

UNIVERSIDAD PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

POSTGRADO MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

TEMA: LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y EL RECURSO
SUBJETIVO O DE PLENA JURISDICCIÓN EN EL ECUADOR

AUTOR:

Dr. Fredy Fernando Gordón Ormaza

DIRECTOR:

Dr. Paúl Carrión González

Loja, 2010.

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Las ideas emitidas en el contenido final de la presente investigación son de exclusiva responsabilidad del autor.

Nombre del autor:

Dr. Fredy Fernando Gordón Ormaza

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, Fredy Fernando Gordón Ormaza, declaro conocer y aceptar la disposición del artículo 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: *“Forman parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero académico o institucional de la Universidad”*

Nombre del autor:

Dr. Fredy Fernando Gordón Ormaza

Dr. Paúl Carrión González

DOCENTE – DIRECTOR DE LA TESIS

CERTIFICA.

Que el presente trabajo de investigación, realizado por el estudiante Fredy Fernando Gordón Ormaza, ha sido cuidadosamente revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y forma establecidos por la Universidad Técnica Particular de Loja por lo que autorizo su presentación.

Loja, 4 de octubre de 2010.

AGRADECIMIENTO:

Yo, Fredy Fernando Gordón Ormaza, estudiante de la Maestría de Derecho Administrativo expreso mi sincero agradecimiento tanto a la Universidad Técnica Particular de Loja por darme la oportunidad para continuar adiestrándome en la difícil carrera del Derecho, otorgándome las herramientas pedagógicas y científicas necesarias para tal cometido, así como al maestro señor Dr. Paúl Carrión González, por dedicar buena parte de su tiempo en la elaboración de este trabajo.

DEDICATORIA

Que este trabajo sirva de ejemplo y guía para un estudiante que se prepara para esta difícil y a veces incomprensible profesión: mi hijo.

SUMARIO O ESQUEMA DE CONTENIDOS:

INTRODUCCION.

CAPÍTULO I.

1. Antecedentes históricos de la jurisdicción contencioso administrativa en el Ecuador;
2. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo como órgano especializado; y,
3. Actual ubicación de la justicia administrativa.

CAPÍTULO II.

1. El recurso subjetivo o de plena jurisdicción;
2. La acción de amparo constitucional y la acción de protección; y,
3. Diferencia entre el recurso subjetivo o de plena jurisdicción y la acción de protección.

CAPÍTULO III.

1. Principios generales de la jurisdicción contenciosa administrativa;
2. Principios generales de la jurisdicción constitucional; y,
3. Casos de improcedencia de la acción de protección previstos en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

CAPÍTULO IV.

1. Jurisprudencia del contencioso administrativo;

2. Jurisprudencia constitucional en materia de garantías jurisdiccionales; y,
3. Breve mirada al Derecho comparado sobre la temática.

CAPÍTULO V.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

INTRODUCCIÓN

La acción de amparo, actual acción de protección conforme el mandato constitucional previsto en la Constitución de la República, ha sido quizá desde su institucionalización en 1996, la acción constitucional de mayor relevancia en el quehacer jurídico Nacional, y precisamente por ello, su ejercicio ha provocado serios cuestionamientos especialmente desde la perspectiva ciudadana y el foro de estudiantes y profesionales del Derecho, que ha visto en esta Institución el origen de una serie de problemas originados en la mayoría de los casos por un supuesto y abusivo ejercicio; es decir, produciéndose una suerte de “tutelitis” o “amparitis”.

El abuso precisamente, ha sido originado muchas de las ocasiones por el desconocimiento de esta garantía jurisdiccional, de sus requisitos de procedencia y admisibilidad y especialmente de sus efectos, lo que ha llevado a la ciudadanía en general, a mirar en esta Institución el camino más rápido y eficaz para la solución de sus conflictos e intereses derivados del abuso de la administración pública, dejando de lado el accionar de otras instituciones del ordenamiento jurídico igualmente válidas, como es el caso del recurso Subjetivo o de Plena Jurisdicción que también pretende la defensa de los derechos de las personas desde la perspectiva de la legalidad.

En efecto, tradicionalmente, el proceso Contencioso Administrativo en el Ecuador ha constituido el mecanismo y la vía idónea para la solución de las controversias originadas en el ejercicio de la Administración Pública que por su acción u omisión comete arbitrariedades en contra de los administrados; no obstante, con la figura del amparo constitucional, actual “acción de protección”, figura jurídica novedosa llevó a no pocos a optar por la instancia constitucional antes que la vía Contenciosa Administrativa, pues resultaba de su interés, pues reducía costos, ahorra dinero y se obtenía resultados rápidos, asumiendo el riesgo en muchos de los casos de ser rechazadas las pretensiones por equivocación de la vía.

La Constitución de 2008, reemplaza la figura jurídica del “amparo constitucional” por la “Acción de Protección”, misma que rige actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, la cual comporta algunas variantes constitucionales y legales para su accionar que será también motivo de análisis y reflexión en el desarrollo de este estudio.

Sin duda, la creación de la acción de protección desde el 2008, no ha solucionado casi en nada la problemática de optar por una u otra vía, que planteaba el amparo respecto el recurso subjetivo o de plena jurisdicción; y por el contrario, daría la impresión, de que el problema tiende a agravarse si consideramos que el precedente constitucional o jurisprudencia de la actual Corte Constitucional en Transición arroja como veremos resultados preocupantes, pues en un índice muy elevado las partes litigantes y los mismos profesionales del Derecho optan por la “acción de protección”, cuando en realidad la problemática a resolverse es tema de estricta “legalidad”, máxime que, en la misma Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se exige como requisito la *“Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”*, convirtiendo a la acción constitucional en subsidiaria o residual, lo cual conlleva otra problemática, que también intentaremos descifrar a lo largo de este estudio.

Del mismo modo, asumo que la inexistencia de la “suspensión provisional del acto” en la jurisdicción contencioso administrativa, bien puede ser otra de las causales no menos importantes que ha conducido a los profesionales del Derecho y a los actores de un proceso a optar por la acción de protección como la alternativa inmediata de solución de controversias originadas por el abuso de la autoridad; pues, resulta difícil entender la razón por la cual, no se incluyó en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa la medida cautelar de suspensión provisional del acto prevista para la acción de protección, si consideramos que el recurso subjetivo o de plena jurisdicción pretende amparar derechos subjetivos, debiendo como es lógico, el actor esperar hasta que exista una resolución final que repare su derecho, con la evidente incertidumbre y perjuicio que entraña tal circunstancia.

En definitiva, la procedencia del recurso contencioso administrativo, o la procedencia de la acción de protección, son la razón y motivo que inspiran este trabajo académico. Durante el desarrollo se analizará la pertinencia de estas figuras jurídicas en los casos que corresponda.

Si de algún modo, este estudio aportan al interés de la colectividad involucrada con el quehacer jurídico particularmente administrativo, constitucional, tendré la satisfacción del deber cumplido y la certeza de que este trabajo no ha sido en vano.

Dr. Fredy Gordón Ormaza.

SUMARIO O ESQUEMA DE CONTENIDOS

CAPÍTULO I.

1. Antecedentes históricos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el Ecuador.

La jurisdicción contencioso administrativa, tal como lo expresa el prestigioso maestro Dr. Pablo Zambrano *"...es un orden constitucional que se encarga de controlar la correcta actuación de la Administración, con pleno sometimiento a la Ley y al derecho; así como de la resolución de los posibles conflictos entre la Administración y los ciudadanos, mediante la interposición de los correspondientes recursos por cualquier persona en defensa de sus derechos e intereses, cuando estos se hayan visto lesionados por la actuación o la inacción de la Administración"*¹

La escuela del derecho administrativo en el Ecuador, nace de las entrañas del derecho administrativo francés, mismo que se inicia precisamente con la conformación del Consejo de Estado de aquel país; y que a partir de la Ley 24 de mayo de 1872, Napoleón III, instituyó en dicho Consejo la potestad del contencioso administrativo, esto es, la facultad de conocer y resolver respecto de los actos de poder, dando de esta forma un gran salto de la justicia retenida, a la justicia delegada.

En nuestro país los primeros indicios de esta institución procedimental, lo encontramos en la Constitución de 1906, en cuyo artículo 98, numeral 9, se da la potestad al Consejo de Estado de conocer y decidir sobre los fallos del llamado Tribunal de Cuentas y posteriormente de las decisiones de la Contraloría General de la Nación.

¹ Zambrano Albuja, Pablo. Patrocinio Público-Texto Guía. Loja-Ecuador, pág. 55.

Posteriormente, La jurisdicción contencioso administrativa en el Ecuador, se consolida con la expedición de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por parte del Congreso Nacional de 1967, misma que fue publicada en el Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968, no fue muy extensa ya que constaba de setenta y nueve artículos más algunos innumerados que han sido incorporados progresivamente mediante reformas en los años 1973, 1975 y 2001, respectivamente, mismas que además, lamentablemente, no fueron codificadas.

La principal clasificación de las actuaciones de la Administración sometidas a esta jurisdicción eran los recursos de plena jurisdicción o subjetivo; anulación, objetivo o por exceso de poder; de lesividad. Con posterioridad se agregó el conocimiento de ejecución de créditos fiscales, locales o seccionales que proceden de resoluciones firmes de la Contraloría General del Estado. La reforma de la Ley de Modernización del Estado, se añade el conocimiento de los actos, contratos o hechos administrativos, reglamentos expedidos, suscritos o emitidos por las entidades del sector público.

Con la expedición de la referida Ley, se crea al Tribunal de lo Contencioso Administrativo cuyos magistrados tenían la misma jerarquía que los magistrados de la extinta Corte Suprema de Justicia; este Tribunal como órgano especializado era de única instancia y sus sentencias tenían jurisdicción nacional.

Con las reformas constitucionales de 1992, se cambia la estructura del aparato judicial y se crea en la Corte Suprema de Justicia un Tribunal de Casación, se elimina el Tribunal Contencioso Administrativo y en su lugar se crean los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, instaurándose una nueva justicia administrativa, aunque en la práctica éstos Tribunales Distritales se encuentran funcionando regularmente hasta que los actuales magistrados del Consejo de la Judicatura nombre a sus magistrados, son de primera instancia y sus decisiones podían ser apeladas ante la entonces Corte Suprema de Justicia y actualmente ante la Corte Nacional.

Estos Tribunales tenían y tienen su sede en las ciudades de Quito, Guayaquil, Cuenca, Portoviejo y Loja. El Tribunal Distrital de Quito tiene dos salas; los tribunales de las demás ciudades, una sala cada una de ellas. Cada sala se encuentra integrada por tres magistrados.

Con la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial y su publicación en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009, se consolida la supresión de los Tribunales Distritales y se crean las Salas Especializadas en las Cortes Provinciales, éstas como hemos señalado hasta la fecha no se encuentran funcionando a la espera de que el Consejo de la Judicatura nombre a sus integrantes mediante concurso de oposición y méritos, veedurías e impugnación ciudadana tal como lo señala la Disposición Transitoria Cuarta del Código Orgánico de la Función Judicial que dice: *“Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal.- Los actuales tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal, funcionarán con el régimen y competencias establecidos antes de la vigencia de este Código hasta que el nuevo Consejo de la Judicatura integre las respectivas salas de las Cortes Provinciales previo concurso público y con las condiciones de estabilidad establecidas en este Código”*.

Lo novedoso de la reestructura hace relación a la facultad que tendrían los nuevos magistrados de las salas especializadas de las Cortes Provinciales a dictar medidas cautelares dentro del proceso contencioso, facultad que carecían los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal aún en funcionamiento.

El Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 217 establece en una suerte de transferencia, de las facultades de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo a las salas Contencioso Administrativas de las Cortes Provinciales.

No está por demás hacer presente, que la reestructuración efectuada al aparato judicial particularmente ante el hecho de que se haya eliminado el Tribunal Contencioso Administrativo como órgano especializado, ha merecido no pocas reacciones por parte del foro de abogados y profesionales del Derecho, quienes de

una u otra manera han expresado su inconformidad, al respecto Marco Morales señala que *“Así como se ha defendido la naturaleza del órgano de control constitucional (...) así mismo en el Ecuador se debe levantar la voz, para que se entienda que estos tribunales no son funcionalmente de carácter ordinario, sino que es una justicia especializada que controla el poder, en orden al sometimiento de éste a la legalidad y por tanto a la juridicidad que tanto se habla en estos días”*.²

Recordemos que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, originalmente contemplaba actuaciones de actos no justiciables tales como los provenientes del ejercicio de la potestad discrecional; de los actos políticos; de los provenientes de la Fuerza Pública, entendida como el Ejército y la Policía; de las resoluciones expedidas por los organismos electorales; y en general, de las materias sometidas a otras jurisdicciones, o los temas que se excluyen expresamente de la vía contencioso administrativa.

No obstante, con el desarrollo de la Jurisprudencia estas excepciones se han ido eliminando, particularmente en lo relativo a la potestad discrecional y respecto de los actos provenientes de la Fuerza Pública, que hoy pueden ser conocidas por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

En la actualidad también son impugnables determinados actos políticos y electorales, en cuanto afecten derechos subjetivos de los ciudadanos. Como se puede apreciar, los verdaderos actos políticos se refieren a aspectos de política en general que en modo alguno afectarían los derechos subjetivos de los ciudadanos. Por su parte, los actos electorales son justiciables ante el recientemente creado Tribunal Contencioso Electoral y continúa la incompetencia del Tribunal para conocer materias pertenecientes a otras jurisdicciones, como la civil, penal o tributaria.

² Morales Tobar, Marco. Derecho Procesal Administrativo-Texto Guía. Loja-Ecuador. Pág. 341.

2. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo como órgano especializado.

En efecto, tal como lo hemos señalado en el tema precedente, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo fue suprimido en virtud de las reformas constitucionales de 23 de diciembre de 1992, que crearon los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo; y a su vez, con la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial que fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial de 9 de marzo de 1999, se modificó la estructura orgánica de la Función Judicial, transfiriendo como era de esperarse las competencias de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo a las salas de lo Contencioso Administrativo de las Cortes Provinciales, no obstante de que estos, seguirían en funciones hasta que el Consejo de la Judicatura integre sus salas; y de presentarse recursos de casación las conocerían las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia en esta materia.

Sin embargo de lo anterior, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo como órgano especializado en materia administrativa, merece un particular análisis en cuanto a su composición y competencias que hicieron de este organismo, la instancia que limitó y controló el exceso de poder y que hoy en día, aún a sabiendas de su supresión, estamos seguros que aún es posible su recuperación e intentar su consolidación como ha ocurrido con otros órganos del Estado, como es el caso, del entonces Tribunal de Garantías Constitucionales, posterior Tribunal Constitucional y actual Corte Constitucional.

Antes de las reformas constitucionales de 1992, el Tribunal Contencioso Administrativo, se erigía como el órgano especializado que controla la actividad administrativa derivada del monopolio que ostenta el Estado en la administración de justicia, como garantía de aquel pacto social propugnado por Rousseau que debió ser visto como la instancia que controla y limita el poder, el órgano de control de la legalidad en un Estado; de ahí que, no es en vano, las voces de protesta que se han levantado ante esta supresión, es así, que Santiago Andrade Ubidia, autor citado por

Marco Morales, con razón señala que *“Si largo es el camino recorrido por la jurisdicción contenciosa – administrativa, mucho más largo es el camino que aún falta por recorrer, puesto que ahora último a la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo, como resarcidora de la legalidad y el interés público, se le ha menguado su poder, confinándole a ser una simple sala de la Corte Provincial, lo único rescatable de esta reforma, si algo se quiere rescatar, es el hecho de que el contencioso administrativo, esté más al alcance de los administrados”*³

Conforme el artículo 96, inciso tercero, de la Constitución de 1979, todo acto administrativo generado por la administración central, provincial, municipal o de cualquier entidad autónoma reconocida por la Constitución y leyes, podía ser impugnado ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal. Además que, en el artículo 98, el Tribunal Contencioso Administrativo se contaba entre los órganos de la función jurisdiccional, manteniendo hasta ese momento, la institucionalidad creada en torno al Contencioso Administrativo por la Constitución de 1967.

En virtud del mandato constitucional y la necesidad de consolidar un órgano especializado en materia administrativa, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo se le concedía prerrogativas fundamentadas en su jerarquía similar a la entonces Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia; estaba dotado de autonomía en el ejercicio de las funciones que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa expedida el 28 de febrero de 1968, por la Comisión Legislativa Permanente, le asignaba, tenía su sede en la capital de la República y jurisdicción en todo el territorio nacional, estaba integrado por dos salas conformadas por tres magistrados cada una. Para su designación se procedería del mismo modo que para los magistrados de la extinta Corte Suprema de Justicia.

³-----Derecho Procesal Administrativo-Texto Guía, Loja-Ecuador, pág. 399.

Entre las facultades y deberes jurisdiccionales asignados al Tribunal de lo Contencioso Administrativo por la referida Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se encontraba que podía conocer en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semi-públicas o de derecho privado con finalidad social o pública y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad; conocer y resolver en única instancia de las resoluciones de la Contraloría General de la Nación (Actual Contraloría General del Estado) que establezcan responsabilidad en la gestión económica estatal o municipal o de otras instituciones sometidas al control o juzgamiento de aquella; del mismo modo, los juicios de excepciones a la coactiva originadas por las resoluciones de la Contraloría General de la Nación; de las acciones de prescripción de los créditos fiscales, estatales, locales o seccionales o de las instituciones públicas originados en decisiones de la Contraloría General, así como de las excepciones que se propongan en procedimientos coactivos instaurados para el cobro de créditos provenientes de resoluciones dictadas por la Contraloría; conocer y resolver en apelación de las resoluciones de la Junta de Reclamaciones prevista en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; y, conocer y resolver en única instancia, lo concerniente a las violaciones de la Ley que regula la carrera administrativa, que no estuvieren en el caso del literal anterior.

Así mismo, la representación legal, oficial y administrativa, correspondía al Presidente del Organismo, quien era elegido por los magistrados que componían las dos salas y de entre sus miembros titulares, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos.

El Presidente del Tribunal, lo era de la sala a la que pertenecía, debiendo la otra sala, por su parte, elegir su Presidente. En caso de ausencia, enfermedad o impedimento temporal, le subrogaba el Presidente de la otra sala, el cual a su vez sería subrogado por el magistrado más antiguo. Del mismo modo, se procedía en caso de falta o vacancia del cargo de Presidente hasta completar el período; y para las funciones jurisdiccionales del subrogante sería llamado el conjuez respectivo; en ausencia de

cualquiera de los magistrados se lo llamaba a integrar al respectivo congreso. En caso de ausencia de todos los congresos permanentes, se llamaba a los de la otra sala; y en caso de ausencia, excusa o impedimento de todos los congresos del Tribunal, el Presidente de la sala respectiva o quien le subrogaba, designaría un congreso ocasional. Para todos los fines descritos los congresos permanentes y ocasionales reunían los mismos requisitos para ser magistrado del Tribunal.

Eran atribuciones del Tribunal en Pleno: Elegir anualmente a su Presidente; conocer de la excusa o renuncia a la dignidad de Presidente, y elegir en todo caso de vacancia del cargo de Presidente al que deba reemplazarlo por el tiempo que falte para terminar el período de la designación; nombrar y remover conforme a la Ley, al Secretario General, al Secretario de la Segunda Sala y demás personal administrativo, a pedido de las salas; designar magistrado interino, en el caso previsto en el artículo 13 de la Ley; Designar congresos permanentes del Tribunal; conceder licencia a los magistrados, funcionarios y empleados del Tribunal; dictar el reglamento interno del Tribunal y aprobar sus reformas; expedir normas sobre ordenación y trámite de los procesos; dictar en los casos de fallos contradictorios, por mayoría de votos, la disposición que debe regir para el futuro, con carácter obligatorio, mientras no se disponga lo contrario por la Ley; modificar de oficio o a petición fundamentada de la autoridad administrativa interesada o de una de las salas, la disposición obligatoria pronunciada en el caso del ordinal anterior, siempre que se juzgue conveniente con el interés del Estado; aprobar la proforma presupuestaria del Tribunal y enviarla a los organismos correspondientes; y, promover la difusión del Derecho Administrativo, de la Jurisprudencia y de la doctrina, para lo que se editará periódicamente el Boletín Oficial del Tribunal.

Por su parte, correspondía al Presidente del Tribunal: Convocar y presidir las sesiones y ausencias del Tribunal; representar al Tribunal y suscribir las comunicaciones oficiales; conceder licencias a los magistrados, funcionarios y empleados del Tribunal, hasta por cuatro días; el Presidente podía ausentarse del

Tribunal por igual tiempo, previo aviso a éste; e, informarse del estado de las causas y promover su pronto despacho.

Existía en el Tribunal un ministro de sustanciación, para cuyo cargo se turnaban semanalmente todos los magistrados, inclusive los interinos, quienes dictaban los decretos de trámite, aunque este relatada o fallada la causa.

Los magistrados del Tribunal de lo Contencioso Administrativo no podían ser removidos por la autoridad nominadora sino por dolo, negligencia, ineptitud manifiesta o incapacidad física o mental en el ejercicio de sus funciones, gozaban de fuero de Corte Suprema y no podían ser juzgados sino por el organismo que tenía competencia para juzgar a los ministros de la Corte Suprema, por lo tanto eran asimilados a la misma categoría de los ministros de dicha Corte, por lo que gozaban de la misma remuneración.

En cuanto a los secretarios de las salas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, éstos debían ser abogados y no podían ejercer la profesión ni desempeñar otra función pública o privada; igual prohibición afectaba a los demás funcionarios y empleados del Tribunal. El secretario de la Primera Sala, lo era también del Pleno y del Presidente; en estas funciones se denominaba “Secretario General”. En caso de falta, licencia o excusa le sustituía el secretario de la Segunda Sala, y a falta de éste, se nombraba un secretario ad-hoc.

En cuanto a las excusas y recusaciones, los magistrados debían excusarse por los siguientes motivos: Tener parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquiera de los interesados en los juicios que se tramitan, en su condición de demandantes o autoridades demandadas, sus representantes legales o mandatarios y los asesores que intervinieren en el procedimiento, o con los terceros que conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de esta Ley, tienen la calidad de coadyuvantes; tener interés personal en el asunto de que se trate; ser acreedores, deudores o socios del actor, sus apoderados o representantes, salvo cuando la parte actora sea institución de crédito o de seguro; haber sido apoderados o defensores en

el mismo asunto; haber dictado la resolución impugnada, o haber intervenido con consejo o dictamen en la instancia administrativa, respecto la controversia que se decida en el Tribunal; tener amistad o enemistad con alguna de las partes, sus abogados o apoderados; figurar como parte en un juicio similar, pendiente de resolución.

