muchos modos por mar (barco, lancha, submarino, tabla de surf) O sea, marítimo multimodal es meramente por mar. Las normas aplicables para cada caso (multimodal o marítimo) son distintas. De esta manera, pretendiendo que se trata de un transporte meramente marítimo, la sentencia recurrida incurre en aplicación indebida del Libro Tercero (del comercio marítimo) del Código de Comercio, específicamente, el Art. 1006, que dice: ‘Las acciones que proceden de las obligaciones de que trata el presente Libro, y que no tengan término señalado para prescribir, duraran cinco años’.

Sin embargo, el transporte no es meramente marítimo, porque mi representada recogió el contenedor en vehículo y lo llevó al puerto. Luego de entregarlo al barco, éste lo transporto fuera del país al puerto de Baltimore, en Estados Unidos, desde donde fue llevado en ferrocarril hasta New Berlín, desde donde fue llevado en carro hasta la bodega señalada, tal como consta en el proceso de pruebas aportadas por la actora. La propia actora más de una vez ha mencionado que por el tramo marítimo no tiene reclamo.

Hay dos realidades procesales, por tanto:

1. El transporte fue por múltiples modos: carro, ferrocarril y barco. Evidentemente multimodal.
2. La mercadería fue transportada desde un país miembro de la Comunidad Andina (Ecuador) hacia otro país, no miembro de la Comunidad Andina (Estados Unidos).

De conformidad con las normas de nuestra legislación interna (Código de Comercio), tratándose de transporte multimodal, no puede limitarse meramente al ámbito específico del transporte marítimo, sino que deben aplicarse las normas de prescripción relativas al transporte en general (Libro Segundo, Título y). Por lo tanto, la norma que correspondería aplicarse es la del Art. 248, numeral 4, ibídem, esto es: “La responsabilidad del porteador, por pérdidas, desfalcos o averías, se extingue: ... 4) Por la prescripción de seis meses en las expediciones realizadas dentro de la República y de un año en las dirigidas a territorio extranjero”.

No obstante, mayor jerarquía que el Código de Comercio tienen las Decisiones de la Comunidad Andina (Acuerdo de Cartagena). Me refiero específicamente las Decisiones 331 y 393, que en lo pertinente prescriben. Decisión 331, Art. 22: “Salvo acuerdo expreso en contrario, el Operador de Transporte Multimodal quedará exonerado de toda responsabilidad en virtud de lo dispuesto en la presente Decisión si no se entabla acción judicial a arbitral dentro de un plazo de nueve meses contados desde la entrega de las mercancías...”. Decisión 393 (modificatoria de la anterior), Art. 9: “El Operador de Transporte Multimodal será responsable de los daños y perjuicios resultantes de la pérdida o el deterioro de las mercancías, así como del retraso en la entrega, si el hecho que causó la

pérdida, el deterioro o el retraso en la entrega se produjo cuando las mercancías estaban bajo su custodia... No obstante, el Operador de Transporte Multimodal no será responsable de los daños y perjuicios resultantes del retraso en la entrega, a menos que el expedidor haya hecho una declaración de interés en la entrega dentro de un plazo determinado y esta haya sido aceptada por el Operador de Transporte Multimodal.”

Sin embargo, mediante la inclusión y utilización del vocablo “marítimo”, la sentencia tergiversa las condiciones del transporte multimodal para encasillarlo en el transporte meramente marítimo. Así, se fundamenta en las Reglas de La Haya y Visby, esto es, la Convención Internacional para la Unificación de ciertas reglas de ley en materia de Conocimientos, adoptado en Bruselas, el 25 de agosto de 1924 y ratificado por el Ecuador el 23 de Marzo de 1977 (conocida como las Reglas de La Haya o “Hague Rules”, y el Protocolo que enmienda la Convención para la Unificación de Ciertas reglas de Ley en relación a las Cartas de Porte (conocida como las Reglas Visby o “Visby Rules” adoptada en Bruselas el 23 de Febrero de 1968 y ratificada por el Ecuador el 23 de Marzo de 1977. (incluyendo la fe de erratas).

