



UNIVERSIDAD LAICA " ELOY ALFARO DE MANABÍ "

FACULTAD DE DERECHO

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADA DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE
LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

TEMA:

"EL ABUSO DEL DERECHO: ANÁLISIS TEÓRICO Y PRÁCTICO"

AUTOR:

MADELEIN ESTRELLA ROJAS DELGADO

TUTOR:

DR. FAUSTO ALARCÓN CEDEÑO, Mg

MANTA- MANABÍ - ECUADOR

2017

DECLARACIÓN DE AUTORIA

Yo, Madeleine Estrella Rojas, en calidad de autora de este trabajo de titulación denominado **“EL ABUSO DEL DERECHO: ANÁLISIS TEÓRICO Y PRÁCTICO”** Expongo que: La responsabilidad del contenido, ideas, resultados, conclusiones y recomendaciones presentados en este Trabajo de Titulación, corresponden exclusivamente a la autora y el patrimonio intelectual corresponderá a la Universidad Laica “Eloy Alfaro” De Manabí.

Madelein Estrella Rojas Delgado

CERTIFICACIÓN

Yo, DR. FAUSTO ALARCÓN CEDEÑO, Mg, certifico haber dirigido el trabajo de titulación sobre el Tema **“EL ABUSO DEL DERECHO: ANÁLISIS TEÓRICO Y PRÁCTICO”** previa la obtención del título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la Republica, de acuerdo a la Normativa y Reglamentos de la Universidad Laica “Eloy Alfaro de Manabí”.

DR. FAUSTO ALARCÓN CEDEÑO
DIRECTOR DE TESIS

APROBACIÓN

Quienes abajo firmamos, miembros del tribunal correspondiente, declaramos que hemos aprobado el trabajo de titulación sobre el tema **“EL ABUSO DEL DERECHO: ANÁLISIS TEÓRICO Y PRÁCTICO”**, propuesta y desarrollada por **MADELEIN ESTRELLA ROJAS DELGADO**, previa la obtención del título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la Republica, de acuerdo a la Normativa y Reglamentos de la Universidad Laica “Eloy Alfaro de Manabí”.

MIEMBRO DEL TRIBUNAL

MIEMBRO DEL TRIBUNAL

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

DEDICATORIA

A Dios por darme la vida y salud para culminar con este proyecto.

Agradezco a mi madre y mejor amiga Estrella por darme siempre las palabras correctas cuando sentía que era difícil.

A mi padre por estar en todo momento, ser mi pilar y apoyo en todos los aspectos de mi vida.

A mi Familia por ser la Familia más Unida, amorosa e incondicional que podría existir.

A mi compañero del corazón y amigos por hacer de este largo camino un camino lleno de sonrisas y felicidad.

A mi Trabajo por permitirme espacios y tiempo para dejarme cumplir este gran sueño.

A mis maestros y la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí por brindarme una enseñanza de calidad y permitirme formarme como una profesional dedico este proyecto.

Madelein Estrella Rojas Delgado

RECONOCIMIENTO

A la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, Facultad de Derecho, ya que hace seis años que termine la educación secundaria, me acogió en sus aulas y me brindo por intermedio de mis maestros una enseñanza de calidad, la cual es necesaria para el ejercicio diario de la profesión. Consigno mi especial agradecimiento a mi tutor Dr. Fausto Alarcón Cedeño Mg, por su gran don de gente, y por el aporte de sus valiosos conocimientos en la elaboración y dirección de la presente investigación.

Madelein Estrella Rojas Delgado

ÍNDICE DE CONTENIDOS

	Pág.
DECLARACIÓN DE AUTORIA.....	I
DEDICATORIA.....	II
RECONOCIMIENTO.....	III
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	IV
INTRODUCCIÓN.....	01
RESUMEN EJECUTIVO.....	03
CAPÍTULO I	
ELABORACIÓN DEL MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN.....	05
1.1. ANTECEDENTES SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO.....	06
1.2. NATURALEZA DEL ABUSO DEL DERECHO.....	09
1.3. CONCEPCIONES SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO	15
1.4. DIFERENCIA ENTRE ABUSO DEL DERECHO Y PRINCIPIO DE LA BUENA FE	19
1.5. TRANSGRESIÓN A LA JUSTICIA, LA EQUIDAD, LA LEY Y LA RAZÓN.....	22
1.6. DISCUSIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO.....	23
1.7. FUNDAMENTOS SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO	24
1.8. ABUSO DEL DERECHO ACCESO A LA JURISDICCIÓN.....	25
1.9. ABUSO Y MALICIA	27
1.10. ABUSO Y TEMERIDAD	27
1.11. LA CARGA DE LA PRUEBA.....	28
1.12. LA EXISTENCIA DEL DAÑO	29
1.13. LA RESPONSABILIDAD.....	30
1.14. EL EJERCICIO DE UN DERECHO SUBJETIVO.....	33
1.15. ACCIÓN U OMISIÓN	35
1.16. LEALTAD PROCESAL	36
1.17. EL PAPEL DEL JUEZ	37
2. ANÁLISIS DE CASO	40
2.1. ESTUDIO DE CASO.....	41
2.2. COMENTARIO.....	58

CAPÍTULO III

3. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	63
3.1 RESULTADOS EN RELACIÓN A LOS OBJETIVOS.....	64
3.1.1. OBJETIVO GENERAL.....	64
3.1.1.1. LOGRO DE RESULTADO.....	64
3.1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	64
3.1.2.1. LOGRO DE RESULTADO.....	64
3.2. CONCLUSIONES.....	66
3.3. RECOMENDACIONES.....	68
4. BIBLIOGRAFÍA.....	69
5. ANEXOS.....	73

INTRODUCCIÓN

Se señala al abuso del derecho a la situación que se produce cuando el titular de un derecho subjetivo actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del Derecho. Igualmente, es el accionar de quien en ejercicio de un derecho actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí y causando daños a terceros.