Frente a las causales de excusas y recusaciones, aquel magistrado que no lo hiciera, podía ser recusado.

En efecto una vez propuesta la excusa o recusación, la sala calificaría la excusa y resolvería acerca de la recusación. De existir hechos justificables, el Presidente concedía el término de prueba de seis días y, vencido éste, la sala se pronunciaba. La resolución dictada era inapelable.

En cuanto al procedimiento contencioso administrativo, la mujer casada y el menor adulto podían comparecer sin la autorización o licencia del marido o de la persona que ejerza la patria potestad o curaduría, en su caso. Este particular cabe destacarse en la medida de que conforme a la Constitución de 1998, se eliminó la incapacidad jurídica de la mujer casada.

Para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración, podían comparecer: La persona natural o jurídica que tuviere interés directo en ellos; las entidades, corporaciones e instituciones de derecho público o semi-público, que tengan la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que el recurso tuviera por objeto la impugnación directa de las disposiciones administrativas, por afectar a sus intereses; el titular de un derecho derivado del ordenamiento jurídico que se considerare lesionado por el acto o disposición impugnados y pretendiere el reconocimiento de una situación jurídica individualizada o el restablecimiento de la misma; y, el órgano de la administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la Ley, no pudiese anularlo o revocarlo por sí mismo.

La demanda se la podía proponer contra el órgano de la Administración Pública y las personas jurídicas semi-públicas de que proviniera el acto o disposición a que se refiera el recurso; contra las personas naturales o jurídicas a cuyo favor derivaren derechos del acto o disposición.

Del mismo modo, podían intervenir en el proceso como parte coadyuvante del demandado, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto o disposición que motivare la acción contencioso-administrativa. Las partes podían comparecer por sí mismas o por medio de un procurador que las represente, en ambos casos debían ser patrocinadas por un abogado. La representación y defensa del Estado y de sus instituciones en el proceso se la ejercía de acuerdo con lo prescrito en la Ley de Patrocinio del Estado, vigente a la fecha.

La competencia para el conocimiento y resolución de los juicios, se radicaba en una de las salas por el sorteo de legal.

Si la demanda era oscura, irregular o incompleta, el magistrado ordenaba que el actor la aclare, corrija concrete o complete en el término de cinco días; si el actor no lo hiciese, se rechazaba la demanda.

Aceptada la demanda, el ministro de sustanciación disponía se cite al funcionario representante de la dependencia administrativa de la que haya emanado el acto o resolución, a fin de que pudiera hacer valer sus derechos. El demandado tenía el término de quince días para contestar a la demanda y proponer las excepciones de que se crea asistido; el mismo término se concedía al funcionario o empleado que tenga a su cargo el archivo para que remita el expediente administrativo.

En la contestación a la demanda, el demandado exponía los fundamentos de hecho y de derecho de sus excepciones y señalaba domicilio. En caso de no contestar a la demanda a solicitud del actor era declarado en rebeldía, cuyo efecto era no contar más con él.

Con la contestación a la demanda se mandaba a notificar al actor, y en la misma providencia de existir hechos que debían justificarse, se abría la causa a prueba por el término de diez días, en la cual se practicarían las diligencias probatorias que se solicitaban. Cuando la controversia versaba exclusivamente sobre cuestiones de derecho, contestada la demanda se notificaba a las partes, y sin otra sustanciación, el Tribunal dictaba sentencia en el término de doce días.

Los medios de prueba que se podían hacer uso en el juicio, eran los mismos que establece el Código de Procedimiento Civil, excepto la confesión judicial. El Tribunal por su parte podía disponer de oficio y antes de la sentencia la práctica de pruebas que estimare convenientes para una acertada decisión.

Concluido el término de prueba el Tribunal disponía de 12 días para dictar sentencia, tiempo en el cual, las partes podían presentar informes en Derecho o solicitar audiencia en estrados.

Para que exista resolución se necesita de dos votos conformes, por lo menos; si por discordancia no pudiese obtenerse la mayoría, se llamaba a tantos conjuces fueren necesarios para tomarla. En la resolución se indicaba los votos salvados, que se redactaban por separado.

Los magistrados o conjuces que hubieren formado parte del Tribunal que resolvió la causa, serán también los que lo compongan para conocer de las solicitudes de aclaración o ampliación del fallo expedido.

El demandante podía desistir de la acción o recurso contencioso administrativo, mismo que podía hacerse efectivo antes de la sentencia y producía los efectos previstos por el Código de Procedimiento Civil. De mismo modo, los demandados podían allanarse a la demanda, mediante escrito que reconozca la verdad de la demanda. Si fueren varios los demandados, el procedimiento continuaría respecto de aquellos que no se hubieren allanado. Si el procedimiento en la vía contencioso-administrativo se suspendiere de hecho durante un año por culpa del demandante, se

declarará a petición de parte el abandono de la instancia, con los efectos previstos en el Código de Procedimiento Civil.

Constituían causales de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo: La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia; y, la omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causaren gravamen irreparable o influyan en la decisión.

Las sentencias del Tribunal eran notificadas a las partes y se ejecutaban en la forma y términos que en el fallo se consignan bajo la personal y directa responsabilidad de la autoridad administrativa a quien corresponda. El Tribunal, mientras no conste de autos la total ejecución de la sentencia, o el pago de las indemnizaciones señaladas, adoptará, a petición de parte, cuantas medidas sean necesarias para lograr el cumplimiento, pudiendo aplicar lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil en lo referente a la ejecución de las sentencias en juicio ejecutivo.

El término para deducir la demanda en la vía administrativa es de noventa días en los asuntos materia del recurso contencioso de plena jurisdicción; y en los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se puede proponer la demanda en el plazo de tres años. En los casos de materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá plantear la demanda hasta en el plazo de cinco años.⁴

Según Ernesto Velásquez Baquerizo, en su artículo El Proyecto de Codificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, señala que son cuatro las reformas hechas a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todas impulsadas en los gobiernos militares; las dos primeras se dieron en la dictadura del Gral. Rodríguez Lara, con once días de diferencia entre la una y otra, la primera de

⁴ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley No. 035-CL, expedida 28 de febrero de 1968.

ellas apareció en el Decreto Supremo 1077, publicado en el Registro Oficial número 392, del 17 de septiembre de 1973 y la segunda se dictó en el Decreto Supremo 1065-A, publicado en el Registro Oficial 668 del 28 de octubre de 1974, se orientan a la organización del Tribunal en salas; ampliando su atribuciones y deberes y determinando el tipo de delito penal para los funcionarios o empleados que retardaren, rehusaren o se negaren a cumplir las resoluciones del Tribunal.

Agrega el distinguido tratadista que el Decreto Supremo 1065-A, fue interpretativo de la competencia del Tribunal para conocer y resolver sobre las demandas de prescripción de créditos originados en decisiones firmes de la Contraloría.

El artículo 10, reformado, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en sus letras a, b, c, d, y e, determinan las atribuciones y deberes jurisdiccionales del Tribunal Distrital Contencioso Administrativo, que por disposición de la Ley estaban limitadas a los asuntos que en el texto de la norma citada se fijan, no hacen mención alguna a los contratos.

Con la reforma constitucional de diciembre de 1992, las Disposiciones Transitorias Décimo Quinta y Décimo Sexta asignaban a los Tribunales Distritales creados las facultades que tenían en la Ley de la Jurisdicción vigente, determinándoles una jurisdicción privativa, que a diferencia de la ordinaria tiene limitada su competencia en la enumeración taxativa que indicamos; la misma que por efecto de las normas de la Ley de Modernización, produjeron una reforma tácita que amplió los asuntos materia de la competencia al conocimiento de los contratos que suscriba el Estado y sus diferentes administraciones. En el desarrollo de las diferencias de la justicia ordinaria y la justicia administrativa, elaboradas a través de la actividad del Estado, la primera fue privativamente responsable única de los procesos contractuales, en aplicación de las normas del cuarto libro del Código Civil, referente a Obligaciones y Contratos, las que tradicionalmente se mantuvieron como facultad del juez civil para conocer, como una extensión de la actividad contractual, el resolver las divergencias que en el proceso de contratación pública y de ejecución de la misma se producían.

La justicia administrativa estaba limitada a conocer y resolver sobre la legalidad de los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración; sin embargo, con la expedición de la Ley de Modernización en diciembre de 1993, se amplía el ámbito de la competencia que se mantenía desde 1973 en la justicia ordinaria. El contenido del artículo 38, de la referida Ley estableció que los Tribunales Distritales eran competentes para conocer de los actos, hechos y contratos expedidos, producidos o suscritos por el Estado y otras entidades del sector público. Este precepto legal, que determina en forma imperativa que los contratos eran parte de los asuntos materia de conocimiento y resolución de los Tribunales Distritales, constituyó un avance sobre las formas tradicionales de tutela jurídica para resolver las divergencias contractuales de los particulares con el Estado, las cuales estaban reguladas por prescripciones de la Ley de Contratación Pública, que sustituyó a la Ley de Licitaciones.⁵

3. Actual ubicación de la justicia administrativa.

El artículo 173 de la Constitución de la República actualmente en vigencia que establece “*Los actos administrativos de cualquier autoridad del estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial*” en virtud de la norma suprema y como efectivamente sucede en la práctica, el procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo más allá de los cambios en su estructura se desarrollan por cuerdas separadas, sin que haya lugar a confundirlos, ni mirarlos desde una perspectiva que suponga subordinación entre sí, todo ello, en virtud del principio de división de poderes. El recurso contencioso administrativo debe entenderse como patrimonio exclusivo de una organización jurisdiccional, en cuyo seno se administra justicia.

Actualmente, la jurisdicción contenciosa administrativa es ejercida por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, denominados así desde la

⁵ Velásquez Baquerizo, Ernesto. Revista Jurídica, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil-2010.

reforma a la Ley Orgánica de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial No. S-201, de 25 de noviembre de 1997, “*hasta que se conformen las salas de lo Contencioso Administrativo en las Cortes Provinciales*” y en concordancia con lo enunciado, la Disposición Transitoria Cuarta del Código Orgánico de la Función Judicial, dispone “*Cuarta.-Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal.-Los actuales tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal, funcionarán con el régimen y competencias establecidos antes de la vigencia de este Código hasta que el nuevo Consejo de la Judicatura integre las respectivas salas de las cortes provinciales previo concurso público y con las condiciones de estabilidad establecidas en este Código*”.

El artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que “*El recurso contencioso administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración o de las personas jurídicas semi-públicas, que causen estado y vulneren un derecho interés directo del demandante*”.

El artículo precedente, hace referencia al *recurso contencioso administrativo*; sin embargo debemos tener presente que la noción de *recurso* en el Derecho, de manera general tiene que ver con la potestad que tiene una parte procesal para plantear una reclamación o impugnar ante un juez o tribunal cuando sienta que sus derechos han sido conculcados. En el ámbito contencioso administrativo, debe entenderse entonces como la reclamación que hace el particular al juez o tribunal cuya competencia radica especialmente en conocer y resolver reclamos de naturaleza administrativa.

Esta prerrogativa, conforme al artículo 1 invocado, está facultada para personas naturales o jurídicas; recordemos que en el caso de los contratos administrativos, y de manera concreta en los contratos de concesión, será una persona jurídica quien tendrá la prerrogativa de plantear una acción contenciosa administrativa.

El reclamo se lo puede plantear *contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semi-públicas que causen*

estado”, es importar destacar que el texto de la Ley no limita el ejercicio del recurso únicamente contra los actos administrativos, sino que por el contrario, amplía los objetos de la impugnación.

El texto del análisis además establece “(...) y vulneren un interés directo del demandante”; es decir, para que una demanda pueda ser presentada, la acción u omisión de la administración debe vulnerar un interés claro y preciso del accionante, no siendo posible por tanto, acceder a este recurso cuando el interés del demandante sea confuso, inexacto o simplemente genere una mera expectativa.

El artículo 2 *ibídem*, dispone “*También puede interponerse el recurso contencioso administrativo contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con esta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos*”

Como se puede apreciar, dicho texto, es claro al establecer el derecho de los administrados para presentar una acción contenciosa administrativa en contra de resoluciones que lesionen derechos subjetivos constantes en una ley.

Recordemos que originalmente la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, expedida en 1968, contemplaba los recursos de plena jurisdicción o subjetivo; de anulación, objetivo o por exceso de poder; y el de lesividad. Con posterioridad se añadió el conocimiento de ejecución de créditos fiscales, locales o seccionales que proceden de resoluciones firmes de la Contraloría General del Estado. Con la reforma de la Ley de Modernización del Estado y concretamente el artículo 38, añade a las competencias de la jurisdicción contencioso administrativa, el conocimiento de actos, contratos o hechos administrativos, reglamentos expedidos, suscritos o efectuados por las entidades del sector público.

Actualmente, el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, singulariza las facultades que tienen las salas de lo Contencioso Administrativo de las Cortes

Provinciales de Justicia, que como hemos referido, sustituyeron a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, a saber:

“1. Conocer y resolver las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares por la violación de las normas legales o de derechos individuales, ya en actos normativos inferiores a la ley, ya en actos o hechos administrativos, siempre que tales actos o hechos no tuvieran carácter tributario;

2. Supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos, y la potestad reglamentaria de la Administración no tributaria, como también las acciones judiciales que se incoen por inactividad;

3. Conocer y resolver las impugnaciones que se propusieren en contra de los reglamentos, resoluciones y más actos normativos de rango inferior a la ley, en materia no tributaria, provenientes de las instituciones del Estado que integren el sector público;

4. Conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afectan intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas; inclusive las resoluciones de la Contraloría General del Estado, así como de las demás instituciones de control que establezcan responsabilidades en gestión económica en las instituciones sometidas al control o juzgamiento de tales entidades de control. Igualmente conocerán de las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios públicos y de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado;

5. Conocer de las acciones de prescripción de créditos fiscales, no tributarios que propongan contra la administración nacional, regional, municipal o de las demás personas jurídicas que integran el sector público;

6. Conocer y resolver las controversias regidas por la Ley de Propiedad Intelectual;

7. Conocer de las demandas que se propongan contra los actos administrativos y las resoluciones expedidas por el Consejo de la Judicatura, el Pleno del Consejo de la Judicatura, las Comisiones Especializadas, el Director General y los Directores Provinciales;

8. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de la prestación de servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos;

9. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado en la que se reclame la reparación de los daños y perjuicios causados por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, por violación de los principios y reglas del debido proceso, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Procedimiento Penal;

10. Conocer los juicios de excepciones a la coactiva en materia no tributaria, y las impugnaciones al auto de calificación de posturas; así como también las acciones de nulidad del remate, los reclamos de terceros perjudicados y tercerías;

11. Conocer de las impugnaciones efectuadas por los titulares de la administración pública respecto de actos lesivos al interés público y que no puedan ser revocados por la propia administración;

12. Conocer de las impugnaciones a las declaraciones de ruina y órdenes de ejecución de obras de conservación, reforma y rehabilitación de inmuebles;

13. Conocer de las impugnaciones a sanciones administrativas firmes contra las servidoras y servidores públicos, emanados de las instituciones del Estado que conforman el sector público, cuando tales cuestiones de personal no se refieran al

nacimiento o extinción de la relación de servicio de servidoras y servidores públicos; salvo lo dispuesto en normas especiales;

14. Conocer y resolver las causas que instaure la Administración para repetir las indemnizaciones que hubiere tenido que pagar por sentencias firmes dentro de los juicios contencioso administrativos, por la responsabilidad declarada de sus servicios o de las personas que por delegación, concesión o privatización, se les haya entregado servicios públicos; y,

15. Los demás asuntos que establezca la Ley.

Originalmente, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no contemplaba actos impugnables como aquellos provenientes del ejercicio de la potestad discrecional; los actos políticos; los provenientes de la Fuerza Pública, como son de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas; y las resoluciones emitidas por los organismo electorales y en general las materias sometidas a otras jurisdicciones o los temas que expresamente se excluyan de la vía contencioso administrativa.

No obstante lo anterior, con el desarrollo de la jurisprudencia dichos actos hoy pueden ser conocidos por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo claro está observando algunas particularidades; concretamente, son justiciables determinados actos políticos y electorales, siempre que vulneren derechos subjetivos, no olvidemos que por la materia los actos electorales son competencia del recientemente creado Tribunal Contencioso Electoral.

Como hemos señalado, antes de la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial, el país contaba con cinco Tribunales Distritales, distribuidos en las ciudades de Quito, Guayaquil, Cuenca, Portoviejo y Loja. El Tribunal Distrital de Quito, contaba con dos salas, el resto de las ciudades con una sala cada una de ellas, cada sala se encontraba integrada por tres magistrados y en su lugar funcionarán salas especializadas en las Cortes Provinciales de Justicia, aunque en la práctica esta realidad aún no se ha efectivizado “(...) hasta que el nuevo Consejo de la Judicatura

integre las respectivas salas de las Cortes Provinciales (...)”, tal como reza la parte pertinente de la Disposición Transitoria Cuarta del Código Orgánico de la Función Judicial.

Siendo así, el régimen de competencias establecido antes de la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial, sigue vigente, por lo que la competencia se sigue fijando por dos parámetros: El lugar donde se expidió el acto o se produjo el hecho que se reclama; pero también es competente la correspondiente Sala de la Corte Provincial del lugar donde se producen los efectos del acto, contrato o hecho.

Los juicios en la jurisdicción contencioso administrativa son de única instancia; no obstante, pueden impugnarse mediante recurso de casación ante la sala de Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. Del mismo modo, los autos emitidos por estos tribunales que impidan la prosecución del proceso, son impugnables a través de recurso de casación.

Para intervenir en el proceso contencioso administrativo se encuentran legitimados las personas naturales o jurídicas de derecho privado que se sientan afectados sus derechos subjetivos. Las autoridades nominadoras o representantes legales de las instituciones del Estado, pueden ser actores en las acciones de lesividad.

Una particularidad que no puede perderse de vista es que en todos los juicios contra el Estado se debe contar con el Procurador General del Estado, al que deberá citárselo. En el caso de que la entidad demandada cuente con personalidad jurídica de derecho público, simplemente se le notificará.

Debemos tener presente que en el juicio contencioso administrativo por lo general es un órgano del Estado contra quien se demanda, o las personas naturales o jurídicas a cuyo favor derivaren derechos del acto o disposición conforme a lo previsto en el artículo 24, literal b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. También puede intervenir en el proceso, un tercero coadyuvante que es la persona natural o jurídica que tiene interés directo en el mantenimiento del acto o disposición

que motivare la acción contenciosa administrativa, por así disponerlo el artículo 25 *ibídem*.

En la demanda contenciosa administrativa se requiere que el actor enuncie las pruebas que se propone rendir y, por su parte, el órgano público tiene el término de veinte días para contestar las excepciones. Por otro lado, es obligación de la Administración Pública remitir el expediente administrativo ante el Juez; en caso de incumplimiento, éste se sujetará únicamente a la documentación presentada por el accionante.

El término para presentar la demanda es de noventa días; mientras que para las demandas del recurso contencioso de anulación u objetivo existe el plazo de tres años. Así mismo, las demandas para impugnar los *contratos administrativos* y las otras acciones competencia del contencioso administrativo, se podrán proponer en el plazo de cinco años.

No está por demás señalar tal como lo enuncia el maestro Pablo Zambrano “(...) *brevemente quiero tratar un tema de importancia como es la evolución de la solución jurisdiccional de conflictos de los contratos administrativos en el Ecuador, ya que, a lo largo de la historia en materia administrativa, se ha producido problemas, dudas y graves vacíos que se originan en la evolución y cambio legislativo que ha sufrido este recurrente tema de los juicios en materia de contratos administrativos. Los problemas de competencia, se ha originado como consecuencia de las experiencias vividas por personas naturales o jurídicas de derecho privado, que han demandado al Estado, o como ha sucedido en los últimos tiempos a partir de la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación, han querido por ejemplo, ejecutar actas de mediación o laudos dictados en procesos arbitrales en que intervienen entidades del sector público, que han acudido a los jueces ordinarios de primer nivel en materia civil con su pretensión, recibiendo como respuesta la inhibición por incompetencia; o han acudido a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo para lograr la ejecución perseguida, y obteniendo de*

ellos similar inhibición por incompetencia. En el primer caso, los jueces de lo civil declinan la competencia aduciendo que corresponde al campo de lo Contencioso Administrativo; y viceversa, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo se inhiben de intervenir aduciendo que la competencia corresponde a los jueces civiles”⁶

En todo caso, más allá de los conflictos de competencia existentes entre los juzgados, tribunales y cortes, evidenciando con ello, una clara inestabilidad e inseguridad en materia de contratación pública para quienes han tenido que litigar con la Administración Pública; actualmente, esta facultad ha quedado consolidada para los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

⁶ Zambrano Albuja, Pablo. Texto Guía de Patrocinio Público. Loja-Ecuador. Pág.60.

CAPÍTULO II.

1. El recurso subjetivo o de plena jurisdicción.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, distingue dos clases de recursos administrativos: El recurso subjetivo o de plena jurisdicción y el recurso de anulación u objetivo.

El recurso subjetivo o de plena jurisdicción, materia de nuestro estudio garantiza un derecho subjetivo del accionante, que estima ha sido vulnerado por el acto administrativo a impugnarse, al respecto el Dr. Ernesto Velásquez Baquerizo, nos enseña que *“El recurso subjetivo o de plena jurisdicción ampara al recurrente su derecho subjetivo que emana de la ley o el contrato. Si el obrar de la Administración le niega al administrado, en forma total o parcial su derecho, desconociéndolo o negándolo a reconocerlo, se conjugan los elementos que legitiman a la persona, que tiene la calidad de administrado afectado, para recurrir ante el órgano jurisdiccional que es el Tribunal Distrital”*⁷

El artículo 2 de la referida Ley, establece que: *“También puede interponerse el recurso contencioso administrativo contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, sin con ésta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos”*

De lo transcrito se evidencia que la normativa jurídica faculta la posibilidad de interponer un recurso subjetivo o de plena jurisdicción en contra de las decisiones

⁷ Velásquez Baquerizo, Ernesto. La Nueva Justicia Administrativa: Diagnóstico de Derecho Contencioso Administrativo y Fiscal en el Ecuador. CLD. Quito – Ecuador. Pág. 62.

emitidas como resultado de la aplicación de una disposición de carácter general, expedido en contrariedad de la ley, vulnerando el derecho subjetivo del ciudadano.