Sin embargo, en forma improcedente, la sentencia declara que no aplica la fe de erratas, publicada en el Registro Oficial N° 881 de 9 de febrero de 1996, y endilga a mi representada la calidad de TERCERO.

Es importante destacar que el inciso cuarto del numeral 6 del Art. 3 de la Convención (Reglas de la Haya) establece: “En todo caso, el transportador y el buque estarían eximidos de toda responsabilidad por pérdidas o daños a no ser que se entable una acción dentro de un plazo de un año a partir de la entrega de las mercaderías o de la fecha en que hubieren debido ser entregadas.” Mientras, el Protocolo Modificatorio (Reglas Visby) dispuso que “En el Art. 3 se agregará después del parágrafo 6 el siguiente

parágrafo 6 bis: ‘Las acciones indemnizatorias podrán ser ejercidas aun después de la expiración del período previsto en el parágrafo precedente si son entabladas dentro del período determinado por la ley del tribunal interviniente.’”

Tiempo después se verificó la existencia de un error al momento de publicación de la disposición del Protocolo Modificadorio. Con fecha 19 de Octubre de 1995, la Cancillería del Ecuador mediante el oficio N° 20738-20/95-DGT dirigido al Director del Registro Oficial le hace conocer que “revisado el texto de esta traducción, se ha detectado que en el artículo primero, numeral 3, luego de la frase ‘las acciones indemnizatorias’ no consta la frase ‘contra terceros’, tal cual reza en su original en inglés y en francés.-” Por lo cual se realizó la publicación de la Fe de Erratas en el R.O. 881 de 9 de febrero de 1996. Con esto se aclara, que las mismas Reglas de La Haya-Visby ratifican el tiempo de prescripción de un año, con la salvedad de reclamos de terceros, los cuales se basan en la ley del Tribunal interviniente.

El error de la sentencia es evidente al calificar a mi representada como TERCERO, y al desconocer que se trata de TRANSPORTE MULTIMODAL.

Por otro lado, la sentencia manifiesta que “el propio Art. 27 de la Decisión 311 advierte que las disposiciones provenientes de convenios internacionales aplicables al contrato de Transporte Multimodal prevalecerán sobre lo dispuesto en la presente Decisión” (refiriéndose a la Decisión 311 de la Comunidad Andina)

De esta manera, pretendiendo que el transporte es meramente marítimo, seguidamente la sentencia expresa que “si bien constituyen normativa comunitaria no puede aplicarse sobre otros convenios de carácter supranacional” (refiriéndose a las Reglas de La Haya y Visby)”, mediante lo

cual (reitero, utilizando el vocablo “marítimo”) pretende desconocer las decisiones 331 y 393 del Acuerdo de Cartagena, que son las aplicables.

Curiosamente, inmediatamente después de desconocer la aplicabilidad de la Decisión 331, la sentencia señala un requisito para “ejercer la actividad de Operador de Transporte Multimodal conforme el Art 29 de la propia decisión” (sic). O sea, la 331 no es aplicable, pero hay que cumplir sus requisitos. (!!!)

La sentencia también altera el contenido del referido Art. 29, agregándole la frase “y acogerse a los beneficios de las decisiones”. Una vez más, la sentencia tergiversa las normas, negando a mi representada el derecho a acogerse a esta norma supranacional que aparte de todo lo indicado reconoce limitaciones a las responsabilidades de los transportistas y sus agentes, como también lo hacen las Reglas de La Haya y Visby

Cabe indicar que, pese a que las Decisiones del Acuerdo de Cartagena establecen una prescripción de 9 meses, el conocimiento de embarque amplía el tiempo de prescripción a un año siendo este tiempo el aplicable, por lo tanto.

Con esta explicación, resulta interesante observar cómo la sentencia recurrida ha utilizado e indebidamente insertado el vocablo “marítimo”. Para esto se requiere solamente observar el texto del considerando SÉPTIMO (nos permitimos reproducirlo en el anexo 1 de este escrito)

La sentencia recurrida no lo menciona, pero el texto anteriormente señalado es impresionantemente similar al texto del Fallo de Casación de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia dentro del juicio verbal sumario número 330-2003 seguido por el Dr. Miguel Macías Carmigniani en su calidad de Procurador Judicial de la

Compañía Ny. ALGEMEENE VERZEKERING MAATSCHPAPPIJ “DILIGENTIA VAN 1890” Sociedad Holandesa establecida en Ámsterdam contra Transportes Navieros Ecuatorianos Transnave.