Creemos que para explicar el origen del abuso del derecho podemos prohiar la idea según la cual los derechos deben ser ejercitados según su uso normal, de tal manera que no ocasionen a los demás un daño apreciable; y que para determinar la normalidad del uso es necesario tener en cuenta el estado general de las costumbres y de las relaciones sociales que varían según el tiempo y los lugares y que, por eso, debe ser sometido a la apreciación de los jueces. Según Bonfante la teoría del uso normal se inspiró más que en la teoría de los actos de emulación en el concepto de *immissio*, tratando de establecer una línea de demarcación entre las inmisiones lícitas y las ilícitas. Además de las inmisiones directas, están también prohibidas las inmisiones indirectas que derivan de un uso extraordinario que exceda de las necesidades y de la esfera de la vida normal; sólo son permitidas aquellas que derivan de las necesidades de la vida cotidiana. Para Ihering la pura y simple prohibición de la *immissio*, el principio *in suo hactenus facere licet, quatenus, nihil in alienum immitat*, es un concepto demasiado mezquino, dado que sin necesidad de introducir la menor sustancia en el fundo vecino se pueden causar a los vecinos gravísimas molestias. La prohibición debe alcanzar a todo influjo (*Eingriff*) directo o

indirecto ejercido sobre el fundo vecino. Se deben, pues, prohibir todos los influjos que inician sus efectos en el fundo vecino, o sea, los directos, mientras que los influjos que comenzando sus efectos en el fundo del que realiza los actos, los prosiguen en el fundo vecino, o sea, los indirectos, solo deben prohibirse en el caso. Así pues, la teoría del uso normal del derecho, desarrollada inicialmente respecto de las relaciones de vecindad y respecto de los actos de emulación, puede ser reconducida, sin dificultades, al campo del abuso del derecho, deviniendo, por lo tanto, predicable o extensible a todos los demás derechos subjetivos.

Se debe subrayar que el abuso del derecho se comete con el ejercicio del derecho subjetivo o sin su ejercicio. Y que el abuso del derecho se ocasiona cuando se afecta un interés no reconocido en norma jurídica, por cuanto si se afecta un interés reconocido en norma, se estaría ante un conflicto de derechos; sin embargo, si bien el abuso del derecho no afecta un interés específico otorgado por una particular norma jurídica, sí representa, en palabras de Fernández Sessarego, una violación o una trasgresión a lo que él llama un deber jurídico de carácter genérico, es decir, a una prohibición que hace parte de un principio general del derecho. En resumen, en el abuso del derecho hay un conflicto entre una conducta y un principio general del derecho. “Se trataría así del incumplimiento de un genérico deber impuesto por el ordenamiento positivo al titular del derecho, dentro de una específica situación jurídica subjetiva”. Y si no hay norma expresa que consagre la prohibición del abuso, se estaría ante un acto que es contrario a los principios generales del derecho, “como aquel de la buena fe y de las buenas costumbres, principios que se inspiran preponderantemente, en el valor de la solidaridad”

RESUMEN EJECUTIVO

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, contiene disposiciones, que hacen directa, aunque vagamente, referencia a un tipo de abuso del derecho. Así mismo otras disposiciones, interpretadas en su contexto coherente y congruente, hacen referencia a la existencia de consecuencias por conductas abusivas. Es entonces que si bien la legislación positiva, sobre todo en el Código de relaciones privadas, no se contempla una disposición expresa del Abuso del Derecho, la Jurisprudencia Ecuatoriana, sí ha recogido a la figura en cuestión aunque sea de manera aproximada. Así, la misma está siendo ya de por sí compleja y cuestionada.

Por ende en esta investigación sostenemos que el Abuso del Derecho es una verdadera norma jurídica en sentido de principio de derecho que pone límite al ejercicio de las facultades jurídicas, que encaja en los lineamientos de la ilicitud, pero que es distinto, autónomo e independiente de otras figuras ilícitas típicas como el delito o el cuasi delito, configurándose como un ilícito atípico que atenta contra los principios generales del derecho.

Este trabajo pretende presentar un análisis de la jurisprudencia y sobre el accionar de los llamados a administrar justicia en nuestro país, de tal manera hemos distribuido el trabajo en tres capítulos perfectamente estructurados:

El **Primer Capítulo** titulado: **MARCO TEÓRICO**, determina los antecedentes de la investigación, fundamentación teórica y su caracterización.

En el **Segundo Capítulo** denominado: Estudio de caso, exponemos nuestra observación personal. De ésta manera se realiza un análisis al procedimiento que fue aplicado.

El **Tercer Capítulo** comprende los Resultados de la Investigación la justificación e importancia y Comprobación de Objetivos Generales y específicos. Terminamos el estudio investigativo con un conjunto de conclusiones generales y recomendaciones sobre la figura planteada.

CAPÍTULO I

ELABORACIÓN DEL MARCO TEÓRICO

DE LA INVESTIGACIÓN.

1.1. ANTECEDENTES SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO

La teoría del Abuso del Derecho se ha condicionado en métodos relativamente recientes, pero sus raíces son lejanas aun en expresiones del derecho consideradas referentemente individualistas. Así en el Derecho romano que consagró el absolutismo del derecho individual en la fórmula "qui jure suo utitur nomen loedit" (quien usa de su derecho no puede ser responsable) y que en su faz quiritaria devino en un "ius abutendi", fue sentado por el derecho honorario admitiendo ciertas restricciones al derecho de propiedad como la prohibición de demoler una casa por el propietario con el sólo objeto de vender los materiales o la pérdida de la cuota que le correspondía al condómino si éste no contribuía con afrontar los gastos necesarios para la conservación de las servidumbres por falta de uso o la sustitución del compromiso del deudor de entregar a un esclavo a cambio de la entrega de su valor.

