

AUTO DE INHIBICION DICTADO POR EL DOCTOR MIGUEL MACIAS HURTADO, PRESIDENTE SUBROGANTE DE LA CORTE SUPREMA, Y EN EL CUAL SE ANALIZAN TEMAS CIVILES, MERCANTILES Y PENALES.

VISTOS: ANTECEDENTES: El 19 de abril de 1993 el señor, gerente general de Oro, presenta acusación particular contra los señores doctores, conjuer de la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia y conjuer de la Tercera Sala de la Corte Suprema, llamado a integrar la Segunda Sala por excusa del conjuer de ésta doctor, acusándolos de haber cometido el delito de prevaricato al dictar en el juicio verbal sumario N° (numeración correspondiente a la entonces Segunda Sala de la Corte Suprema), sentencia en la que "se declara la nulidad del contrato celebrado el 19 de noviembre de 1986 entre la compañía Oro y la Sociedad en Predios Rústicos y suscrito como presidente de la compañía Oro y por el presidente de la Sociedad en Predios Rústicos, cuyas firmas y rúbricas han sido reconocidas el 26 de diciembre de 1986 ante el Juez Tercero de lo Civil de El Oro con sede en Machala y, consecuentemente, se declara improcedente la demanda que origina la presente, dejándose, por lo mismo, sin efecto las sentencias de primera y segunda instancias". El indicado contrato versaba sobre compraventa de cajas de banano y la anulación fue fundamentada en el criterio que el señor contrató consigo mismo, pues siendo representante legal de Oro celebró el referido contrato representando también a la Sociedad en Predios Rústicos, acto prohibido por el Art. 303 de la Ley de Compañías. Hace el acusador presente que el conjuer de la Segunda Sala salvó su voto por considerar convalidado el contrato; y solicita imponer a los acusados "el máximo de la pena contemplada en la disposición del Art. 277 del Código Penal", y también, "en aplicación del Art. 200 del C. de P. Penal que el juez dicte en el autocabeza de proceso orden de prisión preventiva y medidas cautelares que aseguren el pago de perjuicios que fija en 2'986.200,00 dólares, más intereses y costas". Adjunta copia certificada de la sentencia y el voto salvado. **CONSIDERACIONES: PRIMERO.-** De las cláusulas relativas al **plazo y al ritmo de la**

entrega de las cajas de racimos de banano o bananas, mencionadas en la sentencia, el voto salvado y los alegatos presentados, se desprende que se trata en rigor de un contrato de venta por suministro mediante el cual la Sociedad en Predios Rústicos se compromete desde el 19 de noviembre de 1986 hasta el 31 de diciembre de 1991, a entregar semanalmente, a los buques que determine Oro millares de cajas de distinto tipo para que ésta los exporte y venda a terceras personas. Aparecen pues en la operación todos los elementos que exige el apartado 1 del Art. 3 del Código de Comercio para considerar esa venta por suministro de naturaleza mercantil, a saber: compra de bienes muebles, ánimo de reventa e intención de lucrar. SEGUNDO.- Conviene remarcar que el suministro es una variedad del contrato de compraventa de bienes muebles, si se revende las cosas en la misma forma o en otra distinta; pero si la transformación es substancial debe calificárselo como acto mercantil debido a que su producción en serie emana de la actividad de una empresa, hipótesis acogida por el apartado 4 del Art. 3 del Código de Comercio ecuatoriano, sujeto en lo pertinente a las normas del contrato de compraventa mercantil. Se considera el suministro variante o especialidad del contrato de compraventa, por ser el suministro un contrato que engendra obligaciones duraderas para las partes, aspecto que se contrapone con la compraventa cuya ejecución es instantánea. La diferencia -como enseña GARRIGUES, Dic-támenes, tomo II- entre el contrato de suministro, típico ejemplo del contrato de duración y los contratos de ejecución instantánea difieren en la diversa función que cumple el tiempo en las relaciones jurídicas. "En los contratos de ejecución instantánea, el interés del contratante está en que la prestación se realiza en un momento determinado, y solo cuando así ocurre aquel interés queda satisfecho. En los contratos llamados de duración el interés de los contratantes reside en que la prestación se prolongue a lo largo del tiempo, precisamente porque esa prestación responde una necesidad estable. En el segundo caso, la duración del cumplimiento incide en la causa del contrato, de tal suerte que éste no cumple su función económica si su ejecución no se prolonga en el tiempo". "La causa en los contratos de duración no consiste en asegurar a las partes una prestación única, aunque realizada en momentos diversos, sino en asegurar por cierto tiempo varias relaciones o una prestación continua". Las obligaciones fundamentales son las mismas en el contrato de compraventa y en el de suministro. La diferencia aparece clara siempre que en el de compraventa el pago corresponda a una entrega única del bien comprado, ya que lo característico del suministro es que tal Obligación no se cumple en un acto, sino a lo largo del tiempo en entregas periódicas continuadas. "Pero la