Al efecto, en el anexo 1 de este escrito reproducimos el indicado texto.

Para que las tergiversaciones de la sentencia no nos engañen, es preciso destacar que en la primera línea de ambas sentencias se indica de modo manifiesto que se trata del caso de un “tercero responsable”.

Consta claramente en el proceso, y en la misma sentencia recurrida, la declaración de las relaciones comerciales directas de la parte actora con la parte demandada. Por lo tanto mi representada NO ES UN TERCERO, por lo cual el caso actual no es el mismo al anterior, como para que amerite una transcripción de la sentencia. Aquí es donde radica la aplicación indebida de normas de derecho

El fallo de casación dentro de la causa seguida por ALGEMEENE VERZEKERING MAATSCHPAPPIJ “DILIGENTIA VAN 1890 y TRANSNAVE”, cuyo texto ha sido reproducido parcialmente en la sentencia recurrida, se refiere a un caso de UN TERCERO, una empresa que se ha subrogado en los derechos, y asimismo se refiere a un caso de no retroactividad de las leyes. En resumen, para ese caso no se aplicó la Fe de Erratas, en virtud de que había entrado en vigencia posterior al tema en cuestión, y que es mencionada en ambos fallos. (ésta no es la situación del presente caso)

En consecuencia, la normativa de Derecho que debió aplicarse es la contenida en las disposiciones de la Decisión 331 de Transporte Multimodal de la Comunidad Andina.

El artículo 2 a) y b), de dicha Decisión dice:

“AMBITO DE APLICACIÓN Artículo 2.- La presente Decisión se aplica a los Contratos de Transporte Multimodal, siempre que:

a) El lugar estipulado en el Contrato de Transporte Multimodal en el que el Operador de Transporte Multimodal haya de tomar las mercancías bajo su custodia, esté situado en un País Miembro, o

b) El lugar estipulado en el Contrato de Transporte Multimodal en el que el Operador de Transporte Multimodal haya de hacer entrega de las mercancías que se encuentran bajo su custodia, esté situado en un País Miembro.

Asimismo, se aplica a todos los Operadores de Transporte Multimodal que operen entre Países Miembros o desde un País Miembro hacia terceros países y viceversa.

Las disposiciones de la presente Decisión no implican, bajo ninguna circunstancia, restricción alguna a las facilidades que los países se hayan otorgado o se otorguen entre sí, mediante acuerdos o tratados bilaterales o multilaterales.”

Concluimos advirtiendo que, pese a que la normativa citada expresamente establece que “se aplica a todos los Operadores de Transporte Multimodal que operen desde un País Miembro (Ecuador) hacia terceros países (Estados Unidos)”, la sentencia se fundamenta en que:

”... porque el ámbito de aplicación de la decisión y su modificación se produce siempre que el lugar en donde reciba y entregue el operador de transporte las mercaderías esté situado en un País miembro; situación que no se produce pues, los EEUU, país de entrega de los bienes exportados, no forma parte del acuerdo andino...”

Así, en la sentencia se incurre en errónea interpretación de normas de derecho, que han sido determinantes de su parte dispositiva.

Igualmente, se ha incurrido en falta de aplicación del Art. 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que prescribe:

“Artículo 4 -. Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.”