Otro de sus antecedentes se pueden encontrar en las Leyes de las Partidas, que en la Ley 19, título XXXII, Partida III, dice: "Ca según que dixeron los sabios antiguos, maguer el ome haya de facer en lo suyo lo que quisiera, pero deuelo facer de manera que no faga daño nin tuerto a otro". En la Edad Media se adopta el vocablo "aemulatio" que se usa, al igual que la frase "animus aemulandi", técnicamente por los juristas para designar "la intención de quien cumple ciertos actos, que aunque comprendidos normalmente en el ejercicio de su derecho, se emplea sin utilidad propia o con una mínima, con el fin de perjudicar a otro"¹

Pietro Bonfante hace referencia a la "teoría de los actos de emulación" como doctrina medioeval, según la que "se prohibían al propietario los actos por él

¹ Cristóforo Astorni. *"Emulazione": Dizionario Pratico del Diritto Privatto*. Edit. Vallendi. Milán, s/f.

cumplidos, con la maligna intención de perjudicar a otro, animus nocendi, con poca o ninguna utilidad propia"; el propietario que edifica un muro en su fundo sin necesidad inmediata, tan sólo para privar de luz o de la vista de un panorama amplio al vecino. Los juristas medioevales denominaban a estos actos "ad emulationem", de donde viene el nombre de la teoría².

Para Marcel Planiol no era nueva la teoría del Abuso del Derecho, pues sus orígenes se pueden situar en la rica y minuciosa elaboración del derecho medioeval que inclusive tuvo alguno de los caracteres que actualmente suscitan controversias entre los especialistas como el ejercicio de un derecho subjetivo sin utilidad para su titular, o con una utilidad insignificante y con el designio de perjudicar a terceros.

Muchos Historiadores exponen que la figura del abuso del derecho surgió en la jurisprudencia francesa para corregir dos rasgos jurídico-culturales del Código de Napoleón, esto es, el formalismo legal y el absolutismo de los derechos y de manera particular el de propiedad. Por formalismo legal se debe entender la pretensión decimonónica de que la ley contiene todas las soluciones posibles a los problemas que se originan en la vida práctica, o mejor, en el ámbito de las relaciones privadas y, en consecuencia, se hace innecesaria la ponderación racional del juez. De modo pues que su labor consistiría sólo en subsumir un caso propio de la vida privada dentro de la solución normativa previamente fijada por el legislador.

El Código Civil napoleónico de 1804, de tendencia eminentemente individualista, si bien consagra el derecho de propiedad como el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, tiene el agregado "a

² Pietro Bonfante. Instituciones de Derecho Romano, Atheneum, Roma, 1928.

condición de que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o reglamentos", lo que importa la posibilidad de la limitación en su ejercicio. Ya anotamos anteriormente que, poco después de la promulgación del Código Civil de 1804, la jurisprudencia francesa sancionó, en varios casos, el uso abusivo de los derechos, criterio que sigue vigente.

Lo expuesto nos lleva a la conclusión de que el convencimiento de la necesidad de reprimir esta clase de actos, cuando se ejercitan en forma abusiva, es muy antigua. Inclusive la literatura jurídica ha encontrado en alguna producción de escritores o dramaturgos situaciones vinculadas con el abuso del derecho, como el caso de Shylock en "El Mercader de Venecia" de Shakespeare, cuando pretende exigir a Antonio el cumplimiento de una cláusula del contrato estipulado con el solo propósito de perjudicarlo y sin una necesidad o interés legítimo.

La primera sentencia francesa sobre el abuso data del 2 de mayo de 1855 en donde la Corte de Colmar afirmó que el ejercicio del derecho de propiedad "debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo". La sentencia se refería al caso de un propietario que edificó sobre su casa una voluminosa e inútil chimenea delante de la ventana de su vecino, con la intención de causarle un perjuicio quitándole la luz. Un año después el Tribunal de Lyon sancionó a un propietario que instaló una bomba en el subsuelo de su heredad para succionar el agua proveniente de una fuente, con el único propósito de perjudicar al vecino impidiéndole acceso a la misma. El agua no era utilizada por el propietario sino que la dejaba perder en el río. El Tribunal de Lyon condenó al propietario dado que se había servido del "poder de abusar de su cosa, inspirado exclusivamente por el ánimo de dañar". Posteriormente, la

sentencia del Tribunal de Compiègne, de 19 de febrero de 1913, en el caso conocido como Clement Bayard, se dijo que el titular de un derecho no puede ejercerlo “para un fin distinto de aquel para el que le ha sido reconocido por el legislador”. Para Atienza en las sentencias del Tribunal de Colmar y del Tribunal de Compiègne se encuentra el núcleo central del problema del abuso del derecho: “que el uso de las permisiones que la titularidad de un derecho implica, puede, en determinados casos que presenten propiedades no previstas por el legislador, encontrarse fuera del alcance justificativo de los principios que justifican esas mismas permisiones³”. El origen del abuso del derecho proviene del cambio del método de interpretación de la regla jurídica. Del formalismo y de la interpretación literal de la norma se pasa a una interpretación funcional que tiene en cuenta las finalidades y los valores que subyacen a las reglas, a las normas jurídicas⁴. La adecuación de las reglas a los principios es lo que hace, entre otras cosas, la jurisprudencia creativa. El abuso del derecho es pues hijo de una postura que ve en los principios el fundamento, el sustrato y la justificación de las normas que integran un ordenamiento jurídico y cuya aplicación implica la superación del legalismo y del formalismo jurídico

1.2. NATURALEZA DEL ABUSO DEL DERECHO

Mucho se discute la vinculación del abuso del derecho con el acto ilícito, confundiendo la ilicitud con la imputabilidad como lo concebía el derecho francés al unir el elemento objetivo ilicitud con el subjetivo de imputabilidad o culpabilidad.

³ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos Atípicos*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 34 y 35.

⁴ Manuel Atienza y otro, *Ilícitos Atípicos*, Madrid, Edit. Trotta, 2000, pp. 34-35., citado por Ernesto Rengifo, *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 67.

La ilicitud sería la acción contraria a la permitida por la ley, pero paralelamente a estas prohibiciones concretas están las generales que no han sido descritas específicamente, como aquella conducta por la cual se actúa abusivamente un derecho subjetivo del que es titular, violentando el interés de otros. Al respecto el “abuso” en sentido técnico desaparece cuando el legislador sólo concede un derecho con la reserva de que se use de un modo determinado “no abusivo”, el mismo que corresponde apreciar al juez. Si el titular del derecho lo ejercita en las condiciones prohibidas, ello “colocaría a su titular fuera de su derecho legal”. Si esta situación se da frente a un derecho especial, ella evidentemente cambia cuando el legislador consagra la teoría del abuso introduciendo en el ordenamiento un principio general de condena que “rige el ejercicio de todo o parte de los derechos⁵”. Según lo transcrito se presenta en el derecho una separación de las conductas subjetivas: los actos están prohibidos por el ordenamiento jurídico y son ilícitos, o son permitidos y pasan a ser lícitos. “Cossio señala que el prius (antes, primero, que denota prioridad de tiempo, lugar o preferencia) del derecho es la libertad ontológica del ser humano que le permite realizarse con total libertad para de esta manera cumplir su personal e intransferible proyecto de vida⁶”. Este “axioma ontológico de la libertad” se traduce en “lo que no está prohibido está permitido”. Frente a esta corriente doctrinaria tradicional hace presencia en forma intermedia entre las conductas lícitas e ilícitas aquella que define al abuso del derecho como un acto ilícito sui generis. Espín Cánovas respaldado por la opinión de Mazeaud, dice: “que la teoría del abuso ha servido para poner de relieve que puede exigirse la

⁵ Dabin, El Derecho Subjetivo, pp. 338-339, citado por Carlos Fernández, Abuso del Derecho, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 136-137.

⁶ Carlos Cossio, La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad, p. 403, citado por Carlos Fernández, Abuso del Derecho, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 137.

responsabilidad civil no sólo al que actúa al margen de todo derecho, sino también al que causa daño con ocasión del ejercicio de un derecho del que es titular”⁷. A decir de Fernández Sessarego, el acto abusivo es un acto ilícito por el que a través de una conducta antisocial u omisión igual se violenta un genérico deber jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico que se encuentra vigente en todas las situaciones jurídicas subjetivas de índole patrimonial; por lo que, la ilicitud de la conducta abusiva es única o sui generis y por tanto se distancia de las reglas de la responsabilidad para llegar a ser una autónoma figura jurídica. Sin embargo frente a esta posición doctrinaria de la identificación del abuso del derecho con el acto ilícito se hace presente la posición de Condorelli que lo ubica al abuso del derecho en un punto medio entre las conductas lícitas y expresamente ilícitas, al decir: “Si como se sabe, en cualquier ordenamiento jurídico no se conocen más que dos categorías de actos o sea los permitidos o lícitos y los ilícitos, es obvio que los actos abusivos constituyen un tertium genus, por cuanto intrínsecamente son actos lícitos, pero susceptibles de que se les aplique una sanción”. La locución latina “tertium genus” aludida por Condorelli significa: “Tercer género. Denominación que se aplica para caracterizar una posición distinta entre dos clérigos, y al parecer irreductibles o únicas”⁸. Esta posición traza una línea intermedia formada por conductas que permitidas por el derecho merece la censura por parte de la conciencia social porque atenta la armonía de la vida social. De allí que el juzgador a de recurrir a los criterios que le ofrece la ley, la doctrina y la jurisprudencia para determinar, en un caso concreto, la asistencia o no de un

⁷ Espín Cánovas, Manuel de derecho civil, Vol. I, p. 580, citado por Carlos Fernández, Abuso del Derecho, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 139.

⁸ Guillermo Cabanellas, Repertorio Jurídico de Principios General del Derecho, Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1992, p. 340.

acto abusivo. La ley no ampara lo que no merece tutela o protección jurídica; ampara lo permitido y lícito, no lo prohibido e ilícito. Para adentrarnos en la naturaleza misma del abuso del derecho, como principio que prohíbe lesionar un interés ajeno no protegido por un concreto derecho subjetivo, se hace necesario comprender que el quid de la figura se desenvuelve en una dimensión social generadora de experiencias jurídicas, por lo cual se supera la visión individualista del abuso del derecho que la concebía como un exceso en el ejercicio de un derecho subjetivo o como una específica intención de causar daño o como la desviación del derecho de su señalada finalidad socio-económica o como la conducta anormal del derecho subjetivo. La figura jurídica inmersa en esa dimensión social extiende el límite de lo lícito para penetrar en el campo de lo ilícito por haberse violentado una específica norma de convivencia social o un principio general del derecho en el que convive el genérico deber de no lesionar intereses ajenos con el ejercicio o no de un derecho. Esto constituye una conducta ilícita sui generis y el abuso del derecho se torna autónomo superando la esfera de la responsabilidad e introducirse en la teoría general del derecho. Toda conducta manifestada como un ejercicio de un derecho es lícita, porque la ley la faculta; sin embargo, por el ejercicio abusivo del derecho tal conducta se torna irregular y antisocial de un derecho subjetivo en posibilidad de causar daño por colisionar con un interés ajeno. Dicho en otras palabras, esta conducta humana es contraria a la moral social, por no ser admitida y por tanto deja de ser un derecho. Es de anotar que esta conducta lesionadora de un deber genérico de respeto al interés de los demás, genera solidaridad social que se aprecia en forma decisiva a través de los deberes que de los derechos. Lo contrario implicaría atacar principios

generales del derecho, como la buena fe y las buenas costumbres en los que se sostiene aquel valor de solidaridad social. El atropello de la norma lo ubica al acto lícito en ilícito, por antisocial e inmoral, pues implica una arbitrariedad sobre un genérico deber jurídico. También los casos de omisión o de no uso de un derecho subjetivo que cause daño a un interés ajeno constituye abuso del derecho.