En tal virtud, el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, es una herramienta jurídica creado para tutelar derechos subjetivos vulnerados por una actuación administrativa, al respecto Patricio Secaira, autor citado por Marco Morales, nos explica que *“La diferencia del recurso objetivo o de anulación por el cual sólo se pretende el restablecimiento del rigor jurídico de la norma objetiva, el recurso subjetivo sirve no solo para eliminar de la vida jurídica la resolución administrativa impugnada contraria al ordenamiento jurídico, sino para que los derechos de los administrados sean debidamente reconocidos”*⁸

El antecedente jurisprudencial que encontramos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para la interposición del recurso subjetivo contra un acto de carácter general, lo encontramos en una norma dirimente emitida por el extinto Tribunal Contencioso Administrativo, que se encuentra publicada en el Registro Oficial 722 de 9 de julio de 1991, resolución que fue dictada ante los reiterados fallos contradictorios que emitían las diferentes salas de dicho Tribunal, pues en unas se aceptaba y en otras se rechazaba.

Otro antecedente jurisprudencial lo encontramos en la sentencia de 10 de enero de 1996, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en el que estableció las características y diferencias entre los recursos subjetivo y objetivo. Conforme el contenido de la sentencia quedó claro que en el recurso subjetivo se contempla la declaración de ilegalidad del acto y la reparación del derecho subjetivo violentado; a diferencia del efecto que confiere la interposición del un recurso objetivo, en el que únicamente se declara la nulidad del acto normativo con el propósito de restablecer la vigencia del ordenamiento jurídico, con la prescindencia de los derechos subjetivos vulnerados.

⁸ Morales Tobar, Marco. Texto Guía Derecho Administrativo. Loja- Ecuador. Pág. 373.

El recurso subjetivo o de plena jurisdicción se lo puede interponer ante las siguientes situaciones: Cuando se viola expresamente un derecho subjetivo; cuando el derecho subjetivo es reconocido parcialmente; o cuando no se reconoce el derecho subjetivo totalmente.

El término para interponer este recurso es de noventa días contados a partir de la notificación del acto administrativo que ha generado una lesión al derecho subjetivo; pasado el término, caduca el derecho para demandar.

La naturaleza de este recurso, nos lleva a establecer que son dos partes procesales en igualdad de condiciones: El administrado que demanda y la Administración que es la demandada, pudiendo admitirse tercerías cuando la decisión de la administración beneficia a un tercero. El proceso debe sustanciarse en aplicación estricta las normas formales de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, y a falta de ella, como norma supletoria el Código de Procedimiento Civil. La sentencia al declarar la ilegalidad del acto, no excluye la posibilidad de dictaminar el pago de indemnizaciones y costas procesales.

Antes de la vigencia de la Ley de Modernización, era requisito para proponer este recurso vía jurisdiccional previamente haber agotado el reclamo jerárquico en vía administrativa, cuestión prejudicial al que se sumaba la exigencia determinada en la Ley Orgánica del Ministerio Público que exigía se compruebe como precedente a la pretensión jurídica, la existencia de un pronunciamiento negativo de la Administración al reclamo del recurrente; exigencia que constituía una absurda e ilegal limitación, bajo el disfraz jurídico de probar que el acto causó estado y tenía fuerza ejecutoria, menoscabándose de este modo, los derechos del recurrente. Este particular momento, ponía de manifiesto el desconocimiento de la tutela efectiva y del principio de separación de poderes instaurados por aquellos tiempos por el Estado de Derecho, regentado por nuestro país.

Sobre lo anterior, el maestro Ernesto Velásquez, nos trae a colación la Resolución emitida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que en ejercicio de sus

facultades para expedir normas sobre ordenación y trámite de expedientes, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 476 de 10 de julio de 1986, estableció que no es necesario cumplir con los requisitos previos o prejudiciales que exigía la Ley Orgánica del Ministerio Público para impugnar un acto administrativo en vía jurisdiccional, requiriéndose únicamente que el acto administrativo haya causado estado en sede administrativa o se haya producido el silencio administrativo de treinta días dispuesto en el inciso segundo de la letra c) del artículo 31 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así se estableció que el requisito exigido por la Ley Orgánica del Ministerio Público se refería a situaciones jurídicas a dilucidarse ante la justicia ordinaria, y no en la administrativa.

Actualmente, el recurso subjetivo tutela los derechos subjetivos que tienen los ciudadanos reconocidos por las leyes, entendida ésta en su acepción más amplia, esto es, los derechos provenientes de las normas legales, reglamentos, ordenanzas, decretos; actos, contratos y resoluciones de la Administración Pública conforme lo determina el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En definitiva toda norma que cause efectos jurídicos sobre derechos reconocidos a los ciudadanos en el sentido más amplio constituye materia del recurso subjetivo o de plena jurisdicción.

2. La acción de amparo constitucional y la acción de protección.

Si bien es verdad la acción de amparo constitucional y la acción de protección, en esencia les asiste la misma naturaleza jurídica, es decir, son tutelares de derechos subjetivos constitucionales; sin embargo, en nuestro país, la acción de amparo difiere de la acción de protección, especialmente en cuanto a los requisitos de procedencia que cada una de ellas deben observar, lo que nos conduce a realizar el desarrollo de la temática por separado.

Al instituirse la acción de amparo en el Ecuador en 1996, ésta protegía únicamente respecto de actos de autoridad de la administración pública. Con la codificación constitucional aprobada por la Asamblea Nacional de 1998⁹, la acción de amparo conforme el artículo 95 procedía contra actos u omisiones ilegítimos de autoridad pública, violatorios de derechos fundamentales que amenacen con ocasionar un inminente daño grave. Del mismo modo, procedía contra actos u omisiones de particulares que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.

También procedía contra particulares, cuando su conducta afectaba gravemente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

Con el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, también podían interponer acción de amparo constitucional las personas jurídicas, siempre que justificaren derechos constitucionales violentados afines con la naturaleza de la persona jurídica, lo que implicó un gran avance dentro del ordenamiento constitucional, aunque esta posibilidad no siempre fue aceptada.

Dicha norma constitucional también establecía que no eran susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso.

Profundicemos en el tema: Conforme el artículo 48 de la Ley de Control Constitucional publicada en el Registro Oficial No. 99 de 2 de julio de 1997¹⁰ y que fuera derogada expresamente por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 48, en cuanto a su legitimación activa, establecía que el amparo podía ser interpuesto por el ofendido o el perjudicado, por sí mismo o a través de apoderado o agente oficioso, suponía que el titular del derecho afectado ilegítimamente por el acto impugnado podía proponer la acción de amparo; del mismo modo, se la podía activar a través de apoderado o agente oficioso, es

⁹ Constitución Política del Ecuador de 1998.

¹⁰ Ley de Control Constitucional publicada en el Registro Oficial No. 99 de 2 de julio de 1997.

decir, aquellas personas que por circunstancias no determinadas ocasionalmente no pueda interponer el amparo por sí mismo, quienes debían justificar la imposibilidad en que se encontraba el afectado. Cuando la Constitución se refería a “cualquier persona”, lo hacía sin distinción, es decir se incluía a las personas jurídicas más allá de que tal prerrogativa significó grandes debates. El texto constitucional también preveía que pueden interponer acción de amparo como representante legitimado de una colectividad, debiendo para el efecto el recurrente justificar tal calidad. El problema se presentaba en materia de derechos difusos donde no se podía identificar al titular del derechos, pues son derechos que afectan a todos, como es el caso del derecho al medio ambiente y el derecho de los consumidores, entre otros. Así mismo, la Constitución facultaba al Defensor del Pueblo para promover o patrocinar la acción de amparo para las personas que lo requieran. La jurisprudencia del entonces Tribunal Constitucional, fue clara en ratificar que no era posible interponer acción de amparo entre instituciones del Estado.

En cuanto al legitimado pasivo, era necesario determinar en la acción de amparo la autoridad pública de la que emana el acto u omisión impugnado con la finalidad de que esta acuda a la audiencia pública. Respecto a este tema cabe recordar que en principio todo acto emanado autoridad pública era susceptible de acción de amparo, inclusive aquellos actos de los organismos de control y regulación, por así determinarlo el artículo 118 de la Constitución de 1998; sin embargo, existían ciertos actos que escapaban de este control; es así, que si bien eran impugnables los actos derivados del Tribunal Supremo y de los tribunales provinciales electorales, no lo eran los actos de las juntas receptoras del voto por ser estrictamente electorales. Así mismo, se podía accionar el amparo contra actos de particulares cuando su conducta afectaba grave y directamente un interés comunitario, colectivo, o un derecho difuso.

Recordemos que la acción de amparo no revisaba la legalidad del acto u omisión o su constitucionalidad, pues para ello, existen otras vías que franquea el ordenamiento jurídico, máxime que esta acción no fue instituida para reemplazar tales vías.

Para la procedencia del amparo era necesario de que de manera simultánea concurren los siguientes presupuestos: a) Acto u omisión ilegítima de autoridad pública; b) que dicho acto vulnere un derecho subjetivo constitucional; y, c) que amenace con causar un inminente daño grave.

Es así, que en múltiples resoluciones expresó que el acto ilegítimo *“es aquel dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, o sin observar los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico, o bien que dicho contenido sea contrario a dicho ordenamiento, o que haya sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o la debida motivación”*, Es decir, que, el análisis de legitimidad no solo se fundamentaba en el estudio de competencia, sino también de su forma, contenido, causa y objeto del acto impugnado. En cuanto a la omisión ilegítima, consiste en dejar de hacer algo a lo que la autoridad está obligada; es decir, cuando se incumple una obligación. Igual análisis procedía contra los actos de los particulares.

Otro de los requisitos de procedencia del amparo hace relación con la violación del derecho subjetivo constitucional del accionante, requisito afín con la esencia y naturaleza misma de esta acción creada como garantía de protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales.

El tercer requisito exigido para la procedencia del amparo es que el acto u omisión ilegítimo que vulnera o amenaza vulnerar derechos fundamentales, debía causar daño grave inminente. Por tanto, el daño para la procedencia del amparo debía ser calificado de grave, en primera instancia, y de inminente en segundo término.

Como se ha señalado, existían ciertos actos de la administración pública no susceptibles de acción de amparo por disposición expresa de la Constitución o como lo afirma Rafael Oyarte *“(…) o bien por aplicación del canon de interpretación sistemática del texto constitucional o en razón de los requisitos de procedencia de la*

acción de amparo”¹¹, por lo tanto, no proceden respecto de: Actos extinguidos, en la medida de que dichos actos son inexistentes, ya han sido expulsados del ordenamiento jurídico. De las decisiones judiciales, tema discutido, al extremo de que hoy en día, existe la acción extraordinaria de protección que revisa precisamente las decisiones judiciales. La impugnación de la legalidad del acto, tema perfectamente entendible en virtud de que nuestro ordenamiento jurídico asigna el control de la legalidad a la jurisdicción contencioso administrativa. El pedido de inconstitucionalidad del acto, asunto plenamente justificado en la medida de que para impugnar la inconstitucionalidad de un acto existe la vía constitucional adecuada. Tampoco son susceptibles de acción de amparo los actos que vulneren derechos protegidos por otras garantías como el hábeas corpus, y el hábeas data. Tampoco los actos de efectos generales pues para ellos se ha previsto otras vías como la acción de inconstitucionalidad cuando de constitucionalidad se trate, o la jurisdicción contencioso administrativo mediante acción objetiva, cuando corresponda a la legalidad. Los actos contractuales o de naturaleza bilateral, en tanto estos actos tienen predestinada la jurisdicción contencioso administrativa. Así mismo se encuentran excluidos del amparo, los actos de gobierno, los relativos al régimen seccional autónomo, las quejas en materia electoral y las quejas legislativas previstas en el Código de Ética de la Función Legislativa.

Mucho se discutió la naturaleza cautelar del amparo, sin embargo en virtud del desarrollo de la jurisprudencia, se consolidó tal particularidad ratificando el hecho de que la acción de amparo no se trataba de un proceso de conocimiento o declarativo de derechos. El mismo Rafael Oyarte, señalaba *“El amparo como ya se ha señalado en este estudio, es un proceso de naturaleza inminentemente cautelar, no es un proceso de conocimiento ni declarativo. En todo caso, hago presente que el tema no es pacífico, pues si la generalidad de autores señalan que se trata de un proceso cautelar (...) hay quienes señalan que se trata de un proceso declarativo y de*

¹¹ Oyarte Martínez, Rafael. La Acción de Amparo Constitucional. Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina. Quito-Ecuador. Pág. 137.

conocimiento, pues al otorgarse el amparo se declararía que el peticionario tiene ese derecho, y por tanto se lo protege, lo que haría también un proceso de conocimiento”¹².

Otro tema de relevancia discutido por el extinto Tribunal Constitucional, tenía relación con la no *residualidad* del amparo; es decir, que la acción podía interponerse a sabiendas de que existían otras formas o vías de impugnación, o que ya se habían activado otras vías de manera anterior, simultánea o posterior; el amparo pues, no se opone a otras acciones pues tiene determinados sus propios requisitos de procedencia.

La Ley de Control Constitucional, señalaba que ordinariamente son competentes para conocer y resolver la acción de amparo los jueces de lo civil y los tribunales de instancia del lugar donde se consume o pueda producir sus efectos el acto ilegítimo; pero también le asignaba competencia extraordinaria a los juzgados de lo penal en circunstancias excepcionales, en días feriados o fuera de horario de atención de los juzgados o tribunales, circunstancias que debían ser explicadas en la demanda y calificadas por el juez.

La acción de amparo se podía conceder o rechazar, al ser concedido, el efecto de la decisión, era la suspensión definitiva del acto, lo que implicaba en virtud de su efecto retroactivo, la reparación integral del daño ocasionado.

Eventualmente, se inadmitía la acción por haberse presentado ante juez incompetente o por parte de quien no se encontraba legitimado para hacerlo, aspectos que una vez, superados, no impedía que la acción se presente nuevamente.

Las decisiones por último, correspondía ejecutar al juez de instancia, lo que de ninguna manera excluía al Tribunal Constitucional que estaba obligado a vigilar la ejecución de las mismas, para lo cual, podía acceder a los medios tradicionales

¹² -----La Acción de Amparo Constitucional. Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina. Quito-Ecuador. Pág. 167.

asistidos a los jueces, incluidos hacerse asistir de la fuerza pública o hacer conocer del asunto tanto al Consejo Nacional de la Judicatura o al Fiscal General para las investigaciones que correspondieren.

Con la publicación de la Constitución de la República en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008¹³, se reemplazó la “acción de amparo”, con la “acción de protección”, que como hemos señalado, dado su naturaleza jurídica, tienen igual objetivo, que es la defensa de los derechos fundamentales que garantizan la Constitución y los instrumentos internacionales, pero que difieren en sus requisitos como lo paso a demostrar.

Para la procedencia de la acción de amparo de manera general era necesario que de forma unívoca y simultánea concurren tres elementos: Acto u omisión ilegítima de autoridad pública; que dicho acto vulnere derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y los instrumentos internacionales; y que cause o amenace con causar un inminente daño grave; situación que difiere ampliamente de la nueva “acción de protección”, cuyo artículo 88 de la Constitución de la República establece: *“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”*.

Como se puede apreciar del texto constitucional se desprende un importante avance en materia de protección de derechos; es decir, la norma constitucional, ya no impone los requisitos que tenía para su procedencia la acción de amparo, se limita a

¹³ Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

conceder mediante esta institución “*el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución (...)*”, sin más preámbulo, es decir, basta la violación del derecho fundamental para poder activar la acción de protección; circunstancia que se hace extensiva contra las políticas públicas.

Del mismo modo, el texto constitucional establece cuando la violación del derecho fundamental proceda de una persona particular, que para su procedencia, se incurra al menos en uno de los siguientes condicionamientos: a) que la violación provoque daño grave; b) que presten servicios públicos impropios, c) si actúa por delegación o concesión; y, d) si la persona afectada se encuentre en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Con la finalidad de viabilizar el procedimiento de esta acción, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en sus artículos 39 a 42 establece el objeto, requisitos, procedencia y legitimación pasiva e improcedencia de la acción, como pasamos a revisar.

En efecto el artículo 39 de la norma legal invocada, establece el “objeto de la acción” y señala: “*La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena*”

El artículo 40 *ibídem*, por su parte establece los requisitos de procedencia de la acción, misma que se podrá presentar cuando: a) Exista violación de un derecho constitucional, b) acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente, y, c) Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

Al respecto debemos señalar que si bien los dos primeros requisitos guardan conformidad con el texto constitucional, no ocurre lo mismo con el tercer requisito

que establece la “*inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado*”, dándole de esta manera a la acción de protección, el carácter *residual o subsidiario*, lo cual a mi juicio, es absolutamente inconstitucional, tanto por el “*garantismo o neoconstitucionalismo*” que profesa la Constitución de la República, cuanto porque al referirse a la acción de protección determina que es “*el amparo directo y eficaz de derechos (...)*”, está por lo tanto, sugiriendo que su activación no requiere de otros mecanismos de defensa judicial, pues ante ese caso, tendría que hacerse previamente un análisis de legalidad, lo cual es absurdo si consideramos que la acción de protección es estrictamente constitucional, basta leer el inciso segundo del numeral 8 del artículo 11 de la referida Constitución de la República que establece: “*Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos*”; tanto más que, respecto del anterior amparo, que *no era residual*, ciertamente que habríamos dado en materia constitucional un gigantesco paso hacia atrás. Al respecto, Pablo Alarcón, nos dice: “*A simple vista resulta claro que el objeto esencial de la acción de protección, desde el punto de vista constitucional, es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución. Aquello denota que no se trata de una garantía excepcional, residual, subsidiaria o heroica como si lo son constitucionalmente las garantías de derechos humanos en Argentina y Colombia (...)*”¹⁴.

El artículo 41 iusdem, por su lado, fija los parámetros de procedencia y legitimación pasiva. La acción de protección procede contra: a) Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio; b) Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías; c) todo acto u omisión del prestador del servicio público que viole los derechos y garantías; d) todo

¹⁴ Alarcón Peña, Pablo. Residualidad: Elemento generador de la ordinarización de la Acción de Protección. Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Pág. 584.

acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando al menos ocurra una de las siguientes circunstancias: Presten servicios públicos o de interés público; presten servicios públicos por delegación o concesión; provoque daño grave; la persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo; y, e) todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

Finalmente, el artículo 42, establece los motivos de improcedencia de la acción de protección: a) Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales; b) cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación; c) cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleve la violación de derechos; d) cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz; e) cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho; f) cuando se trate de providencias judiciales; y g) cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

En todos estos casos, de manera sucinta el juez, mediante auto declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.

Hago presente, que el referido artículo 42 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional lo he revisado brevemente, sin profundizar en su contenido ni en su conflictividad, en razón de que en el Capítulo que sigue, he dedicado un espacio para analizarlo en exclusividad.

3. Diferencias entre el recurso subjetivo o de plena jurisdicción y la acción de protección.

Como se puede evidenciar del desarrollo de la temática, existen claras y evidentes diferencias entre el recurso subjetivo o de plena jurisdicción y la acción de protección, razón por la cual, intentaré identificar algunas de ellas:

El recurso subjetivo o de plena jurisdicción tutela los derechos subjetivos con respecto a los abusos de toda autoridad pública pero desde la perspectiva de la legalidad; mientras que la acción de protección en la forma como lo concibe el artículo 88 de la Constitución de la República tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución;

El recurso subjetivo o de plena jurisdicción se lo plantea contra actos, hechos y contratos de la Administración Pública; mientras que la acción de protección se la propone contra actos u omisiones de autoridad pública;

El recurso subjetivo o de plena jurisdicción se lo plantea ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, como órganos especializados; mientras que la acción de protección se la acciona ante cualquier juez del lugar donde emane o produzca sus efectos el acto impugnado;

El recurso subjetivo o de plena jurisdicción es de única instancia; mientras que la acción de protección es de doble instancia;

La sentencia en el recurso subjetivo o de plena jurisdicción es declarativa de derechos; mientras que la acción de protección, no es declarativa de derechos, sin embargo, remedia el daño ocasionado de manera integral, tiene efecto retroactivo;

El término para plantear el recurso subjetivo o de plena jurisdicción es de noventa días contados desde la fecha de la notificación del acto materia de impugnación; mientras que la acción de protección debe proponérsela de manera inmediata, dejando a la sana crítica del juez calificar la inmediatez, la normativa no contempla un plazo determinado para su presentación;

El recurso subjetivo o de plena jurisdicción se lo puede activar de manera anterior, simultánea o posterior a otras posibilidades de impugnación; mientras que la acción de protección es residual o subsidiaria, es decir, necesariamente debe agotar otras instancias;

En el recurso subjetivo o de plena jurisdicción no se dictan medidas cautelares, mientras que en la acción de protección si se puede dictar medidas cautelares;

El recurso subjetivo o de plena jurisdicción admite un tercero coadyuvante; mientras que en la acción de protección no se admite tercerías, el efecto de la decisión es *inter partes*;

En el recurso subjetivo o de plena jurisdicción y como parte del debido proceso judicial se admite la práctica de pruebas; mientras que en la acción de protección la práctica de pruebas es discrecional;

El recurso subjetivo o de plena jurisdicción debe cumplir con las formalidades afines a su naturaleza; mientras que la acción de protección es un mecanismo rápido, eficaz y sumarísimo; y,

El recurso subjetivo o de plena jurisdicción se resuelve en la justicia ordinaria; mientras que la acción de protección en la justicia constitucional.

CAPÍTULO III.