Aquí cabe una aclaración para que no quepa lugar a confusión. Bajo ningún concepto alegamos errónea interpretación, falta de aplicación y aplicación indebida de una misma norma a la vez, porque eso sería imposible. Lo que señalamos es que la errónea interpretación del nombre de la Decisión 331, hizo que se deje de aplicar el Art. 22 de la Decisión 331 y el Art. 9 de la Decisión 393 de la Comunidad Andina; y en su lugar se incurra en la indebida aplicación de las Reglas de La Haya-Visby

EL RECURSO DE CASACIÓN

El recurso de casación se establece, como instrumento para la creación de jurisprudencia, con el fin de conseguir la unidad interpretativa del ordenamiento jurídico, en aras de la certeza de las normas y de la seguridad de su conocimiento que al tiempo -como respuesta judicial- satisfaga el derecho a la igualdad de todas y todos los ciudadanos en la aplicación de la ley. La Casación se estableció como lo señala el tratadista Piero Calamandrei, *“para asegurar en el Estado la uniformidad de la jurisprudencia y, por consiguiente, la unidad y la igualdad del derecho objetivo, a través de la revisión y de la selección de las diversas*

interpretaciones de una misma norma jurídica(...)”¹. Por tanto es un medio de impugnación extraordinario y formal, tendiente a la anulación de la sentencia de instancia recurrida, su extraordinariedad exige el cumplimiento de determinados requisitos, los cuales constituyen limitaciones que se imponen para su acceso, ya que no todo es casable, existen motivos o causas prestablecidas por los cuales se puede recurrir en casación; en nuestra legislación los regula este recurso, la Ley de Casación, la cual en el artículo 3 establece las causales por las cuales procede. En tal sentido la fundamentación debe ser precisa, clara y concreta, que permita al Tribunal de Casación la verificación de la legalidad del fallo impugnado, dentro de los límites establecidos por el casacionista; en tal sentido la jurisprudencia colombiana ha señalado: *“La naturaleza excepcional, extraordinaria y eminentemente dispositiva del recurso de casación, comporta en la normatividad procesal civil una especial atención por parte del legislador a los requisitos formales de la demanda que lo sustenta, de tal forma que su admisión a trámite despunta vedada en el evento de obviar el recurrente las exigencias estatuidas. Es así como entre los requisitos del libelo impugnatorio, resultan en extremo relevantes para el asunto que ocupa la atención de la Corporación, los contenidos en el numeral 3° del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, con arreglo al cual para la admisión de la demanda han de exponerse ‘los fundamentos de cada acusación en forma clara y precisa’, pues la propia naturaleza del medio de impugnación impone a la Corte el moverse sólo dentro de los estrictos límites demarcados por la censura...”*². Al referir a los fines de la casación, es importante y de utilidad, remitirnos a lo posición doctrinaria que Miguel Fenech recoge de una ejecutoria de la Corte Suprema de Justicia de España, que señala: *“... El instituto de la Casación tiene como fin primordial establecer una doctrina jurídica que no solo sea aplicable al*

¹ Recurso de Casación Civil, Humberto Murcia Ballén, Sexta Edición, Pag. 77.

² Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Auto de 19 de enero de 2009, exp. 00192, reiterado en auto de 18 de diciembre del mismo año, exp. 07634.

caso concreto, sino que sirva de enseñanza para la solución de casos posteriores...”.³, este criterio ratifica los fines del recurso de casación, la unificación de la jurisprudencia y la corrección de los yerros de derecho en que incurren los juzgadores al emitir sentencia. El recurso de casación tiene además una función de justicia, ya que al corregir los errores de derecho se restablece el orden y la paz social, al respecto la doctrina coincidentemente se ha pronunciado en los siguientes términos: “...es un remedio procesal extraordinario que procede contra resoluciones judiciales definitivas (en el sentido que pone término al litigio) con el objeto de anularlas de dejarlas sin efecto por haber sido dictadas con infracción del derecho positivo o de la doctrina jurisprudencial establecida (cómo prevé la legislación peruana) restableciendo la vigencia del derecho...”⁴.

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

PRIMERO: Entendido el recurso de casación en los términos señalados, corresponde a este Tribunal de Casación, analizar los agravios que el recurrente considera, se ha incurrido en la sentencia impugnada, por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

Tiene lugar la causal primera cuando existe violación a la Ley ya sea por “*Aplicación Indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes en su parte dispositiva*”, de ahí que el recurrente al fundamentar su recurso por la causal primera se centra en:

³ Fenech Miguel, “Doctrina Procesal Civil del Tribunal Supremo”, Volumen VI, Aguilar, S.A. de Ediciones, Madrid, 1969, pág. 12875.