Ese deber genérico de no ejercer antisocialmente un derecho está contenido en cláusulas o principios generales del derecho en algunos ordenamientos jurídicos, más no en forma específica en nuestro sistema jurídico, y su violación lo vuelve en conducta prohibida por la ley. Este acto arbitrario es consecuencia de una conducta ilícita, lo que normalmente derivaría en un caso de responsabilidad tradicional (culpa aquiliana, sinónimo de culpa extracontractual o cuasidelictual) en la que se obra sin derecho y se transgrede un diferente deber genérico (dañando o perjudicando a otro). Para comprender el abuso del derecho a partir de la “situación jurídica objetiva” debemos entender a ésta en tanto conjunto de derechos y deberes propios de un determinado status del sujeto en relación, de conformidad con las atribuciones que emanan del ordenamiento jurídico positivo. Dentro de una situación jurídica subjetiva, activa o de poder, encontramos de manera preeminente, como está dicho, la presencia de un derecho subjetivo pero, al lado de él, a manera de límite, hallamos un conjunto de deberes jurídicos que le son inherentes. De aquellos deberes, algunos son exclusivos y propios de cada específico derecho subjetivo. A su lado coexisten otros, ya no de carácter particular y circunscripto a un determinado derecho subjetivo, sino más bien de naturaleza genérica, que comprenden y abarcan a todos los derechos, los que surgen de los principios o

cláusulas generales del derecho. A esta categoría pertenece, precisamente, el principio denominado “abuso del derecho”. Existen otros principios que reúnen también estas características como son los de la buena fe, las buenas costumbres o del orden público... Todos estos principios, si bien encuadrados dentro de los valores de justicia y seguridad, responden de modo prevalecte al valor solidaridad, cuya raíz última la encontramos en la moral social⁹. A falta de cláusulas prohibitivas del abuso del derecho el juez obligatoriamente deberá ir al derecho considerado en su conjunto, buscando los soportes jurídicos necesarios para condenarlo porque ...el juez afronta el problema de “determinar si cabe sancionar la responsabilidad del titular de un derecho subjetivo, quien ejercitándolo dentro de los límites que una norma le impone, ha ocasionado perjuicios a un tercero cuya reparación no es exigida por la ley directamente ni por la aplicación de los principios de la culpa y el dolo, pero lo exigen la conciencia jurídica colectiva, la equidad, la solidaridad social, el derecho en su sentido ideal, la moral en su acepción lata”. Con fundamento al criterio transcrito de Warat se ha elaborado jurisprudencia que condena al abuso del derecho como conducta antisocial, amparándose en el cardinal principio general del derecho de la buena fe, a más de otros como el de la equidad o de las buenas costumbres, de sólida raigambre moral. Fernández Sessarego señala que, además de los principios referidos, el juzgador utiliza otros conocidos como “arquetipos de conducta” o “estándares jurídicos” cuyo soporte es la buena fe, las buenas costumbres y el orden público, a los que se someten los miembros de una sociedad para conseguir una convivencia social,

⁹ Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 149-150.

económica y cultural equilibrada, para conseguir la justicia, la solidaridad y la seguridad, pilares de la paz¹⁰.

1.3. CONCEPCIONES SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO

Entre las concepciones que se han expuesto para caracterizar el ejercicio abusivo del derecho, podemos plantear las dos más conocidas.

Una de ellas da lugar a los sistemas que podemos denominar "**subjetivos**" que consideran que el acto es abusivo cuando existe un obrar doloso o culposo del sujeto; la otra, de tipo "**objetivo**", atiende a los fines de la norma jurídica, y estima que el acto es abusivo cuando se violan o exceden esos fines.

Dentro de esas grandes corrientes de pensamiento podemos distinguir varios subgrupos, que encuentran su expresión en la formulación doctrinaria de diferentes autores, e incluso en las fórmulas adoptadas por distintos países.

a) Intencionalidad - En primer lugar, dentro de los sistemas que hemos llamado subjetivos, hay quienes entienden que el ejercicio es abusivo cuando se actúa con la intención de perjudicar al prójimo. Se trata, pues, de una actitud dolosa de quien ejercita las prerrogativas o facultades que surgen de la norma con el propósito de causar daño a un tercero. Coincide parcialmente con la teoría de los "actos de emulación", elaborada por los glosadores, y con lo dispuesto por las Leyes de Partida. Acotamos, sin embargo, que en la mencionada ley se hace referencia a la "falta de interés legítimo", de la que nos ocuparemos luego. Se reprocha a este sistema que finca el abuso en la existencia de "dolo" la dificultad que existe en probar la intención de perjudicar.

¹⁰ Warat, Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley, p. 39, citado por Carlos Fernández, Abuso del Derecho, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 171.