cuestión se complica cuando se trata de una compraventa de una cosa genérica en que la obligación de entrega del vendedor se realiza parcialmente en entregas repartidas a lo largo del tiempo. Aún en este caso la diferencia subsiste, porque en el caso de venta con entregas repartidas, la prestación es única, aunque su ejecución se fracciona en el tiempo, mientras que en el suministro no hay una prestación única, sino varias prestaciones autónomas ligadas entre sí, de tal suerte que lo importante no es tanto la suma de las prestaciones como las prestaciones aisladas que se reiteran a lo largo del tiempo pactado. Mientras en las ventas con entregas repartidas hay una sola obligación y una sola prestación, aunque esta se divida en partes en el momento de su ejecución, en el suministro hay una pluralidad de obligaciones autónomas, que se corresponden con una pluralidad de obligaciones derivadas de todo un contrato único". El precio del suministro, en el caso que ahora considero, está establecido con referencia a cada prestación aislada, por lo que puede decirse que cada prestación, conceptuada en sí mismo, es un acto de venta. TERCERO.- Como el contrato de suministro da origen a una serie de prestaciones recíprocas e independientes -aunque el contrato sea único- su incumplimiento no afecta a las ya realizadas, a esta idea responde el inciso segundo del Art. 200 del Código de Comercio, cuando dice: "Pero si el comprador aceptare las entregas parciales, la venta se tendrá por consumada en cuanto a las porciones recibidas, aun cuando el vendedor no le entregue las restantes". Para obtener la resolución del contrato base es preciso que el incumplimiento sea tal que disminuya razonablemente la confianza de la contraparte en la exactitud de los cumplimientos futuros. CUARTA.- La sentencia dictada por los señores conjuces el 31 de julio de 1992, en el juicio seguido por el señor a nombre de contra la Sociedad en Predios Rústicos, declara la nulidad absoluta y por tanto, insanable del contrato de venta por suministro de bananos celebrado entre Oro, representada en ese acto por el señor y la Sociedad en Predios Rústicos, representada por el señor, fundada en la premisa que el señor era al momento de celebrarse tal contrato representante legal de las dos compañías contratantes, y **que** como el Art. 303 de la Ley de Compañías prohíbe a los administradores celebrar contratos con su administrada, la actuación del señor violó **la** citada prohibición y anula absolutamente al tenor del Art. 9 del Código Civil, (que establece la nulidad de los actos prohibidos por la ley) el contrato precisado anteriormente. De otro lado, la acusación **particular** se basa en la tesis que los señores conjuces cometieron prevaricato al declarar nulo, por la causa antedicha, el contrato tantas veces mencionado, pues la nulidad de que adoleció fue relativa y quedó saneada por **volun-**

tad de los contratantes como sostiene el conjuer autor del voto salvado. QUINTO.- Ahora bien, en opinión del suscrito Presidente Subrogante de la Corte Suprema no debió ser declarado nulo por las razones invocadas en la sentencia: a) porque el señor intervino únicamente como representante de la Sociedad en Predios Rústicos, por Oro compareció el señor; luego, no hubo pues contrato consigo mismo, la situación en que se hallaba **el señor**, de ser también representante de Oro, no afectó la eficacia del contrato, pues no actuó en nombre de la compañía compradora, sino de la **vendedora**, Sociedad en Predios Rústicos, y en el peor de los supuestos, si esta compañía no hubiese estado legalmente constituida hubiera tenido que responder, según el Art. 11 de la Ley de Compañías, el señor, como contraparte. El ilustre catedrático italiano, Francesco Messineo, consigna -en su Doctrina General del Contrato, tomo I- al respecto esta importante observación: "En principio el contrato consigo mismo es inadmisibile, y por consiguiente inválido. Por lo tanto, es una institución excepcional. Pero más que una razón técnica (unicidad en lugar de duplicidad de las declaraciones de voluntad), obsta a la admisión de la figura del **contrato consigo mismo**, la posibilidad de que el representante sacrifique el interés del representado, esto es, que se determine un conflicto (oposición) de intereses que se resuelva a beneficio del representante; y aquí se establecen incompatibilidades especiales que impiden la formación del contrato consigo mismo (Arts. 323, 378, 394, 1.471)". En el Ecuador, el Art. 303 de la Ley de Compañías -por la misma razón- prohíbe a los administradores efectuar determinados actos y operaciones, su inciso segundo, dice lo siguiente: "Le es prohibido también negociar o contratar por -cuenta propia directamente con la compañía que administra". Si ese inciso se interpreta con sumisión absoluta a la letra del texto, los administradores no pueden negociar ni contratar con la compañía administrada y, consecuentemente, los que lo hagan violando la indicada prohibición provocarán su nulidad, así se trate de contrato de mandato o de adhesión. Pero "si se lo explica tomando en consideración el elemento gramatical y el teleológico (como recomienda este juzgador en sus Instituciones de Derecho Mercantil Ecuatoriano, pág. 111) solo estará prohibido al administrador celebrar contratos con la compañía que administra cuando haya oposición de intereses entre él y ella, por ejemplo, en las compraventas que admitan discusión del precio, mas no en la que éste sea fijo para todos los compradores, como los pasajes de transporte aéreo. Como la declaración del Presidente de Oro y la conducta de esta parte contratante fue favorable a su vigencia, no pudo existir conflicto de intereses aun sí el señor hubiera actuado como Gerente de Oro; b) porque como dice