⁴ CARRION LUGO, Jorge, “El recurso de Casación en el Perú”, Doctrina –Legislación –Jurisprudencia”, Ed. Grijley, Lima, 1er Ed. , 1997, pág. 6

La aplicación indebida de la ley lleva consigo la aplicación de la ley en una forma contraria a la que debe hacerse conforme derecho, es decir hacer un mal empleo de la ley o de sus principios, aplicando indebidamente la ley sustantiva.

El recurrente sostiene la aplicación indebida de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que la sentencia recurrida señala que la materia de la causa, se encuentra regulada por dicho cuerpo normativo, al tratarse de una relación jurídica entre proveedores y consumidores de conformidad a lo establecido en el Artículo 1 de la ley Orgánica de Defensa al Consumidor.

No obstante se debe recordar que la aplicación indebida tiene lugar como lo señala el tratadista Galo Pico, cuando pese a que la norma legal es clara se producen uno de estos motivos: “ 1) porque se aplica a un hecho debidamente probado, cuestión que el tribunal reconoce y el recurrente no discute en ese cargo, pero no regulado por esa norma, 2) porque se aplica a un hecho probado y regulado por ella, haciéndose producir los efectos contemplados en tal norma en su totalidad, cuando apenas era pertinente su aplicación parcial; 3) porque se aplica a un hecho probado y regulado por ella, pero haciéndole producir efectos que en esa norma no se contemplan o deduciendo derechos u obligaciones que no se consagran en ella, sin exponer una errada interpretación del texto (pues de lo contrario se trataría del tercer modo de violación directa)”⁵;

Es decir, que al encontrarse probado en el presente caso que la demanda planteada se fundamenta en los daños y perjuicios ocasionados por el retraso en la transportación y desaduanización de un contenedor de productos de exportación de EXPROPALM S.A. tal como lo señala el propio

⁵ Manual de Casación en Materia Civil, Luis Vinicio Cueva Coronel , 2006.

actor al establecer que: *“hasta este momento la carga ya tenía más de un mes de retraso en la desaduanización ofrecida por la demandada Danzas Air & Ocean, motivo por el cual nuestro cliente final Kehe Foods, se estaba comenzando a molestar ya que tenía asignadas perchas y códigos de barra para nuestro productos que debieron haber llegado a sus bodegas un mes atrás..”*,

Así como las consideraciones a las que llega el Tribunal Ad quem, que establecen que: *“según la comunicación y certificaciones que obran de fs. 311,312,313 y 314, debidamente legalizadas ante notario, se desprende que el incumplimiento de DHL a su obligación de traslado y desaduanización de la carga en los tiempos previstos, privaron a Exporpal de continuar vendiendo sus productos a Kehe Foods en las perchas de los nueve mil Supermercados de Kehe Foods”*, resulta impropio pensar que la relación entre actor y demandado pueda ser considerada dentro del ámbito regulado por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, tanto más cuanto que conforme lo previsto en el artículo 1 del reglamento a dicha ley: *“no serán consideradas consumidores aquellas personas naturales o jurídicas que adquieran, utilicen o reciban ofertas de bienes o servicios para emplearlos en la explotación de actividades económicas con fines de lucro o en beneficios de sus clientes o de terceros a quienes ofrezcan bienes o servicios”*, tal como es propio de la obligación de traslado y desaduanización de la carga al que hace referencia el recurrente.

Lo analizado por tanto recae en la aplicación indebida por parte del Tribunal Ad quem en la parte dispositiva de las Disposiciones Contenidas en el artículo 2, 42 y 43 de la Ley de Defensa al Consumidor, por tratarse de una relación comercial que como queda probado en el expediente llevó consigo la obligación de traslado y desaduanización de carga destinada para la explotación de actividades económicas con fines de lucro, en

beneficio de sus clientes o de terceros y que de hecho fundamentan el perjuicio alegado por el actor.

La decisión 331 del Acuerdo de Cartagena en su artículo 22 regula:

“Salvo acuerdo expreso en contrario, el Operador de Transporte Multimodal quedará exonerado de toda responsabilidad en virtud de lo dispuesto en la presente Decisión si no se entabla acción judicial a arbitral dentro de un plazo de nueve meses contados desde la entrega de las mercancías...”