Entre las legislaciones que adoptaron esta solución suele citarse el Landrecht prusiano, de 1794, que imponía la obligación de resarcir el daño "cuando de las circunstancias resultare de modo inequívoco que entre las varias formas de usar de su derecho optó por la más perjudicial a otro; con la intención de dañarlo", y en materia de dominio establecía que "nadie puede abusar de su propiedad para agraviar o perjudicar a otro"

En épocas más modernas el Código Civil alemán, en su parágrafo 226, dispone que: "No se permitirá ejercitar un derecho cuando su ejercicio sólo pueda tener por objeto causar perjuicio a otro" norma que debe coordinarse con lo establecido en el parágrafo 826, que expresa: "Toda persona que intencionalmente cause un daño a otra, en una forma contraria a las buenas costumbres, está obligada a reparar el daño causado". Jossierand¹¹ señala que entre ambas normas se plantea un conflicto, pues la primera es de corte netamente subjetivo, y además excesivamente restrictiva, mientras que la segunda daría cabida a ciertos elementos objetivos, junto al requerimiento de intencionalidad, lo que trae como consecuencia una limitación en la eficacia práctica de esas fórmulas. La intencionalidad se encuentra también presente en la fórmula incorporada al Código austriaco, por ley del año 1916, que modificaba el artículo 1295 del mencionado cuerpo legal.

b) Negligencia. - Un segundo sistema, expuesto por muchos autores franceses y aceptado frecuentemente en la jurisprudencia de ese país, requiere solamente que el actuar del sujeto, al ejercitar su derecho y ocasionar con ello un perjuicio a otro, sea de carácter culposo; no se exige ya la prueba de la "intención" de perjudicar, sino que basta la conducta negligente, estimando que

¹¹Louis Jossierand, Del Abuso de los Derechos y otros Ensayos, Bogotá, Editorial Temis, 1999

el acto puede ser abusivo aunque en el titular no haya existido animus nocendi, y que la culpa puede consistir en haber ejercitado su derecho de manera perjudicial para tercero, sin interés apreciable para sí mismo. Pone como ejemplo el caso del propietario que realiza en su predio obras perjudiciales para el vecino, sin obtener con ello ningún beneficio personal.

Tanto el sistema del dolo como el sistema de la culpa presentan el inconveniente de que asimilan el acto abusivo al acto ilícito, lo que lleva a los detractores de la teoría a afirmar que no es necesario consagrarle ninguna norma especial, pues resultaría suficiente con los preceptos que prohíben el actuar ilícito de los sujetos, que perjudica a terceros, e imponen en tal caso el deber de reparar el daño.

c) Falta de interés legítimo.- Un tercer subgrupo, dentro de las posiciones de tipo subjetivo, pone el acento en la "falta de interés legítimo", entroncando esta expresión con la famosa fórmula de von Ihering que caracterizó el derecho subjetivo como un "interés legítimo", jurídicamente protegido. Esta nota de la falta de "interés" a nuestro entender, es mucho más antigua, pues ya vemos que en la Ley de Partida citada por nuestro codificador en la nota al artículo. 2514 del Código Civil, no sólo se exigía el actuar malicioso, sino también que el sujeto "non lo oviessse menester". Refiriéndose a estos problemas, Josserand nos dice que se trata de un criterio económico, muy superior a los enunciados anteriormente y que ha sido favorablemente acogido por la doctrina y la jurisprudencia. Por nuestra parte, entendemos que la falta de interés no se refiere solamente a aspectos económicos, y que una afirmación como la efectuada por el maestro francés puede inducir a confusión. La inexistencia de utilidad para el titular del derecho es de carácter muy amplio, y comprende

cualquier tipo de beneficio que pudiese obtener con el ejercicio de sus derechos. La apreciación de este elemento es subjetiva, pues se vincula con la valoración personal que el titular del derecho efectúa respecto del provecho que el acto le procura. Sin esta afirmación, pretendía reemplazar la concepción subjetiva del abuso del derecho por una concepción "objetiva", pero como lo ha señalado muy bien Ripert, la falta de utilidad e interés debe tomar en cuenta "el pensamiento de aquel que realiza el acto, y la noción continúa siendo subjetiva¹²". Por eso este tipo de criterios, aunque da un paso adelante al establecer una frontera entre lo "ilícito" y el "acto abusivo", tropieza con las dificultades de apreciación de todo sistema puramente subjetivo.

d) Ejercicio contrario a la función económica y social. - Otras corrientes, en cambio, efectúan un análisis valorativo del derecho subjetivo que se encuentra en juego, procurando determinar los fines que impulsaron al legislador a concederlo y determinar, entonces, si su ejercicio se efectuó en consonancia con tales objetivos. Aquí, principalmente, suele atenderse a los fines de carácter económico y social que se habían tenido en mira al dictar las normas o regular ciertas instituciones, estimando que así como ningún derecho es absoluto, tampoco puede serlo su ejercicio, y que resultaría abusivo el comportamiento del titular si excediese los límites fijados por el legislador al reconocerle ese derecho. La mayor parte de los Códigos modernos que han consagrado fórmulas represivas del llamado "abuso del derecho" incluyen en su texto una mención a los fines sociales o económicos, a veces como único elemento que sirve para caracterizar el abuso, y en otros casos unidos a elementos de carácter subjetivo. Así por ejemplo, el Código Civil helénico de

¹² Dabin, *El Derecho Subjetivo*, pp. 338-339, citado por Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 136-137.

1941, expresa en su artículo 281 que: "El ejercicio de un derecho está prohibido si sobrepasa manifiestamente los límites impuestos por la buena fe o las buenas costumbres o por el fin social o económico de dicho derecho.

Revisando varias legislaciones, no encontramos, sin embargo, ninguna norma que caracterice el abuso, ya que el legislador se ha limitado a agregar a esa condena tan escueta, una frase por la que se dispone que "El interesado puede exigir la adopción de medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda", estimando que la determinación de lo que debe entenderse por abuso es tarea que corresponde a la doctrina¹³.