1. Principios generales de la jurisdicción contencioso administrativa.

Jorge Zavala Egas, a propósito de la relevancia de los principios generales del Derecho Administrativo nos enseña: *“Se parte en el ordenamiento jurídico administrativo de la necesidad de aceptar que lo común es el fenómeno de la legislación imperfecta, esto es, de normas escritas y expresas que no prevean todos los casos que pueden surgir de relaciones jurídico-administrativas, en cuyo caso, se hace necesario que el juez integre el ordenamiento jurídico positivo para resolver el supuesto no legislado. Ante esa circunstancia, el juez, lo hace, precisamente, acudiendo a los principios generales del Derecho, a la analogía y a la interpretación extensiva (...)”*¹⁵

Sobre lo mismo, el maestro Patricio Secaira, opina: *“Los principios son las convicciones ético jurídicas de carácter concreto en las que sostiene una sociedad determinada, son sus pilares básicos; pero por provenir de un organismo estructurado integrado por seres humanos, están en permanente movimiento van cambiando constantemente, de acuerdo a los nuevos intereses o circunstancias que son las que los motivan”*¹⁶

Acerca de los principios básicos de la justicia administrativa Ernesto Velásquez Baquerizo, señala: *“Resulta conveniente homogenizar conceptos básicos fundados en los principios universales del derecho, ellos constituyen la diferencia entre democracia y autoritarismo (...) en un sistema de libertades públicas, evidenciadas*

¹⁵ Zavala Egas, Jorge. Introducción al Derecho Administrativo. Edino 2003. Págs. 227 y 228.

¹⁶ Secaira Durango, Patricio. Texto Guía de Derecho Administrativo. Loja – Ecuador. Pág. 59.

por el control de la legalidad que evite el abuso del poder, privilegiando los mecanismos de tutela jurídico-constitucional de los individuos frente al gobierno”¹⁷

Respecto a la trascendencia de los principios generales del Derecho Administrativo Juan Carlos Cassagne, expresa: *“En el Derecho administrativo confluyen, con mayor o menor intensidad los elementos normativos del sistema jurídico, los valores que dan contenido justo a la aplicación e interpretación del Derecho junto a los datos de la experiencia que refleja la realidad social a través del comportamiento de las normas, tanto en la jurisprudencia como en la práctica o costumbre. De ahí la trascendencia que revisten los principios generales en cuanto ellos reafirman sus funciones aplicativas e integrativas para hallar la solución justa en un caso determinado mediante la técnica llamada tópica, originaria del Derecho romano y revalorizada por la ciencia jurídica alemana y española del siglo pasado”¹⁸*

Los principios constituyen la base doctrinaria que hace la unidad en que se sustenta el procedimiento administrativo como institución jurídica, los que recogidos por el legislador han permitido evitar la dispersión y el individualismo de quienes buscan un beneficio particular antes que el de la colectividad; de esta forma, como dice el profesor Vedel, autor citado por Ernesto Velásquez, *“se establece una separación entre las autoridades administrativa y judicial que deben proceder aplicando su competencia en función de la materia y el territorio, de tal manera que la competencia de la autoridad administrativa nace de la atribución que le otorga la ley o el reglamento y los principios universales del Derecho para que pueda resolver en sede administrativa, siguiendo el procedimiento que ellos le determinen como límites y goza de autotutela; en tanto que el juez, que ejerce jurisdicción y produce el*

¹⁷ Velásquez Baquerizo, Ernesto. La nueva justicia administrativa: Diagnóstico de Derecho Contencioso Administrativo y Fiscal en el Ecuador. CLD. Pág. 127.

¹⁸ Cassagne, Juan Carlos. El Principio de Legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Marcial Pons Argentina S.A. Pág. 22.

*acto jurisdiccional, está investido del poder controlador para la legitimidad y tutela jurídica del Estado”.*¹⁹

El mismo Cassagne, acerca de las peculiaridades de los principios generales en el Derecho Administrativo, nos enseña que el *“Derecho administrativo es, sin duda, el terreno más fértil y propicio para la aplicación e integración de los principios generales del Derecho. Así se desprende de su propia naturaleza como rama no codificada ni confiable en su totalidad, que en sus orígenes y aún hoy en algunos de los principales países de Europa es de creación eminentemente pretoriana. Esto explica, de algún modo, la trascendencia del papel que cumplen los principios generales y su contribución a forzar la coherencia del orden normativo, así como su utilidad para llenar las lagunas del Derecho”.*²⁰

Los principios generales aplicables al proceso administrativo a criterio de los españoles Ramón Fernández y García Enterría, autores citados por el Profesor Ernesto Velásquez, son los siguientes:

El Principio de Legalidad refleja la pretensión de legitimidad que todo poder propone como justificativo de sus actos, lo que hace el fundamento del poder jurídico del Estado Social de Derecho. La justificación más general proclama la idea que el poder procede de la voluntad comunitaria expresada en la ley, cuya fuerza coercitiva no puede resistir el ciudadano. A ello se suma la razón de ser de la separación de poderes reflejada en la teoría contemporánea de la división de funciones, que constituye la estructura del ordenamiento legal que ha confiado al legislativo la facultad de emitir la ley por sí o por delegación; al ejecutivo la de ejecutar o gobernar en aplicación de las normas emitidas por la legislatura, lo que en cierta forma somete

¹⁹ Velásquez Baquerizo, Ernesto. La Nueva Justicia Administrativa: Diagnóstico de Derecho Contencioso Administrativo y Fiscal en el Ecuador. CLD. Quito-Ecuador. Pág. 126 y 127.

²⁰ Cassagne. Juan Carlos. El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa. Marcial Pons Argentina S.A. Pág. 24.

esta función a la primera, base de preeminencia para el legislador y limitante para el gobernante, que construye el equilibrio de la legalidad del Estado democrático. A ello se suma que la Función Judicial debe sujetar su libertad, como expresión directa de la soberanía en igualdad de condiciones que el poder normativo, queda definitivamente legalizado, sometido a la ley. Lo narrado pretende sintetizar lo que significa el sistema jurídico y político del Estado democrático y la estructura de la legalidad de la administración pública, la que sometida a la ley debe obrar en los límites jurídicos- legales que la Constitución y leyes del ordenamiento jurídico le determinen.

El Principio de Autotela, constituye un sistema que los tratadistas españoles definen como una capacidad de una persona jurídica como la Administración al señalar “*que la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statu quo eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial*”. Gracias a éste principio la jurisdicción contencioso administrativa esta bajo el control de la Función Judicial (que ya no es el caso ecuatoriano) por encontrarse bajo el autocontrol administrativo, como base en la herencia histórica de la separación entre administración y justicia, como ejercicio de la potestad gubernamental, la primera, y controlador de la legalidad, la segunda. De esta manera se preservan los privilegios que la potestad de gobernar tiene para la administración que luego como persona debe comparecer ante los jueces para ser juzgada.

El Principio de Juridicidad es utilizado por muchos autores en el mismo sentido que el principio de legitimidad, comprende tanto la legalidad en el sentido estricto como la razonabilidad o justicia. El otro sentido de la legalidad tiene sus raíces en la escolástica que no repugna la identificación de la ley con el derecho. Al respecto, el concepto de juridicidad de raíz positivista, no expresa la idea de la justicia material ni de los principios generales del Derecho, sino más bien la de un principio que basa la

validez de un acto o reglamento administrativo en las circunstancias que tenga fundamento en la norma superior, lo que resulta coherente en autores enrolados en esta tendencia. No obstante, en la doctrina española la juridicidad suele ser utilizada también como comprensiva de la legalidad y de la justicia o razonabilidad.

El Principio de Economía Procesal exige que la actuación administrativa se desarrolle con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia, sirviendo como base para los criterios interpretativos al resolver sobre la aplicación de las normas de procedimiento en el obrar administrativo. Este principio ha positivizado, generalizándolo en normas expresas de orden constitucional que permiten valorar la incidencias de los vicios de forma o procedimiento tienen sobre la decisión o resolución principal, aportando soluciones que permitan conservar los actos y trámites no afectados por el defecto o infracción cometidos en el procedimiento. En nuestro sistema se aplica este principio por mandato expreso de la Constitución, aunque por extensión debería aplicarlo a toda la administración que en razón del crecimiento burocrático los trámites tienden a complicarse.

El Principio *in dubio pro accione* guarda íntima armonía con el anterior, garantiza la interpretación más favorable al ejercicio de acción, asegurando por sobre dificultades de forma una decisión sobre el fondo del asunto objeto del procedimiento. El Procedimiento administrativo no ha sido ciertamente concebido por el legislador como una carrera de obstáculos cuya superación sea requisito necesario para la adopción de la resolución final, sino como un cauce ordenado capaz de garantizar la legalidad y el acierto de aquella dentro del más absoluto respeto de los derechos de los particulares. Pertenece pues, a la esencia misma de la institución la tendencia a la prosecución del camino en que el procedimiento consiste hasta llegar a esa decisión final, eficaz y justa que constituye el objetivo al que se ordenan todos los requisitos y trámites intermedios.

El Principio de Oficialidad hace referencia a la atribución otorgada a la administración para impulsar de oficio los trámites, de tal manera que está obligada a desarrollar el procedimiento sin que sea necesario la excitativa del particular. Este principio es un rezago inquisitorial que está limitado, al igual que el anterior por las garantías fundamentales previstas en la Constitución. Nuestro ordenamiento materializa este principio en el artículo 88 del Estatuto Jurídico de Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva, que determina que los actos administrativos que se dicten, sea de oficio o a instancia del interesado, deben ser expedidos por el órgano competente y acorde al procedimiento establecido en el artículo 103, al ordenar que obligatoriamente se tramite en el recurso interpuesto, aplica también en forma tácita el principio que comentamos. Expresamente lo encontramos en el artículo 112 del referido Estatuto.

El Principio de Legitimación, doctrinariamente, se hace presente cuando se promueve un procedimiento administrativo o cuando se participa de uno que se encuentre en marcha, se precisa estar legitimado, esto es, poseer en particular una cualificación específica por la relación que se tenga con el procedimiento que habilite la titularidad de poseer un interés directo, personal y legítimo que este afectado por la resolución administrativa que es materia de impugnación. Cuando nuestra Constitución reconoce el derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y la prohibición de hacerlo a nombre del pueblo, se está incorporando a nuestro ordenamiento jurídico este principio.

El Principio de Imparcialidad, pretende que la administración sea consciente de su responsabilidad, que le permita obrar en aplicación de sus facultades regladas y con los límites a sus facultades discrecionales que no pueden ser irresponsables e infinitas. Por la aplicación de este principio la administración estaría exigida de marginarse de las decisiones, no obstante sabemos que en aplicación del principio de autotutela, la administración posee fuerza para imponer sus propias decisiones y para revocarlas en aplicación del interés público siempre que observe el principio positivo

de limitación de las competencias que establece la Constitución. El papel de la administración la lleva a tomar decisiones, pero también le exige la calidad de árbitro entre intereses particulares contrapuestos que ha obtenido por la neutralidad que frente a los individuos en conflicto posee.

El Principio de Publicidad del Procedimiento Administrativo se opone al que pide manejo secreto del trámite administrativo, que ha sido una postura histórica de la administración provocando la tensión publicidad-secreto, contrapuesta a los derechos ciudadanos que garantizan la publicidad de los actos y trámites de la administración pública. La universalidad de la sociedad ha permitido que este principio en la era de las telecomunicaciones vía satélite, sea determinante para la sociedad informatizada que busca proteger la intimidad y la honra de las personas sin afectar la publicidad de los trámites que son llevados en el procedimiento administrativo. La aplicación legal de este principio aparece en el artículo 3 de la Ley de Modernización, que determina para los procesos de ella aplicar entre otros principios, el de transparencia. El artículo 32 *ibídem*, por su parte, para asegurar la mayor corrección de la actividad administrativa y promover su actuación imparcial, reconoce a cualquier persona, sin más límite que su interés en la tutela de situaciones jurídicamente protegidas, lo que nos abre un cauce muy amplio, el derecho al acceso a los documentos administrativos en poder del Estado u organismos del sector público.

El Principio de Gratuidad del Procedimiento Administrativo según la doctrina fue siempre una afirmación expresa para determinar el carácter gratuito de todas las formas de procedimiento administrativo, lo que suponía la inexistencia de otros gastos que no sean del abogado que patrocinaba el trámite. Sin embargo, el cambio permanente que experimenta el Estado y la dinámica de la actividad han generado costos que no siempre puede absolver la administración, trasladando esta responsabilidad a quien activa un procedimiento. Actualmente, la Constitución de la República garantiza la gratuidad de la justicia, premisa que no siempre se traslada a la realidad.

2. Principios generales de la jurisdicción constitucional.

Para efecto de este análisis es necesario empezar por ubicar a los principios desde la perspectiva de la Constitución; en efecto, la Constitución de 1998, en su parte dogmática incluyó importantes principios de carácter general necesarios para la aplicación e interpretación de los derechos. Para Robert Alexy, autor citado por Ramito Ávila Santamaría²¹ en su ensayo “Los Principios de Aplicación de los Derechos”, los principios son mandatos de optimización. Al expresar que son de optimización, nos previene que su finalidad es alterar el sistema jurídico y también la realidad.

El principio es una norma ambigua, general y abstracta. Es ambigua porque requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes sino establece parámetros de comprensión. Es general porque rige para todas las personas o colectivos, públicos o privados; y es abstracta porque puede iluminar o servir como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica, por lo mismo, no es concreta.

Los principios, por otro lado, sirven de parámetros de interpretación, ayudan de forma decisiva a la valoración del ordenamiento jurídico; gracias a los principios podemos identificar las lagunas del sistema jurídico (anomias), así como sus antinomias.

Las constituciones en su parte dogmática pueden tener principios de aplicación y principios sustantivos. Los de aplicación son de carácter general. Los sustantivos se refieren al enunciado y desarrollo de los derechos. Por ejemplo: El principio de

²¹ Ávila Santamaría, Ramiro. Los principios de aplicación de los derechos. Constitución del 2008 en el contexto andino. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Pág. 39.

igualdad y no discriminación (que son de aplicación), se aplica para los derechos del buen vivir, de participación, de protección, en general para todos los derechos.

Recordemos que la Constitución de 1998, establecía en su artículo 16 que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos; en el 17, que los derechos se garantizan a todos sin discriminación; en el 18, que los derechos humanos son directa e inmediatamente aplicables, que se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia, que no se podrán exigir requisitos o condiciones no establecidos ni en la Constitución ni en la ley para su ejercicio, en el 19, que los derechos reconocidos y garantizados son los mencionados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y los demás que se deriven de la naturaleza de las personas; en los artículos 20 a 22, se establece que el Estado es responsable de su inobservancia o irrespeto. En definitiva, la Constitución de la República del Ecuador, recoge los principios de la Constitución de 1998, e incorpora y desarrolla algunos más.

En cuanto a la titularidad de los derechos el artículo 10 de la nueva Constitución, establece que *“las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución e instrumentos internacionales”*; éste enunciado rompe con la tradición de considerar que existían derechos individuales y excepcionalmente, colectivos.

La Constitución de 1998, clasificaba a los derechos en civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y por otra, en colectivos. Esta visión sin duda a criterio de Ramiro Ávila es restrictiva, resulta que solo los titulares de los derechos podían exigir los primeros y cualquier persona de la colectividad, los segundos. En cambio, la Constitución del 2008, todos los derechos tienen una *doble dimensión*, la individual y la colectiva, y doctrinariamente dejan de llamarse “subjetivos” para pasar a denominarse “fundamentales”.

La Constitución del 2008, expresa que todos y cada uno de los derechos que se enumeran a lo largo de su texto tienen dimensiones individuales y colectivas. Ilustremos con un ejemplo: Un ciudadano que se le niega el derecho a que conste su nacionalidad en la cédula de identidad, bien puede impugnar tal acontecimiento personalmente; pero también, puede demandar una ley en que se establezca el impedimento a la obligación de la autoridad para hacer constar la respectiva nacionalidad. La Constitución de 1998, dividía los derechos colectivos, en derechos indígenas, y del medio ambiente; esta dicotomía en la clasificación impedía que un derecho indígena o del medio ambiente pueda ser exigido en dimensión colectiva; o al contrario un derecho colectivo, pueda ser demandado individualmente. Respecto de este punto, la Constitución del 2008, establece que cualquier persona, comunidad, pueblo o nacionalidad, podría demandar una acción de protección de derechos, cuya solución beneficiaría colectivamente.

La violación de los derechos humanos no puede ser ajena a persona alguna. Al Estado y a la comunidad les interesa que se sepa cuando hay violaciones y que se corrijan las actuaciones atentatorias a los derechos. Esta práctica, ha sido extendida al área del hábeas corpus, donde se admite que cualquier persona demande la libertad de quien se encuentra privado ilegalmente, similar situación ocurre con la protección del medio ambiente; y en materia legal, se faculta a cualquier persona para que ponga en conocimiento del fiscal la existencia de una infracción penal, como también en el ámbito internacional cualquier persona puede poner en conocimiento de la Comisión de Derechos Humanos la violación de derechos reconocidos en la Convención de Derechos Humanos; en otras palabras, no se puede tolerar impasiblemente la violación de derechos sin recurrir a las acciones constitucionales.

El principio de igualdad en la nueva Constitución tiene algunas variantes interesantes. Se reconoce la igualdad formal, la igualdad material y la prohibición de discriminación. La formal, significa que todas las personas deben ser tratadas de igual manera; la igualdad material se presenta cuando hay que proteger las

diferencias personales y excluir las diferencias sociales; y, en cuanto a la prohibición de discriminación enumera los criterios por los que se puede discriminar y los prohíbe expresamente; y a las tantas que ya contemplaba la Constitución de 1998, se incluyen la de género, de cultura, de ideología, del portar del VIH, la diferencia física, el pasado judicial y la condición migratoria.

El numeral 3 del artículo 11 de la Constitución establece que *“los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrado o judicial, de oficio o a petición de parte”*. Esto quiere decir, que cualquier norma jurídica que esté vigente y además sea válida, es decir, que haya sido expedida por órgano y autoridad competente, siguiendo las reglas para su creación y no contradiga los principios constitucionales, tiene que ser aplicada, esto además, tiene relación con la fuerza vinculante de la Constitución.

La Teoría tradicional del derecho estima que en la Constitución se pueden encontrar dos tipos de normas: Unas de directa aplicación y otras programáticas. En el neo constitucionalismo toda norma es aplicable, la distinción entre normas programáticas y de directa aplicación es irrelevante. Si los derechos son aplicables directamente, las garantías que son las herramientas para su efectividad, también deben serlo.

Todo derecho es justiciable. En la Teoría tradicional de los derechos humanos, solo los derechos que tenían dimensiones negativas podían ser justiciables, en virtud de que no significaban erogación alguna por parte del Estado, con lo cual, era evidente que el Estado estaba abusando de su poder. La doctrina y la jurisprudencia han ratificado que todo derecho es justiciable; es así que la Constitución del 2008, así lo expresa y desarrolla.

Las constituciones andinas, concretamente las de Bolivia, Perú y Venezuela, reconocen que todo derecho es justiciable. La Constitución colombiana es la única que establece una distinción entre los derechos justiciables y directamente aplicables, y los otros que tendrían naturaleza programática; sin embargo, hay que destacar que la Corte Constitucional colombiana ha justicializado, derechos económicos, sociales y culturales.

Así mismo, el numeral 4 del artículo 11 de la Constitución prohíbe “*ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales*”. Esta prohibición de restricción normativa *infra constitucional* tiene relación directa con la Supremacía de la Constitución, el principio *pro homine* y el de progresividad. a) En virtud del principio de supremacía de la Constitución, al reconocerse un derecho o una garantía, éstas no pueden ser irrespetadas por lo que bien pueden tornarse inválidas. b) De existir duda en el alcance de una norma, y si quien debe interpretarla no está seguro si la regulación es restrictiva o no, por el principio *pro homine*, debe entenderse que la norma sospechosa de restringir derechos no deberá ser aplicada. c) El principio de progresividad supone que los derechos y garantías deben ir de menos a más; la Constitución establece un punto de partida que debe ser desarrollado y expandido en todo sentido y alcance de protección. Las constituciones comparadas no reconocen expresamente este principio consagrado por el Ecuador.

Por su parte el numeral 5 del artículo 11 establece el principio de “*aplicación más favorable*” “Este principio supone que hay dos normas aplicables para un mismo caso; que hay dos interpretaciones posibles para una misma norma. En cualquiera de los dos casos habrá que aplicar la interpretación que favorezca efectivamente el ejercicio de derechos.

Precisemos las características esenciales de los derechos: La Constitución del 2008, recoge lo que en un momento fue un pedido de la comunidad internacional, “*todos*

los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”. Inalienables es decir que ningún poder los puede vaciar en su contenido; irrenunciables, quiere decir que una persona no puede renunciar bajo circunstancia alguna a la titularidad de estos derechos; así mismo los derechos al igual que las personas son integrales, no se puede sacrificar un derecho a costa de otro, por tanto son indivisibles; también son interdependientes, esto quiere decir que se relacionan entre sí, la violación de un derecho puede afectar a otro; son de igual jerarquía, esto significa que cualquier clasificación sobre derechos humanos no implica jerarquización alguna, no por estar al final, segundo o quinto de su enumeración signifique que es menos importante.

En este orden de innovaciones, la Constitución del 2008, recoge también dos importantes principios relativos a la teoría general de los derechos humanos: El principio de progresividad y el de no regresividad. Tradicionalmente se ha considerado que los derechos económicos, culturales y sociales eran de desarrollo progresivo y que solo los derechos civiles eran de cumplimiento inmediato. Lo cierto es que todos los derechos humanos tienen dimensiones de cumplimiento inmediato y de progresividad. Así también, será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de derechos. La regresividad está prohibida y solo se la puede tolerar siempre que exista un escrutinio de causas y consecuencias; es decir, solo si se justifica excepcionalmente puede ser aceptada y de manera temporal; esto a propósito de las políticas de educación y salud implementadas últimamente por el Gobierno.

Por último tenemos el principio de responsabilidad del Estado; en el caso del Estado absoluto se tenía como el más alto deber cumplir con la voluntad de la autoridad soberana; en el estado liberal, el más alto deber consistía en cumplir la ley; por su parte en el Estado constitucional, en cambio, el más alto deber consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución; los otros fines del

Estado, son secundarios; aún la defensa de la soberanía, si no tiene por objetivo la defensa de los derechos de las personas, queda relegado a un segundo plano.