el conjuer doctor, en su voto salvado, a lo largo del tiempo ambas partes dieron por bien hecho el referido contrato, y el Art. 1739 del Código Civil expresa que: "La ratificación tácita es la ejecución voluntaria de la obligación contratada". Y consta de autos que el contrato de suministro se cumplió hasta marzo de 1990, y además que el 31 de agosto de 1988 se celebró un convenio tripartito, en el cual Sociedad en Predios Rústicos y Oro reconocieron implícitamente la validez del contrato de venta de bananos suscritos el 19 de noviembre de 1986. Lo manifestado no es obstáculo para opinar que jurídicamente nunca existió, podría decirse que nació muerto, debido a que los estatutos de Oro, en ese momento, exigían que para que hubiese declaración de su voluntad el presidente y el gerente debían actuar conjuntamente, y está comprobado que el señor gerente, jamás invocó en el documento ni en la suscripción tal calidad. Como estoy entre los que sostienen siguiendo al maestro chileno Claro Solar y a los colombianos Rodríguez Piñerez, Fernando Vélez, Valencia Zea y Pérez Vives, entre otros, que la falta de las condiciones esenciales genéricas de todo acto jurídico produce su inexistencia, y en mi concepto el texto del Código Civil ecuatoriano da paso a la inexistencia cuando en el Art. 1487, distingue entre las cosas que son en un contrato de su esencia, de su naturaleza y puramente accidentales y en el Art. 1775, declara que "no habrá venta", si las partes no convienen en el precio, creo que el referido contrato escrito nunca existió. Pero, ya se acepte la distinción entre inexistencia y nulidad o ya se esté -como Alessandri Rodríguez y Barros Errázuriz- en desacuerdo con esa tesis, por ser partidario de aquella que rechaza que el Código Civil dé cabida a la inexistencia manteniendo que esta se encuentra absorbida por la nulidad, es indudable que hubo ausencia del consentimiento de Oro, deficiencia insanable ante cualquiera de las dos posiciones doctrinales mencionadas anteriormente; mas, como para la validez del contrato de venta por suministro de cajas de banano no es necesario que ese conste por escrito para perfeccionarse, en el caso que me preocupa, debo juzgar que las partes con prescindencia del contrato celebrado el 19 de noviembre de 1986 (jurídicamente inexistente) dieron vida con su comportamiento -expresión de su consentimiento- a las estipulaciones contenidas en el contrato ineficaz, es decir, crearon un nuevo contrato; así lo evidencia no solo la conducta que observaron desde el primer embarque sino también el contrato tripartito celebrado el 31 de agosto de 1988, entre Oro, Sociedad en Predios Rústicos y la Compañía Bucaniera, representada por el señor. SEXTO.- De todo lo anterior se infiere que a juicio del suscrito los señores doctores no han cometido infracción y singularmente el delito de prevaricato al declarar la nulidad absoluta del

contrato de suministro identificado en los antecedentes, **pero sí un error legal**: declarar la nulidad basados en el Art. 303 de la Ley **de Compañías** y 9 del Código Civil, cuando la ineficacia del contrato se originaba' en la ausencia de consentimiento de una de las partes, elemento esencial para su existencia, omisión en la cual no reparó ninguno de los juzgadores. Pero este yerro es de apreciación de la ley, y no puede ser calificado de doloso, pues inclusive el acusador también ha cometido el mismo error. Como enseña el profesor argentino Ricardo C. Núñez (Tratado **de Derecho Penal**, tomo V, volumen 1 y 2) el solo hecho objetivo de una resolución contraria a la ley no constituye prevaricato, pues puede **ser fruto de una** opinión de buena fe que obedezca a desconocimiento, error o irreflexión. "Objetivamente, el prevaricato no se concilia con una disposición legal deducible implícitamente de una manera opinable". En síntesis, todo aquello que caiga dentro de los límites de la interpretación, no es prevaricato. "El delito -como enseña FONTAN BALESTRA (Tratado de Derecho Penal, tomo VII)- se comete cuando el juez sabe que resuelve en contra de la ley" Por lo expuesto, me inhibo de dictar autocabeza de proceso. Desde luego, esta decisión no afecta el derecho del acusador de iniciar, si se cree asistido del suficiente derecho, cualquier acción civil. Notifíquese.