No obstante, el recurrente fundamenta que la sentencia impugnada tergiversa la utilización e inclusión del vocablo marítimo dentro de las condiciones del Transporte multimodal, siendo las normas aplicables para cada caso distintas y desconocer que en el presente caso se trata de Transporte Multimodal.

Como consta de fojas 266 , dentro del considerando segundo de la sentencia emitida por el Tribunal Ad quem, los servicios prestados por DHL DANZAS AIR & OCEAN S.A. a EXPROPALM S.A incluyeron no sólo el flete marítimo desde el puerto de Guayaquil a Baltimore sino también la desaduanización y transporte de mercadería a las bodegas contratadas por la compañía IC Foodsen en el estado de Milwaukee, lo que supone que los servicios contratados no son netamente de transporte marítimo de mercadería, pues al contemplarse más de un modo de transporte como es el caso (marítimo y terrestre) estamos frente a un contrato de transporte multimodal, como así lo define la Decisión del Acuerdo de Cartagena 331 publicada en el Registro Oficial 161 de fecha 2 de abril de 1993 que en su artículo 1 dice:

“Transporte Multimodal.- El porte de mercancías por dos modos diferentes de transporte por lo menos, en virtud de un único Contrato de Transporte Multimodal, desde un lugar en que el Operador de Transporte Multimodal

toma las mercancías bajo su custodia hasta otro lugar designado para su entrega.”

En consecuencia, si bien el recurrente yerra al fundamentar la violación de la ley de dos formas diferentes para el mismo caso, al señalar la errónea interpretación y falta de aplicación de la decisión 331, que como lo señala el jurista Luis Cueva son casos incompatibles con una misma norma, pues la aplicación indebida y falta de aplicación se refieren a la aplicación de las normas ya sea en forma indebida o ignorando su existencia; contrario a la errónea interpretación que no alude a la aplicación misma de las normas de derecho, sino a la labor técnica que debe realizar todo juzgador previamente o durante la aplicación de las normas, trabajo técnico que está constituido a saber del jurista, por la interpretación de la ley, dominio de la lógica jurídica, epistemología jurídica entre otras técnicas, lo que demuestra que el Tribunal Ad quem, interpretó erróneamente el ámbito de aplicación de la Decisión 331, por tratarse de un contrato de transporte multimodal,

Concomitantemente con lo establecido en la Decisión 331, el recurrente fundamenta adicionalmente que la sentencia pretende desconocer la Decisión 393 del Acuerdo de Cartagena que señala:

Art. 9: “El Operador de Transporte Multimodal será responsable de los daños y perjuicios resultantes de la pérdida o el deterioro de las mercancías, así como del retraso en la entrega, si el hecho que causó la pérdida, el deterioro o el retraso en la entrega se produjo cuando las mercancías estaban bajo su custodia(...).

No obstante, el Operador de Transporte Multimodal no será responsable de los daños y perjuicios resultantes del retraso en la entrega, a menos que el expedidor haya hecho una declaración de interés en la entrega dentro de un

plazo determinado y esta haya sido aceptada por el Operador de Transporte Multimodal.”

Con lo que, el recurrente sostiene que la sentencia impugnada niega el derecho de acogerse a esta norma supranacional al incluir el vocablo marítimo, que tergiversa la aplicación de dicha norma, la cual reconoce limitaciones a las responsabilidades de los transportistas y sus agentes así como ratifica la exoneración de las mismas por la prescripción del plazo estipulado en la Decisión.