En conclusión, los principios son normas jurídicas, propias del constitucionalismo contemporáneo, se caracterizan por su ambigüedad y amplitud en su aplicación y son imprescindibles para la solución de los conflictos que plantea el ordenamiento jurídico.

Como se ha señalado, la Constitución de 1998, ya incorporó muchos de ellos; la Constitución del 2008, los amplió y desarrolló.

3. Casos de improcedencia de la acción de protección previstos en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El presente análisis tiene como objetivo establecer si los casos de improcedencia previstos en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respeta los fines y objetivos materiales inherentes a la acción de protección prevista en el artículo 88 de la Constitución de la República, que dispone: *“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales (...)”*. De esta manera, se establecerá si la disposición legal en lo referente a la acción de protección, guarda conformidad con la Constitución.

Ciertamente, tal como se ha afirmado en varios encuentros, mesas redondas y seminarios sobre la temática, se hacía necesario implementar filtros legales y jurisprudenciales tendentes a demarcar la procedibilidad de la acción de protección y la pregunta de cajón constituía ¿Qué tipos de filtros debían ser implementados?, obviamente, aquellos que no contradigan el texto constitucional y que sobre todo, no

limiten el accionar creador y generador de Derecho del juez constitucional, tal es el caso de los filtros regulatorios. Cualquier error en la técnica legislativa a utilizarse, habría conllevado a la desnaturalización de esta garantía constitucional y por consiguiente, llevarla a una evidente inconstitucionalidad; así mismo, como consecuencia de este análisis podremos determinar si la acción de protección ha sido transformada, vía norma legal, en una acción de carácter residual o subsidiaria.

El artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece:

“Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede:

- 1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales;*
- 2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación:*
- 3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos;*
- 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz;*
- 5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho;*
- 6. Cuando se trate de providencias judiciales;*
- 7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.*

En estos casos de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma”²²

²² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art. 42.

En el primer punto, esto es, desde el punto de vista material de la garantía “*Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales*” supone que el asambleísta partió de la diferenciación de derechos propiamente constitucionales respecto de aquellos de orden secundario u ordinario. Dicha apreciación incurre en una grave apreciación respecto a la teoría planteada por Ferrajoli en su obra titulada “La ley del más débil”, invocada por Pablo Alarcón en su ensayo “Residualidad: Elemento generador de la ordinarización de la acción de protección” al señalar que “*El autor italiano, jamás marcó diferencias entre derechos constitucionales y fundamentales-aspecto descartado de plano por el artículo 11 numeral 6 de la Constitución ecuatoriana, “todos los principios y derechos son interdependientes y de igual jerarquía”*”²³, diferenciación que lejos de guardar armonía con el texto del artículo 88 de la Constitución, fortalece el principio de interdependencia de los derechos, todo lo contrario a lo establecido en la Constitución de la República.

El segundo punto se refiere a los *actos revocado o extinguidos*, se trata pues, de un filtro regulativo que guarda compatibilidad con lo previsto en el artículo 88 de la Constitución, en razón que la garantía procede con respecto a vulneraciones de derechos constitucionales *provenientes de actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial*; y lo principal, es claro que un acto revocado o extinguido al ser expulsado del ordenamiento jurídico deja de producir efecto alguno.

El tercer punto relativo a las demandas *que impugnen exclusivamente la constitucionalidad o legalidad del acto que no conlleven la violación de derechos*, hacen relación a un filtro que también es regulatorio y esto se explica, en la medida de que para el primer caso, existe la acción pública de constitucionalidad prevista en los numerales 2 y 4 del artículo 436 de la Constitución de la República; y para el segundo, es claro que en cuanto a temas de mera legalidad que no conlleven

²³ Alarcón Peña, Pablo. Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Pág. 585.

vulneración de derechos constitucionales, los mecanismos y vías idóneas para su impugnación son aquellos inherentes a la justicia ordinaria reconocidos en el artículo 177 y siguientes del texto constitucional.

En cuanto al cuarto punto, “*cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz*”, comporta por decir lo menos, una evidente e incomprensiva contradicción con el texto constitucional, tanto porque se refiere a una sola categoría de los actos de autoridad como es el caso del “acto administrativo”, lo cual ya constituye una verdadera restricción respecto de los “otros actos”, cuanto porque, la Constitución hace referencia expresa de la procedencia de la acción respecto de actos u omisiones de cualquier autoridad pública que no sea judicial; sin embargo, la Ley termina por desechar la procedencia de los mismos, con la restricción del acto administrativo, lo que además evidencia que se rompe con el “garantismo” que profesa la Constitución al pretender ampliar el ámbito de protección de los derechos mediante esta acción.

Es evidente que la intención del legislador fue evitar la yuxtaposición entre la acción de protección y el recurso subjetivo o de plena jurisdicción natural a la jurisdicción contenciosa administrativa; habría bastado con implementar los filtros previstos en los numerales 1 y 3 del artículo en estudio, relativas a la improcedencia de la acción respecto de temas de estricta legalidad, que no conlleven vulneración de derechos constitucionales, no obstante los cuestionamientos efectuados especialmente al previsto en el numeral 1.

Así mismo, el hecho de que se establezca la improcedencia de la acción respecto a actos administrativos *que puedan ser impugnados en la vía judicial*, impide como es lógico, que nunca se pueda acceder a la acción de protección directamente, sino como resultado de un dictamen judicial, y la activación de la acción extraordinaria de protección.

Del mismo modo, resulta incomprensible, que el recurrente deba ante la vulneración de derechos constitucionales provenientes del acto administrativo justificar que no

existe otra vía judicial a la cual acceder para la protección de sus derechos, lo cual, ni siquiera se establece bajo qué parámetros, y que si bien no se menciona, supone el agotamiento de otras vías, lo cual hace que, de modo irremediable el juez inadmita la causa.

Ante la amenaza que supone la vulneración de un derecho fundamental reconocido en la Constitución, resulta paradójico obligar al afectado acuda previamente a un mecanismo de protección judicial ordinario lleno de formalidades, lo cual a su vez supone, una revisión previa de legalidad; o la labor casi imposible de justificar que las vías ordinarias no son adecuadas ni eficaces en razón de que tampoco se establecen parámetros para ello; hasta tanto, la celeridad, eficacia y efecto ampliamente reparatorio que propugna la Constitución para esta acción de protección se vería restringida.

Lo expuesto, nos lleva a la conclusión de que el numeral 4 del artículo 42 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es un filtro de forma que lejos de incentivar la labor del juez constitucional como un ente creador del Derecho y protagonista directo del desarrollo progresivo de los derechos, más bien se lo incentiva para que continúe en el rol de un juez mecánico, que no obstante tener conciencia de la existencia de vulneraciones de derechos, su reacción será inadmitir la causa por falta de agotamiento de otros medios procesales, generando como ya se observa situaciones de constante indefensión.

En cuanto al quinto punto *relativo a la pretensión del recurrente de que se le declare un derecho*, encontramos que también se trata de un filtro regulativo; la razón es que la pretendida *declaración de un derecho*, no puede ser y así se lo debe entender que se refiera a un derecho constitucional, pues estos ya se encuentran declarados en la Constitución y son universales, justiciables, indivisibles y de igual jerarquía; en otras palabras, el juez constitucional deberá limitarse en su fallo a declarar y reparar la vulneración de derechos constitucionales, que no es lo mismo que declarar un derecho constitucional. Es evidente además, que en virtud del principio de

interpretación sistemática de la Constitución, resulta claro que la acción de protección no puede constituir la vía de reemplazo de otros mecanismos de protección inherentes a la justicia ordinaria, lo que deviene en que la acción de protección no es el medio adecuado y eficaz para exigir la declaración de un derecho cuya fuente sea un acto jurídico que más bien puede tener otros orígenes como es el caso de los contratos, los títulos, entre otros.

El sexto punto hace relación que la garantía *no procede respecto a providencias judiciales*, lo cual es lógico, la vía idónea existente para la protección de vulneraciones de derechos constitucionales provenientes de las decisiones judiciales, es la acción extraordinaria de protección prevista en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República; por lo mismo, el filtro regulatorio utilizado, es adecuado y guarda conformidad con el artículo 88 del referido texto constitucional.

El séptimo punto hace referencia a que la garantía *no procede cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral*, situación que exige algunas precisiones:

Conforme a la Constitución de la República, todos los actos u omisiones que emanen de toda autoridad pública son justiciables y sus actuaciones en virtud del principio de limitación positiva de las competencias deben someterse a la Constitución y a la ley.

Si bien es verdad, la Constitución en su artículo 217 y siguientes le reconoce de manera expresa a la Función Electoral un Tribunal Contencioso Electoral como el órgano jurisdiccional de las actuaciones del Consejo Nacional Electoral, esto no significa que éste órgano no pueda generar vulneraciones a derechos constitucionales por sus actos u omisiones, y por lo tanto dichas actuaciones sean susceptibles de acción de protección, por cuanto las mismas, dada su naturaleza sin pueden ser objeto de “desvíos de poder” y por tanto gestoras de vulneraciones constitucionales especialmente aquellos relacionados con el derecho de participación. Por lo tanto, el numeral 7 del artículo en análisis, ha excluido sin razón aparente que lo justifique la posibilidad de impugnar mediante acción de protección los actos provenientes del

Consejo Nacional Electoral, en cuya circunstancia estamos frente a un filtro restrictivo de derechos y por tanto, una residualidad de orden electoral

Adicional a ello, desde la perspectiva constitucional, “la acción extraordinaria de protección” debería ser el medio adecuado para constatar las posibles vulneraciones a derechos constitucionales provenientes de la actuación del órgano jurisdiccional de la Función Electoral.

En conclusión, hemos evidenciado la serie de restricciones que contiene la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que en nada se asemeja con el nuevo paradigma constitucional. Se hace necesario pues, una reforma urgente a la norma legal, que vaya a tono con el mandato constitucional. Al legislador le corresponde sincerarse con los verdaderos objetivos del Estado. El artículo 1 de la Constitución de la República da cuenta del paso del Estado Social del Derecho a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia aprobado mayoritariamente por el Pueblo ecuatoriano, lo que nos da la medida que tal postulado no puede menoscabarse ni restringirse, so pena de desconocer su mandato.

Corresponde entonces, otorgarle al juez las herramientas jurídicas que permitan hacer efectivo el objetivo del Estado, en este caso, es la creación de una Ley, conforme a sus postulados y generar el establecimiento de una verdadera jurisdicción constitucional que acredite el ejercicio pleno de derechos. Por lo tanto, se hace necesario dejar de lado la práctica judicial consistente en una operación de subsunción lógica, para convertirse en un ejercicio de argumentación e interpretación de los principios, reglas y valores constitucionales constantes en la Constitución como único mecanismo para hacer efectivo el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, al respecto, Pablo Alarcón, describe: *“La instauración del paradigma del Estado Constitucional en la Constitución ecuatoriana no puede ni debe ser entendida como una simple muletilla que dota de mera elegancia retórica la concepción tradicional del Derecho. Por el contrario, trae muchas consecuencias de orden sustancial que no pueden ser desatendidas. Una de ellas es el nuevo rol que se*

ve obligado a desempeñar el juez constitucional. Desde la perspectiva teórica, la decisión de la Asamblea Constituyente implica la eliminación del Estado legislativo, el establecimiento de una verdadera “Jurisdicción” constitucional que garantice la normatividad de la Constitución y permita el ejercicio pleno de los derechos, y la adopción de una nueva teoría del derecho que asuma la función crítica y no solamente descriptiva del derecho”.²⁴

²⁴ -----Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional. Ministerio de Justicia y derechos Humanos. Págs. 564 y 565.

CAPÍTULO IV.

1. Jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

La jurisprudencia de la jurisdicción Contencioso Administrativa es extensa y de lo más variada; sin embargo a fin de mantener coherencia con el estudio realizado en esta Tesis, estimo oportuno citar casos jurisprudenciales en lo relativo exclusivamente al recurso subjetivo o de plena jurisdicción, materia parte de éste análisis; para el efecto, tomaré algunos casos relevantes ya dados a conocer por distinguidos maestros y estudiosos del medio, entre los que cuentan distinguidos catedráticos de ésta Maestría de Derecho Administrativo que intentamos aprobar.

El Dr. Pablo Zambrano Albuja, en el Texto Guía de Patrocinio Público, nos trae a colación un fallo emblemático en primera instancia relativo al caso “Belmont Extra Suave”, el mismo que se ventiló en la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, mediante recurso subjetivo o de plena jurisdicción, cuyo texto pasamos a transcribir:

“TRIBUNAL DISTRITAL No. 1 DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- SEGUNDA SALA.-Quito, 1 de marzo de 2005, las 9H31.-VISTOS: El Dr. Rodrigo Bermeo R., en su calidad de apoderado para asuntos de propiedad industrial de las empresas Inversiones Plurimarcas S.A., y British American Tobacco Company Limited formula recurso subjetivo o de plena jurisdicción en contra de la resolución No. 0959905 expedida por el Director de la Propiedad Industrial el 15 de julio de 1997, notificado el 28 de julio de 1997, por la cual rechaza la solicitud de registro de la marca BELMONT EXTRA SUAVE (etiqueta); así como de la resolución expedida por el Ministro de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca comunicada en oficio No. 1973295 de 30° de septiembre de 1997 (...) La causa se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera: PRIMERO.- El Tribunal es competente para el conocimiento y resolución del presente asunto

conforme ordenan los artículos 1, 2, 3 y 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. La Sala tiene asegurada la suya por el sorteo realizado. SEGUNDO.- No se observa en la tramitación de la causa omisión de solemnidad alguna que pueda influir en su decisión, razón por la cual se declara la validez del proceso. TERCERO.- Con los documentos aparejados al proceso, se encuentran legitimadas las intervenciones de los profesionales del Derecho que comparecen como apoderados de las empresas referidas en la parte expositiva de esta sentencia. CUARTO.- Los actos administrativos que se impugnan son: a) La resolución de 15 de julio de 1997, expedida a las 10H30 por el Director Nacional de Propiedad Industrial, por la cual se aceptan las dos observaciones presentadas por TANASA e ITABSA, se deniega el registro de la marca de fábrica BELMONT EXTRASUAVE (etiqueta) solicitada por Inversiones Plurimarcas S.A., solicitó el registro de la marca BELMONT EXTRASUAVE para proteger productos de la clase internacional No. 34; que, el 19 de mayo de 1994 TANASA presentó primera observación al registro de la misma, por ser titular, en el Ecuador, de la marca El Extra Suave, registro 1034/76 para proteger productos de la misma clase internacional; que el 19 de mayo de 1994 ITABSA, presenta segunda observación a ese registro, por ser titular de la marca BELMONT, registro 532/63, destinada a proteger productos de la misma clase internacional. Que con respecto a la acción de cancelación de la marca El Extra Suave de TANASA y analizadas las pruebas presentadas se desprende que la marca Extra Suave se ha usado y sigue usando conjuntamente con la marca Belmont de propiedad de Philip Morris Inc., consecuentemente no es procedente la acción de cancelación, por falta de uso, en contra del registro 1034/76, consiguientemente, se la rechaza. . Que la disposición transitoria quinta de la Decisión 313 no impide que un tercero haga valer sus derechos para impedir el registro de una marca similar o idéntica a la ya registrada para los mismos productos o para productos o servicios que puedan dar lugar a confusión sobre la procedencia de los mismos. Que analizados los archivos de la Dirección ha podido establecer que la primera observante, TANASA, es legítima propietaria en el Ecuador de la marca El Extra Suave. Que las denominaciones en controversia si son semejantes en la forma como

se encuentran redactadas, siendo definitivo el riesgo de generar confusión para el consumidor medio, ya que las denominaciones están destinadas a proteger productos idénticos. Que, la denominación solicitada para registro constituye la unión de las marcas observantes (Belmont y Extra Suave), las mismas que se usan conjuntamente para comercializar cigarrillos, constituyendo reproducción total de los signos anteriormente registrados y así usados en el mercado. Con respecto a la segunda observación, ITABSA, señala, que constan en los archivos que esa empresa es legítima titular de la marca Belmont. Que realizado el cotejo marcario y comparando, en conjunto las marcas en controversia en forma sucesiva, desde la óptica del consumidor medio, atendiendo sus semejanzas, y desde el punto gráfico, fonético, auditivo y conceptual se concluye que la denominación solicitada, Belmont Extra Suave (etiqueta) y la marca registrada Belmont, existen semejanzas determinantes, que inducirían a confusión al consumidor, sobre la procedencia de los productos. Que el factor tópico es idéntico, aumentando el riesgo de confusión, al ser, los productos, de igual naturaleza. Que las denominaciones en controversia protegen productos de la misma naturaleza: cigarrillos, por lo que el riesgo de confusión o error es mayor al momento de escoger uno u otro producto, diluyéndose la fuerza distintiva de las marcas registradas por los observantes. Que el literal a) del artículo 83 de la decisión 344 prohíbe el registro de una marca idéntica o se asemeje de forma que pueda inducir al público a error, a una marca anteriormente solicitada o registrada por un tercero, para los mismos servicios o productos, o para productos o servicios respecto de lo cual el uso de una marca pueda inducir al público a error. De lo cual se infiere que está prohibido el registro de marcas iguales o similares para productos de igual naturaleza pertenecientes a diferentes titulares; y, b) Oficio No. DGJ-1973295-MICIP de 30 de septiembre de 1997, suscrito por el Ministro de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca, dirigido al apoderado de Inversiones Plurimarcas S.A., y British American Tobacco Company Limited, por el cual se expresa que las normas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, no puede reformar los artículos 28 y 38 de la Ley de Modernización del Estado, pues de la simple lectura del artículo 7 del Código Civil

se infiere que los recursos deben establecerse por ley. Además que, de acuerdo al artículo 5 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, las resoluciones causan estado cuando no son susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa, por lo que niega por improcedentes los petitorios. QUINTO.- Habiéndose impugnado judicialmente, dentro de término, la resolución del Director Nacional de la Propiedad Industrial de 15 de julio de 1997, notificada el 28 de los mismos mes y año; es obvio que el otro acto administrativo impugnado, contenido el oficio No. DGAJ-1973295-MICIP de 30 de septiembre de 1997, no tiene incidencia procesal alguna; pues se limita a establecer la improcedencia del recurso interpuesto en vía administrativa, por considerar que la resolución del Director Nacional de Propiedad Industrial ha causado estado; en tal virtud cabe, solamente que la Sala se pronuncie con relación al primero de los actos administrativos materia del presente recurso. SEXTO.- Mediante oficio No. 181-STJCA-2003 de 13 de mayo de 2003, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina remite a la Sala interpretación prejudicial solicitada, la cual es requisito previo a la expedición de la sentencia en la causa, tanto más que el pronunciamiento del órgano comunitario es de aplicación obligatoria por parte de los órganos judiciales nacionales. Dicha interpretación, se refiere a los artículos 94, 96 y quinta disposición transitoria de la Decisión No. 313 de la Comisión de Acuerdo de Cartagena; y, a los artículos 81, 82 literales d) y e), 83 literal a), 108 y segunda norma transitoria de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; la misma que en sus partes relevantes señala: 1) Que los artículos 71 de la Decisión 313 y 81 de la decisión 344, cuyo tenor es el mismo, determina que los requisitos de un signo, para ser registrable, son; perceptibilidad, distintividad y susceptibilidad de representación gráfica. Que dicho artículo 81 define a la marca como “Todo signo perceptible capaz de distinguir los bienes o servicios idénticos o similares de otra”. Que el cumplimiento de estos requisitos es elemento básico previo al registro de un signo como marca; como lo son que aquel no incurra en ninguna de las causales de irregistrabilidad previstas en los artículos 72 y 73 de la Decisión 344 y 83 y 84 de la 344. Que la perceptibilidad es la capacidad del signo para ser aprehendido captado por uno de los sentidos del consumidor, quien por ello

puede comprarla y diferenciarla, caso contrario no será susceptible de registro. Que la distintividad es función primigenia del signo para ser registrable como marca, pues es la razón de ser de la marca, ya que permite diferenciar o distinguir en el mercado de productos o servicios comercializados por una persona de los idénticos o similares de otra para impedir la confusión. Que la susceptibilidad de representación gráfica permite constituir una imagen o idea del signo, en sus características y formas, para posibilitar su registro, pues consiste en representaciones realizadas a través de palabras, gráficos, signos, mixtos, colores, figuras etc., de manera que sus componentes puedan ser apreciados en el mercado de productos. 2) Que, siendo la distintividad requisito para la registrabilidad del signo el literal d) del artículo 82 de la Decisión 344 señala que no pueden registrarse como marca los signos genéricos y descriptivos; es decir “aquellos que de manera exclusiva se refieran a la calidad, la especie, la cantidad, el valor, el lugar de origen, la época de producción, o que comprendan características o informaciones de los productos o de los servicios para los cuales han de usarse, pues sostener lo contrario sería disminuir el requisito de distintividad que debe tener el signo”. Sostiene el Tribunal Comunitario que no podrán registrarse los signos genéricos que se refiera directamente al producto, ya que al coincidir la marca con el nombre del producto o servicio, pierde distintividad frente a otros bienes o por lo tanto no puede cumplir con los requisitos comunitarios. Que, no todo signo es genérico, en relación con toda clase de productos o servicios, sino con referencia a ciertos y determinados productos. Que “la doctrina y la jurisprudencia aconsejan que para fijar la genericidad de los signos es necesario preguntarse ¿Qué es?, frente al producto y servicio que se trata. Y si la respuesta dada por el consumidor-sujeto final de la protección del registro marcario- es la denominación genérica, el signo por ser tal cae en las causales de irregistrabilidad. Así silla o mueble, son genéricos en relación con sus productos”; para continuar rozando en el sentido que las expresiones genéricas no son registrables, para evitar la apropiación exclusiva del uso de la lengua, pues permitir el registro de una de ellas, privaría injustamente el uso común de un término, lo que es indispensable para que los agentes económicos puedan desarrollar normalmente sus actividades mercantiles.