1.4. DIFERENCIA ENTRE ABUSO DEL DERECHO Y PRINCIPIO DE LA BUENA FE

El Abuso del Derecho encuentra tanto sus bases, como sus límites en la buena fe, es decir en aquél Principio General de Derecho que supone un proceder correcto, leal, honesto, una conducta de un hombre prudente en todo tipo de relaciones en las que intervenga, o en otras palabras, que todas las actuaciones del sujeto sean bien intencionadas y diligentes. Se dice incluso que la buena fe y el abuso son parientes ya que responden a idénticas finalidades o muy similares¹⁴. En atención a esto, hay que sostener que el Derecho parte desde y hacia estos principios, es decir, encuentra sus bases u orígenes y a también su destino u objetivo, en estos Principios. A la inversa, una actitud de mala fe en ejercicio de los derechos o prerrogativas jurídicas va en contra de lo que estos principios consagran y buscan, es decir atenta contra

¹³ Carlos Cossio, La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad, p. 403, citado por Carlos Fernández, Abuso del Derecho, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 137.

¹⁴ Cfr. E. CONDORELLI. Del Abuso y la Mala Fe dentro del Proceso, Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1986. p. 22

ellos y vulneran el sentido del Derecho en sí. Así, una vez que se ha llegado a este tema, es pertinente resolver la siguiente pregunta que sin duda alguna ha de despertar inquietudes para algunas personas. Esto es, ¿Qué diferencia habría entre el abuso del derecho y la mala fe? De otro modo, ¿para qué la existencia del Abuso del Derecho si es que ya existe el Principio de la Buena fe rectora de las actuaciones jurídicas? González Pérez trae un criterio para responder la interrogante, y dice: La diferencia parece radicar en que mientras los límites en el ejercicio del derecho cuya infracción determina el abuso del derecho son límites derivados de la conciencia social de una época (son límites objetivos a las facultades que integran el contenido del derecho impuesto por las costumbres y apreciaciones de la época), los límites derivados del principio general de la buena fe son límites que provienen de la que debe ser conducta normal, recta y honesta respecto de las personas con las que se está en relación. Es el criterio de reciprocidad el que aparece como nota diferenciadora de la buena fe¹⁵. Sin embargo, no nos parece del todo clara esta diferenciación, por lo que sin perjuicio de este criterio, acudimos a otro que parece ser más claro para aclarar estos conceptos. Así, hay que tomar en cuenta que el principio de la buena fe, o su contrario de la mala fe, tiene varios ámbitos de aplicación. Se puede encontrar que hay mala fe en conductas como el fraude a la ley, en la desviación del poder, se encuentra que puede haber buena o mala fe en relaciones de ámbito civil como en la celebración de un contrato o convención, su desarrollo, cumplimiento y ejecución y así mismo este principio está presente en otras figuras jurídicas como en el caso de algunos delitos como el de estafa por poner un ejemplo. Se puede apreciar que no en todas

¹⁵ J. GONZÁLES PÉREZ. "Buena Fe y Abuso del Derecho: Su reflejo en el proceso administrativo" en El Abuso del Proceso: Mala fe y fraude de la ley procesal Director Faustino Gutiérrez- Alviz Conradi. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006 p. 330

estas figuras y ámbitos que hemos encontrado presente el principio de la buena fe, de por sí se requiere indispensablemente el ejercicio de un derecho, como sería el caso de un delito, lo cual es necesario para la configuración del Abuso del Derecho. Así por ejemplo en el cometimiento de un delito de estafa, hay un ilícito que atenta entre otros, contra la buena fe, pero este no se origina en un derecho subjetivo, pues nadie tiene derecho a estafar. Es así que vemos una primera distinción, pues si bien ambos conceptos son relacionados, la buena fe tiene ámbitos de aplicación que no necesariamente implican ejercicio de un derecho, cuestión que es inherente para que se configure el abuso del derecho. Al respecto Ordoqui dice que el Abuso del Derecho “no deja de ser un principio general que se obtiene por remisión de otros como el de buena fe, pero no deja por ello de ser en sí mismo un principio con autonomía de contenido¹⁶”. Adicionalmente, el abuso del derecho, aunque en su mayoría se produce por actuaciones de mala fe, no requiere necesariamente esta, pues como ya se vio, de acuerdo a algunos puede producirse una conducta en la que no se atentó contra la buena fe, pero que en todo caso sí causó un daño, razón por la cual ya hay abuso de un derecho/ facultad. Piénsese del traído caso¹⁷ de que una persona cabe en su propiedad un pozo más grande y profundo del que tenía, con el objetivo de tener más agua y poder empezar así un sistema de riego de plantaciones. En el ejemplo dado, quien hace el pozo más profundo para sus plantaciones no actúa de mala fe, sin embargo, el hecho de él poder empezar a tener sistema de riego, significa la sequía del lago de la casa de su vecino, y su consiguiente efecto de producir la muerte de

¹⁶ G. ODORQUI CASTILLA. Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 52

¹⁷ R. ROJINA VILLEGAS, Derecho Civil Mexicano Tomo Quinto. Obligaciones Volumen II. Séptima Edición. Ed. Porrúa. México 1998. p. 203

plantas, pescados y otros animales. Es entonces que en este caso, la buena fe no es determinante, pues no se atenta contra ella, sin embargo sí existe un daño. De este modo, si es que se requiriera necesariamente atentar contra la buena fe, el que ha sufrido tremendo daño no tendría amparo alguno. Así las cosas, siendo que el abusar del derecho, figura que humaniza el derecho¹⁸, por lo general atenta contra la buena fe, podríamos decir en negativo, que el Abuso del Derecho es un principio general del derecho, que prohíbe abusar del ejercicio de un derecho. Un criterio similar al expuesto estima que “mientras la buena fe impone un deber positivo al señalar una forma de conducta a seguir, el abuso de derecho en cambio contempla la conducta desde el punto de vista negativo al imponer una sanción en sentido genérico¹⁹”. Con este tema concluimos entonces diciendo que en efecto el abuso y la buena fe son conceptos relacionados, sin perjuicio de lo cual, el abuso del derecho es una figura autónoma, con características propias como el originarse en el ejercicio de un derecho subjetivo, que debido a su importancia, llega a ser ya un Principio Universal de Derecho autónomo y aplicable a todas las ramas del Derecho.