De igual manera el recurrente fundamenta la errónea interpretación de las Reglas Haya y Visby que fundamentan la sentencia impugnada, al desconocer en ésta, que dichas reglas ratifican el tiempo de prescripción de un año, con la salvedad de reclamos de terceros, los cuales se basan en la ley del tribunal interviniente. Por tanto resultaría improcedente que no se aplique la fe de erratas publicada en el Registro Oficial N.881 de 9 de febrero de 1996 y se endilgue la calidad de Tercero al recurrente

Al efecto cabe analizar que en la sentencia el Tribunal Ad quem sostiene erróneamente que las reglas aplicables para la prescripción de las acciones indemnizatorias aplicables son las contenidas en el Protocolo Modificadorio de la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos y no en la Convención modificada por dicho Protocolo, endilgando la calidad de tercero al demandado, lo cual resulta desacertado toda vez que del proceso así como del considerando octavo de la sentencia recurrida se desprende que la relación contractual es directa entre EXPORPALM S.A “cargador remitente o consignante” con DHL DANZAS AIR & OCEAN “porteador”, y quien contrajo la obligación de conducir las mercancías.

Por otro lado debe tomarse en cuenta el artículo 27 de la Decisión 311 referida, el que advierte: “las disposiciones provenientes de convenios internacionales aplicables al contrato de Transporte Multimodal prevalecerán sobre lo dispuesto en la Presente Decisión” , lo cual debió ser tomado en cuenta por parte del Tribunal Ad quem toda vez que la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos establece que :

“Bajo reserva de las disposiciones del párrafo 6 bis, el transportador y el buque quedarán en todo caso liberados de toda responsabilidad relativa a las mercaderías, a menos que se haya intentado una acción dentro del año posterior a su entrega o de la fecha en la que debieron haber (sic) sido entregadas...”.

Por lo que no teniendo el demandado la calidad de tercero, se interpreta erróneamente por parte del Tribunal Ad quem el alcance del numeral 6 y 6 bis del artículo 3 de la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos puesto que no podía pretenderse que el período previsto para entablar las acciones indemnizatorias aplicadas ante terceros sea el determinado por la ley del tribunal interviniente y menos aún advertir que el sentido y alcance de la aplicación del artículo 1006 del Código de Comercio (ley del tribunal interviniente), refiera o fije el tiempo para que opere la prescripción en el presente caso.

Debe recordarse por tanto, que aplicar indebidamente la ley implica no solo aplicar mal la ley o hacer un mal empleo de ella sino aplicarla contra lo establecido por el derecho material.

Las normas de prescripción relativas al transporte en general contenidas en el artículo 248 del Código de comercio son claras al determinar en el

numeral 4 que: *“La responsabilidad del porteador, por pérdidas, desfalco o averías, se extingue:*

4.- Por la prescripción de seis meses en las expediciones realizadas dentro de la República, y de un año en las dirigidas a territorio extranjero. En caso de pérdida, la prescripción principiará a correr desde el día en que debieron ser entregadas las mercaderías y, en el de avería, desde la fecha de entrega.

Es decir, que la ley si determina y señala el tiempo para prescribir del Contrato de transporte multimodal, por lo que se debe señalar que sobre la base de las reglas de la interpretación jurídica hay que atender al espíritu normativo para conocer el verdadero sentido y determinar su alcance o eficacia general o como en este caso de manera particular.

Sin embargo de lo expuesto, para mejor ilustración, es necesario dejar claro cuando hay lugar a la casación, por la causal primera, lo cual a continuación se deja expresa constancia.

SEGUNDO: La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, alegada por el recurrente, tiene lugar cuando exista, aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva; por tanto, para que la casación basada en esta causal pueda prosperar, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: 1. Que la violación corresponda a una “norma de derecho”, esto es a una norma sustantiva porque para la adjetiva corresponde la causal segunda; 2. Que la infracción de la norma de derecho se produzca por uno de los tres modos que reconoce la ley: a) aplicación indebida, constituida por la elección incorrecta de la norma; b) falta de aplicación, producida por el empleo de una norma impertinente o

extraña al caso; y, c) errónea interpretación, ocasionada por atribuir a la norma en cuestión un significado que no le corresponde; y 3. Que la infracción, en cualquiera de sus tres modos, haya sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia, es decir para que el juzgador pueda concluir en uno u otro sentido.