Que, las denominaciones descripciones hacen referencia de manera directa y exclusiva a las características, cualidades, cantidades, funciones, usos, modos de empleo, ingredientes composición, efectos y otras propiedades de los productos a los cuales se aplica, por lo que el Tribunal ha sostenido “que la naturaleza de un signo descriptivo no es condición *sine qua non* para descalificar *per se* un signo descriptivo; para que exista la causal de irregistrabilidad a que hacen referencia las normas citadas, se requiere que el signo por registrar se refiera exactamente a la cualidad común y genérica de un producto”. Señalando que: “Tampoco podrán registrarse los signos que se refieran a una o varias características y propiedades comunes ya que existiría conexión directa con los productos o servicios que se buscan amparar. La doctrina sugiere que uno de los métodos para determinar si un signo es descriptivo el formularse la pregunta ¿Cómo?, es el producto que se pretende registrar, de tal manera que si la respuesta espontáneamente suministrada- por ejemplo por un consumidor medio- es igual a la designación de ese producto, habrá lugar a establecer la naturaleza descriptiva de la denominación” (...) Por tal motivo, la causal de irregistrabilidad de un signo debe ser analizada en conexión directa con los productos que el signo va a proteger. Si resulta que del análisis efectuado entre los signos y los productos existe una relación genérica o descriptiva con el producto, el signo no podrá ser registrado como una marca. Pero si la situación planteada no presenta esa relación el signo puede ser registrado. Que los signos evocativos a diferencia de los descriptivos, no se refieren a las aplicaciones o cualidades del producto o servicio, sino que dan una idea sobre sus componentes o características, pues la denominación sugiere o evoca la cualidad, funciones o características de los productos o servicios a los cuales identifican; sin que el signo introduzca directamente el concepto del producto que designa y el consumidor que puede llegar a comprender a qué producto se refiere, con base a proceso deductivo complicado y difícil. 3) Que, la letra e) del artículo 82 de la Decisión 344 establece que no pueden registrarse como marcas los signos usuales o comunes porque son expresiones rutinarias que se emplean para identificar un producto. Como signos usuales dice la interpretación, se utilizan palabras e idioma extranjero y jergas, éstas últimas son

palabras inventadas que adquieren cierta popularidad. Que, si esas palabras usuales pertenecen a la colectividad y al mismo tiempo, su uso no es relativo a alguno en particular, se justifica entonces que su registro como marca este vedado, ya que no posee aptitud diferenciadora. La prohibición de registro impide que los signos de uso común o corriente puedan ser utilizados exclusivamente en un producto o servicio ya que no sería justo que se reconociera únicamente el derecho de uso a un solo titular. Y que este ejerza las facultades que le correspondan por ser propietario de esa denominación común sobre los demás que pretenden usarlos en la combinación con otros signos.

4. Que, uno de los objetivos del artículo 73 de la Decisión 313 y 84 de la Decisión 344 es prohibir el registro de aquellos signos que afecten a derechos de terceros, de conformidad con la normativa comunitaria; por lo que, establecen como irregistrables aquellos signos “que sean idénticos o se asemejen de forma que puedan inducir al público a error, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca puede inducir al público a error”. Que, la función de las marcas es identificar los productos o servicios de un fabricante o comerciante de los de igual o semejante naturaleza, que pertenezcan al competidor, por ello el signo no debe generar confusión respecto de los bienes o servicios distinguidos por otros solicitados previamente o por una marca registrada, puesto que estos gozan de protección legal que les otorga el derecho a la prioridad o el registro, respectivamente, conforme a la jurisprudencia reiterada, señala. En sentido la confusión en materia marcaria, se refiere a la falta de claridad al elegir una cosa por otra, a la que puedan ser inducidos los consumidores por no existir la capacidad suficiente para ser distintivo. A fin de evitar esta situación de confusión, la prohibición contenida en el literal a) del artículo 83 no exige que el signo pendiente de registro induzca a error a los consumidores o usuarios, sino que basta la existencia de este riesgo para que se configure aquella prohibición. Señala, igualmente la interpretación, que la identidad o semejanza de los signos pueda dar lugar a dos tipos de confusión: La directa e indirecta. La primera se caracteriza porque el vínculo de identidad o semejanza conduce al comprador a adquirir un producto determinado en

la creencia que está comprando otro, lo que implica también un cierto nexo entre los productos. La indirecta, caracterizada porque el citado vínculo hace que el consumidor atribuya, en contra de la realidad de los hechos, a dos productos o servicios que se le ofrecen, un origen empresarial común. Por tanto, de existir semejanza entre el signo pendiente de registro y la marca ya registrada, existirá el riesgo de que el consumidor relacione y confunda aquel signo con esa marca. En el presente caso, procede establecer la existencia o no de semejanza entre el signo pendiente de registro y las marcas previamente registradas, cuya comparación habrá de hacerse desde sus elementos fonético, gráfico y conceptual. Sin embargo dicha comparación deberá ser conducida por la impresión unitaria que el signo habrá de producir en la sensibilidad igualmente unitaria del consumidor medio a que está destinado. Por ello, la valoración deberá hacerse sin descomponer la unidad de cada signo, de modo que en el conjunto de los elementos que lo integran, el todo prevalezca sobre sus partes, a menos que aquel se halle provisto de un elemento dotado de tal aptitud distintiva que, por esta razón especial, se constituya un factor determinante de la valoración. Que la similitud ortográfica se produce por el parecido de las letras entre los signos a compararse, en los que la sucesión de vocales, la longitud de la palabra o palabras, el número de sílabas, las raíces o las terminaciones iguales., pueden incrementar el grado de confusión. Que, la similitud fonética depende de la identidad de las sílaba tónica y de la coincidencia en las raíces o terminaciones y que, a fin de determinar el riesgo de confusión debe considerarse las particularidades de cada caso, pues las marcas denominativas se forman por un conjunto de letras que al ser pronunciadas emiten sonidos que se perciben por los consumidores, de modo distinto, según su estructura gráfica y fonética. Que la similitud ideológica se configura entre signos que evocan una idea idéntica o semejante. Que, en definitiva, el Tribunal estima que la confusión puede manifestarse cuando, al percibir la marca, el consumidor supone que se trata de la misma a que está habituado, o cuando, si bien encuentra cierta diferencia entre las marcas en conflicto, cree, por su similitud proviene del mismo producto o fabricante. Que, para verificar la existencia del riesgo de confusión deberá tomarse en cuenta los

criterios doctrinales recogidos por la jurisprudencia, cuyas reglas determinan: La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas. Las marcas deben ser examinadas de forma sucesiva y no simultánea. Debe tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existen entre las marcas. Quien aprecie la semejanza deberá colocarse en el lugar del comprador presunto, tomando en cuenta la naturaleza de los productos o servicios identificados por los signos en disputa; por lo tanto, interpreta el Tribunal Comunitario “el consultante deberá tener en cuenta, de conformidad con el literal a) del artículo 83 de la decisión 344 (...)” que también se encuentra prohibido el registro del signo cuyo uso pueda inducir al público a error si, además de ser idéntico o semejante a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercer, tiene como objeto un producto semejante al amparado por la marca en referencia, de que dichos productos pertenezcan a la misma clase del nomenclátor o a clases distintas. 5) Que el derecho de exclusividad se obtiene cuando el signo accede al registro marcario, el cual está garantizando con ese registro, cuya finalidad es la distintividad, al poder individualizarse de otras marcas que se encuentren en el mercado, protege que el consumidor no incurra en confusiones y protege la creación del titular de la marca; pues al obtener el registro se generan para su titular dos facultades: el uso exclusivo y la posibilidad de impedir a otros el uso de la marca. 6) Que el artículo 108 de la decisión 344 establece lo relativo a la cancelación del registro marcario y la prueba de uso de la marca, señalando que el objeto de solicitar el registro es utilizarla de acuerdo a la finalidad de los productos o servicios que ella ha de proteger, si tal finalidad existe o no, se demuestra que ha existido, será la razón valedera para que se cancele ese registro. La cancelación produce la extinción del derecho a la marca, por su desuso, mecanismo que garantiza el uso efectivo de la marca y obliga a su titular a utilizarla en productos o servicios para las cuales se destinó. Que la acción de cancelación la puede ejercer el interesado, cuando la marca no ha sido usada, en uno de los países miembros o, la puede ejercer el titular legítimo cuando su marca es idéntica o similar a una notoriamente conocida al momento de solicitarse el registro. Pudiendo solicitarse también la cancelación, como medio de defensa en un procedimiento de nulidad, de

observación, o de infracción interpuestos con base a la marca no usada. El Tribunal se remite al proceso No. 15-IP-99, marca Belmont GOAC, No. 528 de 26 de marzo de 2000, en la cual manifestó que: “Deberá entenderse para el caso concreto, que tendrá interés legítimo el titular de la correspondiente marca notoria a que alude el artículo 108; y también debe entenderse como legitimada para accionar, la persona natural o jurídica que pretenda usar la marca registrada y no utilizada. Adicionalmente cabe recordar que, de conformidad con lo estatuido en la segunda parte del inciso primero del señalado 108 de la Decisión 344, la acción de cancelación puede revestir la forma de excepción o medio de defensa en procedimientos de infracción, de observación o de nulidad interpuestos con base en la marca no usada”. Que la condición para declarar cancelado el registro por falta de uso de la marca, es que no haya sido utilizada durante los tres años consecutivos anteriores a la fecha en que se inicie la acción de cancelación. Que la norma comunitaria acepta como medios de prueba de uso de la marca: facturas comerciales, inventarios y otras que la legislación interna admita. Pudiendo el titular de la marca, justificar su falta de uso, por circunstancias especiales que excusen tal falta, como la fuerza mayor, caso fortuito, requisitos oficiales impuestos a los bienes o por restricción a las importaciones, para lo cual la prueba deberá ser contundente. 7) Que las normas comunitarias no tiene efecto retroactivo por lo que son aplicables al tiempo de concreción siendo analizadas fundamentalmente dos teorías jurídicas: a) La de los derechos adquiridos, entendidos como aquellos que han entrado en dominio de su titular y no pueden ser modificados por normas posteriores, y b) La de los hechos cumplidos que se basa en el carácter innovador de las normas, la cual prefiere la aplicación inmediata, antes que la ultra actividad de las derogadas; para lo cual se parte de que las leyes posteriores deben suponerse mejor que las anteriores. Que en el caso presente dice el Tribunal interpretador “el 12 de febrero de 1993 la empresa Inversiones Plurimarcas C.A., solicitó el registro de la marca Belmont Extra Suave, fecha en que se encontraba vigente la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, mientras que la resolución expedida por el Director Nacional de Propiedad Industrial es de junio 15 de 1997, fecha en la que ya se encontraba

vigente la Decisión 344. Sin embargo, durante el lapso transcurrido entre la presentación de la solicitud para el registro marcario y la evaluación y pronunciamiento de la entidad competente, tuvieron vigencia dos decisiones: la 313 y la 344; por lo que es pertinente señalar lo manifestado por este Tribunal de Justicia en la sentencia recaída dentro del proceso 4-IP-95, al referirse a los efectos de la determinación de la norma vigente para la fecha del acto administrativo: “Las normas del ordenamiento jurídico comunitario andino que se encuentran vigentes al momento de adoptarse las resoluciones internas que pongan fin a un pronunciamiento administrativo, son las aplicables para juzgar la legalidad del acto...”. En este sentido, si la norma sustancial vigente a la fecha de la solicitud de registro de una marca que se encontraba derogada al momento de llevarse a cabo la evaluación de la solicitud, la norma derogada será la aplicable para determinar si se encuentran cumplidos o no los requisitos de concesión de registro, mientras que la norma procesal posterior será la aplicable al procedimiento en curso. La misma regla será aplicable para aquellos casos en que se sobrevenga la impugnación posterior de un registro de marca”. 8) Que para la consolación de un régimen de competencia leal en el mercado es esencial que se aplique todas las transacciones el principio de buena fe objetiva a que se refiere a que el uso por terceros, no titulares de la marca, debe hacerse con el consentimiento del titular y no se induzca a error al público consumidor y se indique que es para identificar o informar de ese producto o servicio, lo cual está autorizado por el artículo 96 de la Decisión 313, siempre que exista la buena fe del tercero que se resume en una adecuada información. No existiendo la buena fe cuando hay tergiversación o engaño de la marca, teniendo el titular, derecho a oponerse y ejercer acciones para terminar con esa actuación. Que el registro de la marca no confiere al titular, derecho de prohibir a un tercero el uso de la marca para anunciar, ofrecer en venta o indicar la existencia o disponibilidad de productos legítimamente marcado, siempre que el uso sea de buena fe, se limite al propósito de información al público y no sea susceptible de inducirlo a error o confusión sobre el origen empresarial de los respectivos productos. 9) Que en principio el derecho de prioridad de una marca se aplica en el ámbito territorial de un

país miembro, donde se solicitó el registro, sin embargo, según la quinta disposición transitoria de la Decisión 313 también gozará de derecho preferente de registro en todo el territorio comunitario, siempre que verse sobre marcas registradas con antigüedad superior a diez años y que no exista una marca idéntica previamente registrada en el país en el que se quiere registrar la misma marca. Que el derecho de prioridad, dice la interpretación, es el reconocimiento jurídico que se otorga a quien con anterioridad solicitó el registro de un marca o a quien ha sido titular del registro de una marca similar o idéntica a la nueva que pretende registrarse. Que la transitoria indicada se orienta a la nueva que pretende registrarse. Que la transitoria indicada se orienta a recompensar el empeño y esfuerzo del empresario al mantener su marca más de diez años en el mercado; y que, para que esta opción sea válida no deberá existir en el país miembro en el cual se pretende el registro de otra marca idéntica además que ampare los mismos productos o servicios; siendo que, la razón de esta negativa, es la de evitar la confusión entre los consumidores. Finalmente señala que, el derecho de prioridad puede ser ejercido dentro del término de un año, contado a partir de la vigencia de la Decisión 313, las conclusiones del documento interpretativo son consecuentes con las referencias señaladas. SÉPTIMO.- La Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena entró en vigencia en el Ecuador, a partir de la publicación en el Registro Oficial No. 893 de 13 de marzo de 1992, cuya Disposición Transitoria Quinta a la letra dice: “Los derechos de propiedad industrial concedidos válidamente en cualquiera de los países miembros, con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Decisión, que verse sobre marcas registradas, con antigüedad superior a diez años, gozarán del derecho preferente de registro en el resto de países miembros y por el término de un año contado a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión, siempre que no exista una marca idéntica previamente registrada en los países miembros donde se solicitare dicho registro, que ampare los mismos productos o servicios, o productos o servicios similares de modo tal que puedan inducir a público a error”. La norma transcrita contiene varios elementos que deben ser analizados en el presente caso; toda vez que la solicitud de registro de la denominación BELMONT EXTRA SUAVE (etiqueta),

presentada por inversiones Plurimarcas S.A., se la ha formulado con fundamento en dicha disposición comunitaria; al efecto se aprecia que tales elementos son los siguientes: a) Que los derechos de la propiedad industrial válidamente concedidos en cualquiera de los países miembros de la Comunidad Andina, deben haberseles adquirido con anterioridad a la vigencia de la Decisión; esto es, antes del 13 de marzo de 1992. b) Que estos derechos deben versar sobre las marcas registradas. c) Que la antigüedad del registro debe ser superior a diez años, es decir, el registro debe haberse concedido por lo menos diez años un día antes de la vigencia de Decisión Comunitaria. d) Que en tal situación, los titulares del registro antiguo gozarán del derecho preferente para registrar sus marcas en el resto de los países miembros. e) Que ese derecho preferente de registro solo puede ejercerse dentro del año siguiente a la entrada en vigencia de la Decisión Comunitaria. f) Que el registro solicitado es procedente cuando no exista una marca idéntica previamente registrada en el país en que se solicita el registro; y, g) Que la marca registrada ampare los mismos productos o servicios o servicios similares de modo tal que puedan inducir a error al público consumidor. Cabe entonces determinar si, en el presente caso concurren los elementos preestablecidos, a ese objeto, la Sala encuentra: Que Inversiones Plurimarca S.A., es propietaria de la marca BELMONT EXTRA SUAVE (etiqueta), para proteger productos de la clase internacional No. 34 (Cigarrillos, picadura y demás productos de tabaco), inscrita en Venezuela bajo el No. 79.508-F de 14 de julio de 1975; esto es, con anterioridad a la vigencia de la Decisión 313 de 13 de marzo de 1992, conforme aparece del expediente administrativo en el que consta copia, del mencionado registro como de la cesión otorgada por C.A., Cigarrera Bigott Sucesores a favor de la solicitante; la cual a su vez transfirió sus derechos a C. Cigarrera Bigott SUC. Por manera que tales derechos versan sobre una marca registrada en Venezuela, país miembro de la Comunidad Andina. La solicitud de registro se la presenta en el Ecuador, integrante también de la Comunidad Andina. Que el registro venezolano No. 79.508-F, ha sido concedido el 14 de julio de 1975, en tanto que la Decisión 313 entró en vigencia el 13 de marzo de 1992, de lo cual se infiere que la marca tiene una antigüedad superior a los diez años. Que la solicitud de

registro ha sido presentada en el Ecuador el 12 de febrero de 1993 bajo el No. 37103; esto es, dentro del término de un año establecido por la Disposición Transitoria Quinta de la decisión que se invoca. En este contexto, resulta evidente que, al haberse cumplido tales requisitos, la solicitante tenía derecho preferente para registrar su marca en el Ecuador; correspondiendo, en consecuencia entrar al análisis de ese derecho preferente; para eso precisa relieves que los términos jurídicos deben ser considerados en su sentido más natural y obvio; a menos que la legislación haga definición expresa sobre aquellos o determine en la norma, el alcance de los términos jurídicos utilizados. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua la preferencia es “Primacía, ventaja o mayoría que una persona o cosa tiene sobre otra, ya en el valor, ya en el nacimiento. 2. Elección de una cosa o persona, entre varias; inclinación favorable o predilección hacia ella”. Es decir que, al concederse un derecho preferente de registro, se hace bajo un entendido de competencia entre varios sujetos que tienen una misma condición o propósito; ya que la preferencia, el privilegio o el discrimen, solo puede existir en relación a un grupo de cosas intereses o derechos que se hallen en igual situación. La norma comunitaria de Marras, de manera clara, establece las condiciones que deben cumplirse para el ejercicio del derecho preferente de registro; al ordenar que quien pretende beneficiarse de aquel, está obligado a probar que es titular de un registro válidamente concedido en uno de los países miembros, con anterioridad a la vigencia de la Decisión, que esta antelación sea superior a diez años, y que la solicitud de registro en otro país miembro se la formule dentro del término de un año, contado a partir de la vigencia de la Decisión. De modo que, el alcance de esa preferencia, primacía, ventaja, inclinación favorable o predilección, surge al cumplirse las condiciones o requisitos impuestos por la norma; la cual desde luego, así se desprende de su texto, tiene a su vez una sola restricción que opera más allá del cumplimiento de las condiciones referidas, y que tiene relación con la registrabilidad del signo solicitado, cuando en el país miembro en el que se pretende el reconocimiento del derecho preferente, exista una marca idéntica previamente registrada que ampare los mismos productos o servicios, o productos o servicios similares de modo tal que pueda al público a

inducir a error. Por manera que, es indispensable, determinar si en la especie, se presenta esta restricción, que es la única causa que imposibilita el registro; para lo cual se aprecia: Que los requisitos para el registro de una marca son de naturaleza sustancial, consecuentemente son aplicables al caso, las disposiciones comunitarias vigentes a la fecha de solicitud (12 de febrero de 1993); esto es, las contenidas en la Decisión 313, así lo establece el Tribunal Comunitario en su interpretación prejudicial, pues la Decisión 344, fue publicada en el Registro Oficial No. 327 de 30 de noviembre de 1993 y entro en vigencia el 1 de enero de 1994. Que la citada norma transitoria al restringir el registro, como se viene analizando, solo se refiere a la existencia de una marca idéntica previamente registrada en el país en el cual se ha formulado la solicitud que proteja los mismos productos o servicios o servicios similares, de modo que puedan inducir a error al público consumidor. La identidad no es otra cosa que el grado de correspondencia total de una cosa frente a otra; es idéntico un bien que, con relación a otro, contiene los mismos elementos; por tanto, es sinónimo de igual o exacto a otro. En la especie, la marca solicitada Belmont Extra Suave (etiqueta) que “consiste en una etiqueta rectangular con una franja oscura perpendicular, en el medio sobre el fondo blanco se lee en letra oscura “Belmont”, y debajo, en la letra de mano, sobre el fondo oscuro se lee “Extra Suave” ...” Tabacalera Andina S.A.; TANASA, con fecha 19 de mayo de 1994, presenta primera observación al registro, fundada en que es titular de la marca “El Extra Suave” que protege productos de la misma clase internacional; razón por la cual no puede registrarse al incurrir en el impedimento previsto en el artículo 73 literal a) de la Decisión 313 y no cumplir con lo preestablecido en el artículo 71 de la misma Decisión. Estima el observante que la marca en conflicto es idéntica, amparan los mismos bienes y su registro induciría a error al público consumidor, lo cual constituiría competencia desleal; pide que se deniegue el registro. En la misma fecha Industrias del Tabaco Alimentos y Bebidas S.A., ITABSA, presenta sus observaciones, afirmando ser titular de la marca registrada BELMONT que protege productos de la misma clase internacional, por lo que, entre las marcas en conflicto existe identidad, fundada en las disposiciones comunitarias que allí expresa, pide se

rechace el registro. Afirmando así mismo que la solicitante es una compañía venezolana cuyo único accionista es C.A. Cigarrera Bigott Sucesores, la cual celebró una transacción con Philip Morris INC, antecesora en el derecho de Belmont, reconociendo que ningún derecho tiene esa marca en el Ecuador, cuando convino en allanarse a la demanda de nulidad de un registro ilegalmente concedido. Que British American Tobacco Company, accionista de C.A. Cigarrera Bigott Sucesores, solicitó el registro de Belmont, habiendo ITABSA presentado observaciones, por lo que se rechazó el registro. En la resolución impugnada, el Director Nacional de Propiedad Industrial, aceptando las observaciones presentadas deniega el registro de la marca solicitada, considerando que, se ha verificado la titularidad de las marcas que concurren con sus observaciones; que, la marca solicitada Belmont Extra Suave (etiqueta), constituye la unión de las marcas observantes Belmont y Extra Suave; que de la forma en que se hallan redactadas las marcas en controversia, existen semejanzas, siendo definitivo el riesgo de confusión; que los bienes que amparan las marcas y los de la denominación solicitada pertenecen a la misma clase internacional; apreciaciones a las que se llega luego del examen de registrabilidad, para la cual se aplica las reglas generalmente aceptadas. Al respecto, es pertinente señalar que el examen de registrabilidad de las marcas en pugna debió hacerse separadamente, esto es, haciendo las comparaciones pertinentes entre la marca solicitada, frente a cada una de las marcas observantes, pues no es procedente que para realizar el examen, éstas sean unidas; es decir se fundan como una sola, a fin de efectuar la comparación con aquélla; pues cada marca tiene su propia estructura y pertenece a distinto titular, quien tiene los derechos que la normativa nacional y comunitaria establecen por efecto del registro. Si cada registro es una individualidad jurídica, el examen de registrabilidad con la denominación solicitada debe hacerse también de modo independiente. Es de toda evidencia que la Administración incumplió sus deberes al efectuar el examen de manera incorrecta. Ahora bien, la comparación que debe hacerse en el presente caso, está destinada a determinar si entre las marcas en conflicto existe identidad, puesto que solo a ella se refiere la disposición transitoria quinta que corresponde aplicarse al asunto. En este contexto,

si se hace la comparación entre BELMONT EXTRA SUAVE (etiqueta) y el Extra Suave, de propiedad de la primea observante, fluye sin esfuerzo, que las marcas no son idénticas. Igualmente si se compara BELMONT EXTRA SUAVE (etiqueta), con BELMONT, motivo de la segunda observación, se concluye que entre estas no existe la identidad exigida. Si bien, de las marcas comparadas, se desprende que tienen elementos similares, tal similitud no aparece en la norma que se aplica, como factor que sirva de sustento para desestimar el registro. Coligiéndose por consiguiente, que al expedirse la resolución impugnada, emanada del Director Nacional de Propiedad Industrial, no se observó, como correspondía la Disposición Transitoria Quinta de la Decisión 313, ya que evidentemente no existía en el Ecuador una marca idéntica a la solicitada, registrada previamente. Cabe asimismo señalar que, el hecho de que las marcas registradas en el Ecuador, protejan productos de la misma clase internacional se pretende amparar la solicitada, por ser requisito copulativo, sólo podría ser analizado si, en el examen de registrabilidad, se encontrare que las marcas en conflicto son idénticas; caso contrario, al tenor de la norma señalada, resulta irrelevante. De lo dicho se desprende que la marca solicitada para registro cumplió, en su integridad, los requisitos señalados para ejercer el derecho preferente de registro en la tantas veces mencionada disposición transitoria quinta de la decisión 313, norma jurídica que estaba llamada a cumplirse por la Administración. Es necesario sin embargo, señalar que, para evitar riesgos de confusión, la doctrina y la jurisprudencia marcaría recomiendan que en la publicidad y en los medios de comercialización de los productos, debe tomarse en cuenta de modo indispensable, la determinación del origen empresarial del bien, a fin de que el consumidor no tenga dificultad alguna en el escogitamiento del producto. Es pertinente señalar que TANASA presentó su observación sobre la base de ser titular de la marca EL EXTRA SUAVE registrada con el No. 1034/76, e ITABSA sobre la base de ser titular de la marca BELMONT, registrada bajo el No. 532/63; en tanto que la transacción hace referencia a la nulidad del registro de la marca BELMONT No. 2015 de 12 de julio de 1976; razón por la cual la Sala estima que aquella no tiene incidencia en este proceso. OCTAVO.- Al escrito de 31 de enero de 2000, TANASA

agrega copia del escrito presentado en esa misma fecha ante el Director Nacional de Propiedad Industrial, por medio del cual le comunica la renuncia a la marca de fábrica El Extra Suave No. 1034.76 de 5 de abril de 1976, en virtud de que se ha convertido en un signo que en el comercio sirva para describir una de las características del producto que ampara dicha marca, como cigarrillos, siendo por tanto un término de uso común. Petición que ha sido aceptada en resolución de 1 de febrero de 2000, conforme obra del documento que corre de fojas 151. Este hecho, se lo aprecia como elemento que ya no permite a la Sala pronunciarse sobre la acción de cancelación de esa marca, por haber desaparecido. Por lo expuesto, la Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, aceptándose la demanda se declara la ilegalidad del acto administrativo contenido en la resolución expedida por el Director Nacional de Propiedad Industrial el 15 de julio de 1997 a las 10H30, consecuentemente se dispone el registro de la marca Belmont Extra Suave (etiqueta), solicitado por la actora, al tenor de lo dispuesto en la quinta disposición transitoria de la decisión No. 313 expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena. No ha lugar a las otras pretensiones del recurrente. Remítase por Secretaría, copia certificada de esta resolución al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Notifíquese con esta sentencia al Procurador General del Estado. Sin costas. NOTIFÍQUESE”.

Por otra parte, el maestro Efraín Camacho, nos trae en su obra Repertorio de Jurisprudencia, una serie de extractos jurisprudenciales en materia Contenciosa, de los cuales a manera de ilustración he considerado transcribirlos dos de ellos:

“Segunda Sala. Juicio No. 1443: Flores contra Consejo Provincial del Guayas. Sentencia No. 49-85, de 28-V-85.

TERCERO.- Que el lote y construcción del chalet ha correspondido a la señorita Flores, es un hecho innegable, como lo es igualmente la transferencia testamentaria a favor de sus sobrinos Flores. No es menos cierto, por otra parte, que el actor obtuvo

sentencia favorable expedida por el Juez Tercero de lo Civil del Guayas respecto a los materiales de construcción del chalet, pero que esta situación no compete a la Sala que debe referirse exclusivamente al acto administrativo pronunciado por el H. Consejo Provincial del Guayas. Al efecto en el concepto más simple, acto administrativo es el pronunciamiento de la autoridad competente, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley, y derecho subjetivo significa el poder exigir el reconocimiento de un interés legítimamente protegido. Esto quiere decir que el recurso interpuesto por los señores de apellidos: Flores, es procedente. Al respecto, el último inciso del artículo 96 de la Constitución Política dice: “Se establece la unidad jurisdiccional. Por consiguiente, todo acto administrativo generado por la administración central, provincial, municipal o de cualquier autoridad autónoma reconocida por la Constitución y las leyes podrán ser impugnadas ante los Tribunales Fiscal y de lo Contencioso administrativo, en la forma que determine la ley”. Consecuentemente, el H. Consejo Provincial del Guayas al revocar la resolución municipal, ha procedido a declarar en acto legítimo el derecho que asiste a los hermanos Flores, como titulares del derecho de arrendamiento sobre el inmueble materia del litigio. Por lo manifestado, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza la demanda y se declara legal la Resolución adoptada por el H. Consejo Provincial del Guayas en la sesión de 22 de diciembre de 1982.- Sin costas. NOTIFÍQUESE (...)

Primera Sala, Juicio: Arguello, Samaniego – Contralor General del Estado. Sentencia de 26 de febrero de 1985.

SEGUNDA.- Corresponde desentrañar la excepción quinta por la parte demandada, la misma que hace relación a la falta de derecho de los actores para proponer la demanda por cuanto el funcionario demandado no es legítimo contradictor y el acto administrativo impugnado no lo es atribuido desde que el oficio que se dice lo contiene no es sino la petición al Consejo Provincial del Chimborazo para que se imponga, a los actores, sanciones administrativas pecuniarias. En verdad, del oficio

No. 18143 de 01 de septiembre de 1982, dirigido por el Contralor General del Estado al Prefecto Provincial del Chimborazo (fojas 3) se vienen en conocimiento que el remitente le solicitó al destinatario, como representante del Consejo, la imposición de las multas materia de la impugnación; y, de los documentos que obran a fs. 29-31, que el Consejo, en sesión de 26 de mayo de 1983, ratificada en la del 7 de junio de igual año, acatando el pedido del señor Contralor, impuso las dichas sanciones económicas, decisión ésta que les fue comunicada a los afectados, sin que interese para el caso, que se haya ejecutado o no. Es irrefutable que quien impuso la sanción económica cuya declaratoria de ilegalidad se ha demandado no es el funcionario accionado – Contralor General del Estado- sino el Consejo Provincial de Chimborazo que es contra quien se debió seguir la acción. Otra cosa hubiere sido si los accionantes hubieran enderezado la demanda contra el mismo Contralor General del Estado pero impugnando su decisión administrativa consistente en el establecimiento de responsabilidades en su contra, lo cual es posible conforme a lo dispuesto en el artículo 331 de la LOAFIC. Pero se ha demandado al Contralor para que se “declare ilegal la sanción por el impuesta”, y ya vimos que esa autoridad no impuso sanción alguna. Por tanto, sin que sea menester otras consideraciones, esta Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechaza la demanda por indebidamente deducida contra quien no tiene nexo jurídico con el acto administrativo impugnado”.²⁵

2. Jurisprudencia constitucional en materia de garantías jurisdiccionales.

Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional, especialmente en materia de garantías jurisdiccionales, es abundante, a ratos ilustrativa y también contradictoria,

²⁵ Pérez Camacho, Efraín. REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – 1989. Págs. 2 y 3.

pero en todo caso, sirve para orientar el proceder tanto de los jueces a cuyo cargo por mandato de la Constitución tienen la facultad de conocer y resolver las garantías jurisdiccionales; cuanto a la ciudadanía y profesionales del derecho que ven en la jurisprudencia constitucional el referente jurídico motivador del uso y ejercicio de las garantías jurisdiccionales como las vías idóneas, rápidas y eficaces en defensa de los derechos constitucionales generalmente violentadas por el ejercicio abusivo de la autoridad pública.

A continuación transcribo de manera textual la Sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha de 2 de septiembre de 2010, dentro de la Acción de Protección No. 469-2010, interpuesta por Jorge Francisco Patiño Muñoz, contra la Comandancia General de la Policía Nacional en la persona de su titular. Esta sentencia ha sido recabada en la Corte Constitucional, misma que en virtud de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 86 de la Constitución²⁶ le corresponde estudiarla ante una eventual selección para la Jurisprudencia vinculante.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA, SEGUNDA SALA DE LO LABORAL, DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Quito, jueves 2 de septiembre del 2010, las 10h41. VISTOS: Para resolver el recurso de apelación interpuesto por el accionante, de la sentencia dictada por el Juez Sexto del Trabajo de Pichincha, dentro de la acción de protección iniciada por Jorge Francisco Patiño Muñoz en contra del señor Comandante General de la Policía Nacional General de Distrito Freddy Martínez Pico, se considera: PRIMERO.- El accionante en su demanda manifiesta que ingresó a la Institución policial después que se dio cumplimiento a la Resolución No. 2009-001-CG-ALT-PN-PAL, previa a la aprobación de todos los requisitos exigidos por el Reglamento para el ingreso en

²⁶ El numeral 5 del artículo 86 de la Constitución de la República hace referencia a que las sentencias en materia de garantías jurisdiccionales una vez ejecutoriadas “se remitirán a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia”.

calidad de aspirante de Policía de Línea. El señor Comandante General de la Policía Nacional mediante hoja de trámite No. 35216-547 de 15 de enero de 2009, remite a la Dirección General de Personal, copia del Oficio No. 2009-00014-JEM-PN, de 06 de enero del 2009, suscrito por el Jefe de Estado Mayor, quien adjunta copia del Oficio No. 2009-0031-DNE-PN de 05 de enero del 2009 y anexos, suscrito por el señor Director Nacional de Educación (accidental), en torno al alta como Policía de Línea del aspirante Patiño Muñoz Jorge Francisco, para lo cual envía copia del Oficio No. 01846-JCPTSVP de 22 de diciembre de 2008, suscrito por el señor Jefe de Escuadrón de Carreteras Guayllabamba, que conforme al Informe Jurídico No. 2008-048-AJ-DNE-PN de 26 de noviembre de 2008, emitido por la Asesoría Jurídica de la Dirección Nacional de Educación, pasando el respectivo órgano regular, solicita se alcance el Escalón Superior, se concede el Alta como Policía de Línea del Aspirante a Policía Patiño Muñoz Jorge Francisco, portador de la cédula de ciudadanía No. 080257634-8, perteneciente al VI Curso de Formación de Policía de Línea, habiendo obtenido una calificación de 16,1668, ubicado en la 57ava, antigüedad de la promoción. En la Orden General No. 214 de 31 de octubre de 2008, se publicó la resolución No. 2008-007-CG-IB-ASP-PAL, de 23 de octubre de 2008 la misma que en su parte resolutive dice: “1.- Acatar el fallo dictado por la Jueza Suplente del Juzgado Décimo Octavo de lo Penal de Pichincha, dejando sin efecto la Resolución del Comandante General No. 2007-33-CG-B-ASP-PAL de 05 de noviembre del 2007, publicado en la Orden General No. 225 de 22 de noviembre del 2007, en donde se procede a dar de baja al aspirante de Policía Patiño Muñoz Jorge Francisco disponiendo su reintegro al VI Curso de Formación de Policía Muñoz Jorge Francisco; disponiendo si reintegro al VI Curso de Formación de Policía de la Escuela “Escuadrón de Carreteras Guayllabamba”, conforme lo dispone el artículo 58 de la Ley de Control Constitucional, sin perjuicio que el Tribunal Constitucional, revoque el fallo del Juez de Primera Instancia”. En el Oficio No. 2009-238-DNAP-PN, de fecha 21 de enero de 2009, suscrito por el señor Director Nacional de Asesoría Jurídica , en su parte pertinente manifiesta: “...en virtud de las disposiciones legales citadas, considero que una vez que el señor aspirante a Policía

Patiño Muñoz Jorge Francisco, ha sido reintegrado a la Institución Policial en cumplimiento a la resolución dictada por el Juzgado Décimo Octavo de lo Penal de Pichincha y de conformidad con la documentación remitida por la Dirección Nacional de Educación de la Policía Nacional, considero que la fecha para conceder el Alta como Policía de Línea al antes citado aspirante sería la del 25 de enero de 2008, fecha en la cual se resuelve dar de Alta como Policía de Línea a su Promoción perteneciente a la Unidad de Carreteras, sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional revoque el fallo del juez de Primera Instancia”. En el Oficio No. 2009-279 DNAJ-PN, de 23 de enero de 2009, suscrito por el Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Policía Nacional y en alcance al Oficio No. 2009-238-ANAJPN, de 21 de enero de 2008, solicita se tome en consideración los nombres y apellidos correctos del señor aspirante a Policía Jorge Francisco Patiño Muñoz y no como se hacía constar como Jorge Fernando Patiño Muñoz, según el oficio No. 2009-238-DNAJ-PN, de 21 de enero de 2009, conforme a la copia de cédula de identidad del señor aspirante a Policía antes mencionado. Que tiene derecho a reingresar a las filas de la Institución Policial puesto que, como aspirante a Policía Nacional aprobó el Curso VI, y lo aprobó satisfactoriamente, como consta del certificado que adjunta. Fundamenta la presente acción de protección en el artículo 88 de la Constitución y 46 y siguientes de la Ley Orgánica de Control Constitucional. El acto administrativo que impugna se encuentra contenido en la Resolución No. 2009-052-CG-B-ST-PAL, publicada en la Orden General No. 150 de 06 de agosto de 2009, mediante la cual se le da de baja. La resolución impugnada carente de suficiente motivación y expedida sin las suficientes solemnidades y formalidades sustanciales de carácter constitucional, por lo que es arbitraria, ilegítima e inconstitucional; acto ilegítimo que impugna, viola y atenta contra algunos de sus derechos subjetivos como el de protección jurídica; se violenta la propuesta institucional para la modernización de la Policía Nacional; se interrumpe su carrera policial; la resolución impugnada atenta contra su buen nombre y el de su familia al haber sido dado de Baja. Ante la inminencia del daño ocasionado por el acto ilegítimo que se impugna, solicita que de conformidad con el artículo 49 de la ley

Orgánica de Control Constitucional, se disponga la suspensión de la resolución No. 2009-012-CG-B-MC-PAL, emitida por el Comandante General y Publicada en la Orden General No. 150 de 06 de agosto de 2009, mediante la cual se le da de Baja de las filas policiales. Declara bajo juramento, de conformidad con lo previsto en el artículo 57 de la Ley de Control Constitucional que no ha presentado otra acción de protección sobre la misma materia y con el mismo objeto ante otro juez o tribunal del Ecuador. Solicita que se notifique con la demanda al Comandante General de la Policía Nacional. Admitida a trámite la acción y cumplida la solemnidad de la citación, incluido al Procurador General del Estado, tiene lugar la Audiencia Pública (fojas 13 a 15), que se realiza con la comparecencia del actor acompañado de su defensor Dr. Jorge Villacís Solís; del Dr. Rubén Darío Rodríguez Cedeño, con oferta de poder o ratificación del Comandante General de la Policía Nacional y el Dr. Salim Zaidán Albuja, ofreciendo poder o ratificación del señor Procurador General del Estado. Los profesionales comparecientes presentan sus alegatos a nombre de sus defendidos, como consta del acta respectiva. Concluida la sustanciación se dicta sentencia en que se niega la acción de protección propuesta por Francisco Patiño Muñoz, dejando a salvo los derechos del accionante, sin costas ni honorarios que regular, fallo que apelado por el accionante permite que los autos accedan a esta Sala que es la competente para conocer y resolver la causa en razón del sorteo correspondiente. SEGUNDO.- No se advierte en la sustanciación del proceso omisión de solemnidad alguna que pueda influir en su decisión, por lo que declara la validez de todo lo actuado. TERCERO.- El sujeto procesal activo es el ex Policía señor Jorge Francisco Patiño Muñoz; y, el sujeto pasivo es el señor General de Distrito Dr. Freddy Martínez Pico, Comandante General de la Policía Nacional. CUARTO.- El accionante en lo principal solicita que ante la inminencia y gravedad del daño ocasionado por el acto ilegítimo que impugna de conformidad con el artículo 49 de la Ley Orgánica de Control Constitucional se dispone la suspensión de la Resolución No. 2009-012-CG-B-MC-PAL, emitida por el señor Comandante General y publicada en la Orden General No. 150 de 06 de agosto de 2009, por la que se da de Baja de las filas policiales. QUINTO.- Siendo el estado de la causa para

resolver, para hacerlo se deja constancia que el artículo 88 de la Constitución de la República dispone “que la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial...”. Por su parte, en el Capítulo III, Sección Segunda, desde los artículos 39 a 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que se refiere a la acción de protección, se estatuye: “Art. 40 Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: ...3.- Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”. “Art. 42.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección no procede:...4.- Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”. “5.- Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho”. SEXTO.- En la especie, en los términos que se ha planteado el recurso, es menester evidenciar que esta acción de protección, no puede ser confundida con el principio de unidad jurisdiccional, ni con el derecho de acceso a la tutela judicial efectiva que ha establecido acciones y recursos que garantizan el control de la legalidad de las acciones u omisiones administrativas, principios estos que están consagrados en los artículos 167, 168, 169 y 173 de la actual Constitución, en especial este último que dispone: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”. Dicho en otras palabras, estamos frente a derechos consagrados y regulados en normas de carácter legal, existiendo vías judiciales para la reclamación de los derechos; pues los actos administrativos, entendidos como tales por la doctrina y la jurisprudencia, como toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos en forma directa; que gozan de la presunción de legitimidad; presunción que se desprende del propio ordenamiento jurídico que sostiene que todo acto jurídico es válido mientras no se demuestre lo contrario; esto es mediante la impugnación que no es sino, oponerse, refutar, contradecir, por parte del

administrado, que se siente perjudicado al considerar que sus derechos han sido vulnerados, que debe hacerlo dentro del término que la ley establece para el efecto y ante el órgano administrativo o judicial competente; y sea éste, quien luego del trámite pertinente, determine la legalidad o ilegalidad del acto administrativo impugnado. Por todo lo manifestado, este Tribunal concluye que la materia sobre la que versa la presente acción no se enmarca en las que corresponden a la protección de derechos constitucionales vulnerados, ya que, reiterase, la acción de protección no puede fundamentarse en la pretendida violación de una ley, estatuto o reglamento; y, todo principio de vulnerabilidad del principio de legalidad por parte de la autoridad pública reviste un carácter contencioso que tiene que ser reclamado en los respectivos tribunales. Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, desestimándose el recurso de apelación interpuesto por el recurrente, se confirma la sentencia subida en grado. En cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 86 de la Constitución de la República remítase copia de la sentencia a la Corte Constitucional. NOTIFÍQUESE. Dr. Fabián Jaramillo Tamayo, Presidente; Dra. María Cristina Narváez, Jueza; y, Dr. Luis Araujo Pino, Juez.

Del mismo modo, otra sentencia recabada en la Corte Constitucional que a continuación transcribiré de manera textual, es la propuesta por Alberto Nicolás Beltrán Alarcón en contra del Rector del Colegio Nacional “Cinco de Junio” de Babahoyo dentro de la Acción de Protección No. 523-2010, que fue conocida inicialmente por el Juez Primero Provincial del Trabajo de Los Ríos-Babahoyo y en apelación, por la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, Sala Especializada de lo Civil de Los Ríos.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOS RÍOS, SALA ESPECIALIZADA DE LOS CIVIL DE LOS RÍOS. Babahoyo, lunes 23 de agosto de 2010, las 08h50, Acción de Protección No. 523-2010. VISTOS.-La presente acción ha sido tramitada

y resuelta por el Juez a quo, causa que se le dio la numeración 2009-0006, ha llegado a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Lcdo. Alberto Nicolás Beltrán Alarcón, de la sentencia emitida el 9 de junio del 2010, las 15h30, por el Juez Primero Provincial del Trabajo de Los Ríos-Babahoyo, en que resolvió declarar sin lugar la demanda de acción de protección propuesta por Alberto Nicolás Alarcón y dentro del marco constitucional en que todo proceso en el que se determina derechos y obligaciones de cualquier orden, exige que las resoluciones deberán ser motivadas y dentro de ella deben enunciar las normas o principios jurídicos en que se fundan, teniendo esta potestad jurisdiccional todos los poderes públicos que determina el literal k) numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, en especial los órganos de la Función Judicial como ocurre en este caso, se considera: PRIMERO.- La competencia para conocer esta apelación está fundamentada en lo dispuesto en el artículo 86 numeral 3 de la Constitución en concordancia con el número 8 del artículo 8; artículo 24 inciso segundo de la Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional. SEGUNDO.- La Constitución establece que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados, y que esos derechos constitucionales de las personas y sus garantías sean de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor judicial, y sean plenamente justiciables, y dentro de la premisa mayor como es la justicia ordinaria que a nombre del Estado, concreta el derecho a la tutela judicial ordinaria, aplicando las normas que regulan los procesos constitucionales, de forma tal que corresponda a la exigencia de preferencia y sumariedad, y que en materia de derechos y garantías constitucionales deberán fundamentarse en la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia y que se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En consecuencia, no hay menoscabo de derechos que afecte a las partes en éste proceso de orden constitucional, siendo válido en su esencia. TERCERO.- El accionante Alberto Nicolás Beltrán León, comparece ante el Juzgado Primero Provincial del Trabajo de Los Ríos, para presentar acción de protección donde alega que mediante oficio No. 18 de 5 de mayo del 2006, oficio en el que el señor Lcdo.