En efecto, *“lo que trata de proteger esta causal es la esencia y contenido de la norma de derecho que son las que constan en cualquier código o ley vigente”* (Res.570-97, R. O.332 de 21/5/98); al respecto el tratadista Humberto Murcia Ballén al referirse a una disposición similar del Código de Procedimiento Civil de Colombia, dice que el *“...concepto norma de derecho es más genérico que el de ley; consiguientemente, la causal primera permite que ingrese a ella o mejor le da cabida a la violación de toda regla de derecho positivo de carácter nacional, que sea atributiva de derechos subjetivos; y no solamente a las leyes expedidas por el legislador ordinario o el extraordinario. /En efecto, resulta mucho más adecuado al fin de la casación decir norma de derecho, que ley, porque dentro de aquella se incluyen, como corresponde dada la amplitud de su contenido, no solo la ley ordinaria, sino también la extraordinaria y aún la norma constitucional, a más de los preceptos consuetudinarios que sin estar escritos si forman parte del derecho positivo del país./ De ahí que, a más de las leyes sustanciales expedidas por el Congreso de la República, como legislador ordinario que es; (...) y finalmente de los llamados ‘reglamentos constitucionales autónomos’ que en ciertos supuestos dicta el Presidente de la República (...), por ejemplo, la causal primera de casación permita restaurar los derechos consagrados por la costumbre quebrantada, como también los que se derivan de las reglas generales de derecho.”* (Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Edit. Librería El Foro de la Justicia, Bogotá, 1983, p. 268).

DECISIÓN

Por lo expuesto, este Tribunal de Casación, de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, CASA** la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, y Materias residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 5 de marzo del 2012, y providencia de 14 de diciembre de 2012, y en su lugar declara prescrita la acción para el demandante, en consecuencia rechaza la demanda planteada por EXPROPALM S.A en contra de DHL DANZAS AIR & OCEAN S.A. sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.- Dr. Paúl Iñiguez Ríos (P); Dr. Wilson Andino Reinoso; Dr. Eduardo Bermúdez Coronel; Jueces Nacionales; y Ab. Gina Navas Carrera, Secretaria Relatora (E) que Certifica.”

RAZON: Siento por tal que las copias que anteceden son iguales a sus originales.- Quito, a 22 de enero de 2014.

Ab. Gina Navas Carrera.

SECRETARIA RELATORA (E). DE LA SALA DE LO CIVIL Y
MERCANTIL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIÓN No. 14-2014

Juez Ponente: Dr. Paul Iñiguez Ríos

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA.- Quito, a 13 de marzo de 2014; las 08h00.-

VISTOS: A fojas 50 y 53 de este cuaderno de casación, comparece Dra. LORENA VANESSA GRILLO JARRIN, solicita aclaración del fallo dictado por esta Sala el 22 de enero de 2014, a las 11h00. Para resolver la petición de aclaración de la peticionaria, de la sentencia dictada por esta Sala, se considera lo siguiente: **PRIMERO.-** Con respecto a esta solicitud, es menester señalar que, el Art. 281 del Código de Procedimiento Civil, dice: “El juez que dictó sentencia no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso...” por lo que cabe mencionar que la sentencia dictada por este Tribunal de Casación, ha hecho el control de legalidad al que está facultado por la Ley de la materia, ciñéndose estrictamente a la naturaleza extraordinaria, limitada y de puro derecho del recurso de casación.- **SEGUNDO.-** Además, el Art. 282 de la codificación 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 ...”. La aclaración y la ampliación, son consideradas como recursos horizontales cuyas motivaciones difieren entre sí. Así, la aclaración cabe cuando la sentencia es oscura y, la ampliación, cuando no se han resuelto los puntos controvertidos. En la especie, la Sala resuelve la causa en estricto derecho; la sentencia es clara y precisa; y, resuelve todos los puntos propuestos en el recurso de casación y en la litis, motivo por el cual se desecha por improcedente la aclaración solicitada por la parte actora. Notifíquese. f) Dr. Paul Iñiguez Ríos; Dr. Wilson Andino Reinoso; Dr. Eduardo Bermúdez Coronel; Jueces Nacionales y Dra. Lucía Toledo Puebla.”

RAZON: sienta por tal que las copias que anteceden son iguales a sus originales.- Quito, a 13 de marzo de 2014

Dra. Lucía Toledo Puebla
SECRETARIA RELATORA