Adolfo Vergara Vera, Rector del Colegio Nacional Cinco de Junio de la ciudad de Babahoyo, le hizo conocer que dispuso a la licenciada Marta Zamora Mendoza, Colectora del Plantel que proceda a la retención de sus remuneraciones, esto es, sus sueldos del mes de abril del 2006 hasta la presente fecha, cuya orden impartida sería hasta que solucione mi problema, el mismo que fue creado por personas interesadas en su puesto de trabajo sin considerar el daño que se le ha ocasionado. Violaciones administrativas impugnadas con el que tiene el ánimo de causarle daño moral y económico, quizá deseando su lugar de trabajo seguramente para alguna otra persona; que esta denuncia maliciosa y temeraria se la presentó en la fiscalía comenzando con indagación previa, la misma que por falta de prueba fue desestimada, por el Juez Tercero de lo Penal de Los Ríos, y a más de esto se inició un sumario administrativo en su contra, que fue declarado por las Comisión de Defensa Profesional de Los Ríos; por lo acontecido se le excluyó del distributivo elaborado por las autoridades del plantel a pesar de ser profesor titular, quedando fuera en lo que corresponde al período 2006-2007; que el Director Provincial de Educación de Los Ríos de aquel entonces señor Jorge Rodríguez Tobar, dispuso mediante oficio de 8 de Enero de 2007, que a partir de esa fecha pase a laborar administrativamente al CEMBI-RED EDUCATIVA CIUDAD DE BABAHOYO, disposición que fue ratificada por el señor Jorge Villamarín Montero, Director Provincial de Educación de Los Ríos, el 18 de octubre de 2007. Apoyado este recurso en lo expuesto en el punto uno o parte inicial del presente recurso, como lo expuesto en el punto cuarto en lo que tiene relación con el acto administrativo impugnado por la violación de mis derechos como maestro profesor titular, retención de mis salarios o sueldos, dejarme fuera del rol administrativo y mantenerlo impago hasta la presente, por lo que debe de suspenderse la disposición y ordenarse la ubicación y pagos de mis salarios dado que no he sido cancelado, destituido y sigo perteneciendo al Magisterio...” CUARTO.- Es necesario determinar con detenimiento lo que dispone el artículo 88 de la Constitución que dice: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando exista vulneración de derechos

constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”. Para ello y la procedencia de la acción de protección, es necesario que se cumplan los presupuestos en materia orgánica constitucional de los artículos 40 y 41, los mismos que se refieren al ejercicio eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución (...) sustentables: a) Violación de un derecho constitucional; b) Acción u omisión de autoridad pública o de un particular; c) Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. QUINTO.- Como carga probatoria ejercida por el accionante y que le ha servido de soporte en esta acción, es preciso determinar: 5.1.- Oficio No. 18 de 5 de mayo de 2006; 5.2.- Oficio No. 648.A-DPELR, agosto 14 de 2009, en el cual convocan al Lcdo. Alberto Beltrán Alarcón, para tratar asuntos relacionados al pago de sus labores y aportes al IESS; 5.3.- Oficio No. 42 R.CN5J, de 25 de agosto del 2009; 5.4.- Oficio No. 22SPELR, de la Supervisión Provincial de Educación de Los Ríos, equipo integrado de supervisión educativa EISE No. 1B, dirigida al Dr. Guido Moreno González, Director provincial de Educación de Los Ríos; 5.5.- Oficio remitido al Lcdo. Alberto Beltrán Alarcón, por la Dirección de Educación de Los Ríos, División de Asesoría Jurídica; 5.6.- Oficio Cir. No. 045 AJ-DPELR, donde la Dirección de Educación de Los Ríos resuelve reintegrar al Lcdo. Alberto Beltrán Alarcón, conforme consta en su nombramiento como profesor titular del Colegio Nacional “Cinco de Junio” de la ciudad de Babahoyo, 5.7.- Resolución de la Comisión Provincial de Defensa Profesional de Los Ríos; 5.8.- Acta de Audiencia de la defensoría del Pueblo; 5.9.- Oficio No. 281 AJ-DPELR, dirigido al Lcdo. Adolfo Vergara Vera, Rector del Colegio Nacional Cinco de Junio, donde comunica el Lcdo. Alberto Nicolás Beltrán Alarcón, viene laborando desde el mes de enero de 2007, en la Red Educativa “Ciudad de Babahoyo” B1 (...); 5.1.1. Resolución de la Comisión Provincial de Defensa Profesional de Los Ríos, donde

resuelve declarar sin lugar el expediente administrativo en contra del Lcdo. Alberto Beltrán Alarcón (...) SEXTO.- Las cargas o elementos que presentó la legitimada pasiva, no logró desvirtuar los hechos demostrativos que ejercitó eficazmente el legitimado activo, no teniendo mérito para entrar a efectuar un análisis exhaustivo sobre lo que expuso en la audiencia pública, pese a que su intervención estuvo ceñida a la Constitución de la República, que desde todo punto de vista existe violaciones a sus derechos. SÉPTIMO.- El artículo 88 ya transcrito en el Considerando Cuarto, tiene esencia en proteger cuando los derechos inmanentes a toda persona son soslayados y vulnerados, y estos derechos pueden promoverse de forma individual o colectiva, y en ese caso, al ejercitarse esta acción por quien considera se la ha menoscabado, es deber fundamental de las autoridades de la Administración Pública, y en especial la Función Judicial, organismo encargado para resolver esta acción, tiene el deber de garantizar su cumplimiento sin que sea necesario exigir condiciones o requisitos que no estén establecido en la Constitución o la ley. Es decir, que estos derechos deben ser plenamente justiciables, y en mérito de cargas probatorias como lo regula la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que es la que les da las directrices para evitar o reparar la violación, o el desconocimiento de dichos derechos. En definitiva, todos los ecuatorianos y ecuatorianas tenemos derechos que regula la propia Constitución en su artículo 33 y 34, no pudiendo restringir dichos derechos como ya se esbozó también en la Consideración Sexta. Por lo expuesto, esta Sala de lo Civil y Garantías Constitucionales y Materias Residuales de la Corte Provincial de Los Ríos, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, Resuelve aceptar el recurso de apelación interpuesto por el Lcdo. Alberto Nicolás Beltrán Alarcón, y por ende se revoca la sentencia venida en grado y se declara con lugar la acción de protección, disponiéndose la restitución inmediata a su puesto de trabajo como profesor titular del Colegio Nacional “5 de Junio”- Babahoyo, así mismo se cancelen sus haberes retenidos desde el mes de abril del 2006. Devuélvase el proceso al juzgado de origen. En aplicación del artículo 86 numeral 5 de la Constitución de la República, una vez

ejecutoriada esta sentencia, el señor Secretario Relator de la Sala remita copia certificada a la Corte Constitucional para los fines previstos en la indicada norma. Publíquese y notifíquese.

3. Breve mirada al Derecho comparado sobre la temática.

Países como Argentina y Colombia han instituido en sus legislaciones el carácter residual o subsidiario para delimitar el ámbito de protección de las garantías constitucionales, pero a partir de la Constitución; el caso peruano, es quizá el que más se asemeja al ecuatoriano, pues la restricción del amparo a un mecanismo de carácter residual, nace de la ley, como pasamos a revisar:

En Argentina tal como lo señala María Angélica Gelli, autora citada por Pablo Alarcón, *“la naturaleza de la acción de amparo-acción subsidiaria de remedios administrativos o judiciales menos idóneos o acción supletoria y de excepción ante la inexistencia de aquellas tutelas-comenzó temprano en la República argentina, con el nacimiento mismo de la garantía”*²⁷, y más adelante agrega que la acción de amparo clásica, fue delimitada inicialmente por la Corte Suprema dentro del caso “Siri” y un año más tarde en el caso “Kot”. En ellos la Corte dejó establecido que a partir de la activación de esta vía se pretende suministrar por parte del Estado una respuesta jurisdiccional eficiente, y segundo, se circunscribe la procedencia de la misma, a los casos de lesión de derechos esenciales. Así la Corte señaló textualmente: *“(…) Cuando apareciera, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de la persona, así como el daño grave e irreparable que causaría remitiendo el examen al proceso ordinario, administrativo, judicial, correspondería que los jueces restablecieran de inmediato el derecho restringido por la vía del recurso de amparo”*.

²⁷ Alarcón Peña, Pablo. Residualidad: Elemento generador de la ordinarización de la acción de protección. Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional. Quito – 2010. Pág. 567.

De esta manera, el Tribunal por un lado, pareció establecer una jerarquía de derechos constitucionales, restringiendo la extensión de la garantía, pero al mismo tiempo amplió la admisibilidad cuando hubieran a la mano remedios judiciales o administrativos no lo suficientemente rápidos como para reparar la lesión. En el caso Kot, la minoría del Tribunal desestimó la admisibilidad del amparo ante la eventual ineficacia de la tutela jurisdiccional, con el argumento que al juzgador le está vedado pronunciarse acerca del acierto del Congreso o las legislaturas provinciales para proveer aquellos remedios. Años más tarde, con la vigencia de la Ley 16.986 se determinó como presupuesto de admisibilidad de la acción de amparo, la inexistencia de recursos o remedios judiciales o administrativos que permiten obtener la protección del derecho o garantía constitucional lesionada.

Bajo esta perspectiva, la Corte Suprema, vía interpretación de la ley, determinó la improcedencia de la acción de amparo no solo por la existencia de remedios administrativos, sino ante la falta de agotamiento de esa instancia; no obstante estableció una excepción, cuando constate que los recursos judiciales o administrativos resulten ineficaces para la protección de los derechos afectados.

A partir de la regulación legal del amparo previsto en la Ley 16.986, no cabe duda que la acción de amparo argentina resultaba ser residual y subsidiaria.

Sin embargo, con la reforma a la Constitución de 1994, que determinaba: “(...) *Toda persona puede interponer una acción expedita y rápida de amparo siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo*”²⁸.

A simple vista, se puede establecer que a diferencia de la Ley 16.986 ya no era necesario agotar otros remedios administrativos, como tampoco demostrar la no idoneidad de los mismos; es decir, tal como expresaba la norma, solo deberían agotarse las vías administrativas.

²⁸ Constitución de la Nación Argentina. Art. 43.

En el caso colombiano, el artículo 86 de la Constitución establece: “(...) *Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública (...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”.²⁹

Por su parte, el numeral 1 del artículo 6 del Decreto No. 2591 regula la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela, al señalar: Causales de improcedencia de la acción de tutela.- “*Art. 6. (...) Subsidiariedad.- existencia de otros mecanismos de defensa judicial*”³⁰

De lo expuesto, se colige, que el medio judicial al que hace referencia la Constitución y el Decreto 2591, debe ser verificado en cada caso para calificar la idoneidad y eficacia en la protección de derechos fundamentales. En efecto, no basta la existencia formal del medio judicial para la protección de derechos fundamentales; debe comprobarse que el agotamiento del mismo no resulte en la consumación de un perjuicio irreparable para el recurrente.

En el caso peruano, como habíamos señalado, es el ejemplo que más se asemeja al caso ecuatoriano. Efectivamente, la Constitución peruana en su artículo 200, no establece restricción alguna respecto al agotamiento de otras vías, como requisito para su procedencia “(...) *que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos en la Constitución, con excepción de los protegidos por las*

²⁹ Constitución de la República de Colombia. Art. 86.

³⁰ Decreto No. 2591/91. Reglamentación de la acción de tutela. www.constitucional.gov.com.

acciones de hábeas corpus y de hábeas data, no procede contra normas legales ni contra decisiones judiciales emanadas del procedimiento regular”³¹.

No obstante la disposición constitucional invocada, el Código Procesal Constitucional del Perú, vigente desde el 1 de diciembre de 2004, es un auténtico ejercicio restrictivo y por tanto inconstitucional, como se evidencia de su contenido al establecer: “*Art. 5.- Causales de improcedencia: No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus. 3. El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto a su derecho constitucional. 4. No se hayan agotado las vía previas, salvo los casos previstos en este Código y en el proceso de hábeas corpus*”.³²

Lo expresado, evidencia de manera clara que el Código Procesal Constitucional del Perú, ha convertido a la acción de amparo en un proceso de naturaleza residual y subsidiaria, tal cual, también ha ocurrido con el caso ecuatoriano.

³¹ Constitución de la República del Perú. Art. 200.

³² Código Procesal Constitucional del Perú. Ley 28.237. Art. 5.

CAPÍTULO V.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Conclusiones:

Como lo planteaba en la Introducción de ésta Tesis, tradicionalmente, el proceso Contencioso Administrativo en el Ecuador constituyó el mecanismo y la vía idónea para la solución de las controversias originadas por el ejercicio irregular de la Administración Pública que por su acción u omisión cometían abusos y arbitrariedades en contra de los administrados; no obstante, con el advenimiento de la figura del amparo constitucional que propugnaba la Constitución de 1998, actual “acción de protección”, figura constitucional novedosa, llevó a no pocos a optar por esta vía constitucional antes que la Contenciosa Administrativa, pues resulta ventajosa si consideramos que reduce los costos, ahorra tiempo y se obtiene resultados rápidos, motivos relevantes todos ellos, que incluso conduce a quien activaba esta acción ha asumir el riesgo en muchos de los casos de ser rechazados en sus pretensiones por equivocación de la vía.

Finalmente, y al cabo del análisis y estudio realizado observamos que tanto la acción de amparo en su momento, como la actual acción de protección y el recurso subjetivo o de plena jurisdicción tienen definidas sus características y requisitos de procedibilidad que no dan lugar a la confusión si los sistemas jurisdiccionales, esto es, el constitucional y el judicial a través de sus fallos así lo hubieran permitido; pero como vemos, en la práctica esto no ha ocurrido.

Está claro y así se desprende del estudio que en nuestro país existen dos jurisdicciones una constitucional y la otra judicial. La justicia constitucional la ejerce el órgano de control constitucional denominado actualmente Corte Constitucional

con su bagaje de competencias propias de la naturaleza de ése órgano; y, en los casos del conocimiento y resolución de las “garantías jurisdiccionales” por delegación constitucional se les ha atribuido a los jueces ordinarios, quienes en tanto resuelven estas materias se constituyen temporalmente en “jueces constitucionales”; y por otro lado, la jurisdicción judicial que conforme el mandato constitucional del artículo 167 la ejercen los órganos de la Función Judicial.

Así las cosas, la acción de protección conforme el artículo 88, “*Tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una omisión de cualquier autoridad pública no judicial (...)*” (el subrayado es mío) y es lógico que así sea, pues para la vulneración de derechos fundamentales especialmente en lo que hacen relación al debido proceso provenientes de las actuaciones judiciales, existe actualmente “la acción extraordinaria de protección”. Por su parte, el artículo 173 *ibídem*, establece “*Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los órganos de la Función Judicial*”, en clara mención a que los asuntos de mera legalidad tienen predestinadas sus vías de impugnación, todo ello, a partir del principio de independencia de las funciones.

Ciertamente, la claridad con que diferencia la Constitución a los asuntos que deben ser ventilados mediante “acción de protección” y a los que deben ser ventilados en vía administrativa y ante los órganos de la Función Judicial, no siempre encuentra asidero en la normativa secundaria, concretamente, me refiero a los casos de improcedencia de la acción de protección previstos en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que como los hemos analizado, prácticamente convierte en residual o subsidiaria a la acción de protección, desnaturalizándola, en clara contradicción con el objetivo de protección directo y eficaz de los derechos que plantea el invocado artículo 88 de la Constitución.

Del mismo modo, tal como lo han señalado varios estudiosos del Derecho ecuatoriano, al los que humildemente me sumo, no ha sido acertada la iniciativa de eliminar al que fuera Tribunal de lo Contencioso Administrativo y sustituirlo por las salas de lo Contencioso Administrativo de las Cortes Provinciales, pues con ello, el órgano “especializado” y con capacidades para combatir los actos de poder y su consecuente desvío ha dejado de ser tal; cuando en realidad se lo debió fortalecer, como ya ha ocurrido con otro órgano especializado como es el caso de la Corte Constitucional, que intenta consolidar un sistema constitucional actualizado y moderno, a la par de los avances del constitucionalismo contemporáneo. La permanencia no obstante el transcurso del tiempo de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo que supuestamente ya fueron eliminados y sin embargo, siguen en funcionamiento, es a mi modo de ver, una prueba de tal medida que se pretende no es la acertada.

Recomendaciones:

Es evidente, que del modo como se encuentra establecido el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ha provocado una verdadera restricción del ejercicio de la acción constitucional de protección, generando el grave peligro de que el sistema jurisdiccional constitucional se convierta en cómplice de flagrantes violaciones a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales en derechos humanos; no se puede pues, pretender obligar al afectado a acudir de manera previa a un mecanismo de protección judicial ordinario cargado de formalidades, o a demostrar que las vías ordinarias no son adecuadas o eficaces, cuando se hace evidente la violación de un derecho fundamental, hasta tanto, seguramente la violación del derecho constitucional se habrá consumado; o lo que es peor para el sistema, la acción de protección terminará convirtiéndose en un instrumento revisor de temas de legalidad, ¿Cómo entonces lograr el cambio y transformación social que

impulsa la Constitución, en el entendido que es a través del Derecho que se logra tales cambios?. La respuesta seguramente la encontraremos en una rápida reacción legislativa que retomando el compromiso social para el cual fueron elegidos, inicien un proceso de reforma concordante con los principios del garantismo y neo-constitucionalismo en que se inspira el Texto fundamental.

Por otra parte, si bien es verdad acorde con el principio de unidad jurisdiccional, se hace necesario “unificar” en un solo sistema a los órganos que ejercen jurisdicción ordinaria, y en el que, en principio, también se encuentra la jurisdicción Contenciosa Administrativa, no es menos cierto, que dadas las características y naturaleza del eliminado órgano especializado denominado “Tribunal de lo Contencioso Administrativo” al que le estaba atribuido velar el abuso y arbitrariedad del poder desde la perspectiva de la legalidad, se hace necesario, revisar tal medida, y más bien, lo conveniente sería dotarle de la independencia y autonomía que requiere para hacer efectivo el propósito de controlar la arbitrariedad del poder; de llegar a consolidarse la reforma que elimina a éste órgano, la jurisdicción contenciosa administrativa se vería confundida en los tormentosos y álgidos trámites que ya son naturales a la justicia ordinaria; por lo tanto, para evitar aquello, también se hace urgente la reforma legal respectiva.

Referencias finales:

Bibliografía:

Andrade Ubidia, Santiago. Revista IURIS DICTIO.-Publicada por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. 2002.

Alvear Macías, Jorge. Revista del Tribunal Constitucional. Temas Constitucionales. Quito-2007.

Caballero Gea, José Alfredo. *Procedimiento Contencioso Administrativo*. Dykinson – 2004.

Cobo Olvera, Tomás. *Curso Sobre Procedimiento Contencioso Administrativo*. Sevilla-España- Ed. Instituto Andaluz Administración Pública.

Cassagne, Juan Carlos. El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa. Marcial Pons - Buenos Aires. 2009.

Constitución del 2008 en el Contexto Andino. Serie Justicia y Derechos Humanos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito – 2008.

Constitución Política del Ecuador de 1998.

Constitución de la República del Ecuador de 2008.

Código Orgánico de la Función Judicial, actualizado a marzo de 2009.

Diez, Manuel María. Derecho Procesal Administrativo. Plus Ultra. Buenos Aires-1996.

Espinosa, Galo. *Jurisprudencia Contenciosa Administrativa Ecuatoriana*. Quito-Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones-1971.

Hernández, R. Metodología de la Investigación. Pág. 12.

Meythaler, José. Revista IURIS DICTIO. Publicada por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito-2002.

Morales Tobar, Marco. Derecho Procesal Administrativo. Texto Guía. UTPL. Loja-2009.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Oyarte Martínez, Rafael. La acción de amparo constitucional. Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina. Fundación Andrade y Asociados. Quito-2006.

Pérez Tremps, Pablo. Los Derechos Fundamentales. Corporación Editora Nacional. Quito – 2004.

Secaira Durango. Patricio. Texto Guía Derecho Administrativo UTPL. Loja – 2008.

Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional. Serie Justicia y Derechos Humanos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito- Ecuador. 2010.

Velásquez Baquerizo, Ernesto. *La Nueva Justicia Administrativa: Diagnóstico de Derecho Contencioso Administrativo y Fiscal en el Ecuador*. Quito-Ecuador. Derechos de Edición: CLD.

Wikipedia, la enciclopedia libre. El acto administrativo.

Zavala Egas, Jorge. *Introducción al Derecho Administrativo*. Guayaquil-Ecuador. EDINO.

Zambrano Albuja, Pablo. Texto Guía Patrocinio Público. Loja – Ecuador. 2010.

ÍNDICE:

Introducción.	01
CAPÍTULO I.	
1. Antecedentes históricos de la jurisdicción contencioso administrativa en el Ecuador	04
2. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo como órgano especializado	08
3. Actual ubicación de la justicia administrativa	19
CAPÍTULO II.	
1. El recurso subjetivo o de plena jurisdicción	28
2. La acción de amparo constitucional y la acción de protección	31
3. Diferencia entre el recurso subjetivo o de plena jurisdicción y la acción de protección	41
CAPÍTULO III.	
1. Principios generales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa	44
2. Principios generales de la Jurisdicción Constitucional	51
3. Casos de improcedencia de la acción de protección previstos en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	57
CAPÍTULO IV.	
1. Jurisprudencia del contencioso administrativo	65
2. Jurisprudencia constitucional en materia de garantías jurisdiccionales	86
3. Breve mirada al Derecho comparado sobre la temática	97
CAPÍTULO V.	
Conclusiones	101