1.5. TRANSGRESIÓN A LA JUSTICIA, LA EQUIDAD, LA LEY Y LA RAZÓN

La justicia es un criterio de valoración y un valor que se realiza por medio del derecho. Pero al hacerse un ejercicio abusivo del derecho o, más aún, el actuar con fraude a la ley, sin lugar a duda se atenta a los ideales de justicia, a la ley,

¹⁸ 230 Cfr. A. ALTERINI. Derecho Privado. Introducción al Derecho civil y Derecho Comercial. Tercera Edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1995. p. 41

¹⁹ 231 G. ODORQUI CASTILLA. Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 67

a la equidad y la razón. Todo ordenamiento jurídico que contengan o no normas o cláusulas para impedir estas figuras jurídicas tienden a regularizar el convivir social dando a cada quien lo que le corresponde. El derecho encuentra su razón en el hombre y en la confianza que éste deposita en la justicia. El Estado requiere de una correcta y eficaz administración de justicia, pero también exige de sus gobernados el sometimiento al ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos, bienes jurídicos e intereses de cualquier orden; de allí que, sanciona a las personas que han cometido fraude a la ley o que han hecho un ejercicio abusivo de un derecho. Hay que recalcar que debemos mantener un comportamiento social basado en la buena fe, la moral y las buenas costumbres, ya que este comportamiento a más de ser honesto y civilizado permite el progreso y desarrollo social, cultural y económico del Estado; y esta actitud positiva permite que se exija a ese Estado el cumplimiento de sus fines.

1.6. DISCUSIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO

Tal como lo hemos manifestado dentro de esta investigación, los tratadistas de derecho están de acuerdo en que la vida en sociedad impone la represión de la mala fe, del egoísmo y de actos, aun triviales, que origine una persona en el ejercicio de sus derechos, en detrimento de terceros. Asimismo lo están en la necesidad de que el derecho positivo debe acoger esa represión mediante una fórmula que solucione satisfactoriamente el conflicto de intereses entre el agente que ejerce su derecho en forma abusiva y el tercero que queda afectado por ese ejercicio. Por ende surge la necesidad de un correctivo indispensable para conciliar los derechos del individuo con los de la sociedad. Toda norma jurídica se refiere a la actividad del hombre frente a los demás, es

decir implica una relación entre dos sujetos: el activo y el pasivo, o sea el sujeto que tiene el deber para con alguien y el sujeto, en favor de quien se tiene el deber. La Filosofía del Derecho distingue dos fases en el fenómeno jurídico: la objetiva y la subjetiva, lo que nos conduce a distinguir dos aspectos de ese fenómeno, el derecho subjetivo o sea el conjunto de facultades para ser o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establecen en favor del sujeto de derecho; y el derecho objetivo o sea el conjunto de normas para ejercitar dichas facultades, o, del conjunto de normas generales impuestas a la acción humana, en sus relaciones externas y apoyadas por la autoridad del Estado, para garantizar los fines del individuo y de la sociedad. Lo que quiere decir que el Derecho como norma o sea el derecho objetivo se concibe como el conjunto de reglas que determinan y regulan el ejercicio de las facultades y el cumplimiento de los deberes que integran el derecho subjetivo.

1.7. FUNDAMENTOS SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO

El fundamento para reprimir el acto abusivo está en que ningún derecho es ilimitado, pues de ser así, no habría orden social posible. Aquel que tiene derechos frente a los demás integrantes de la sociedad, también tiene deberes para con ellos. No puede existir un grupo social en que haya únicamente sujetos titulares de derecho así como tampoco puede haber una sociedad en que los hombres estén exclusivamente sujetos a cumplir deberes. Debe tenerse presente que la limitación del derecho subjetivo de una persona no sólo está determinada por el interés de la sociedad o del Estado, sino, también, por el interés individual del titular de otro derecho subjetivo que necesita el respeto a su derecho para mantener su dignidad de persona o sea el ejercicio de sus facultades y poderes propios cuyo desconocimiento importaría la degradación

de su estado de persona. Como bien dice el ilustre tratadista doctor José León Barandiarán: "El derecho no es absoluto, no puede ejercitarse de una manera que lastime los imperativos humanos de solidaridad social y de consideración intersubjetiva. De allí que se haya ido elaborando una concepción en este orden de cosas que, en general, reciba consagración en el derecho moderno"²⁰

1.8. ABUSO DEL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN

El abuso del derecho a la jurisdicción es un abuso del proceso, abusar del derecho de acceder a la justicia, de accionar. Esto se manifiesta a través de entablar procesos innecesarios, procesos mal fundados o infundados en que hay sinrazón del actor, procesos desviados o procesos excesivos, "es decir elegir la vía más lenta y costosa cuando con una más breve bastaría".

Gardella, citado por Bilesio²¹ dice que "todas las conductas procesales que implican abuso del proceso... pueden contener el ingrediente subjetivo de malicia o temeridad, o descuido inexcusable, es decir dolo o culpa"²², pero estos componentes de índole subjetiva no son necesarios, pues bastaría con que se compruebe la existencia de un desvío o exceso en el ejercicio de los derechos subjetivos procesales.²³

Esto nos da a entender que el autor citado se maneja con un criterio objetivista o funcionalista, esto es, que no importa que si hubo o no hubo dolo o culpa, pues bastaría ver la producción de un daño o que la norma en cuestión haya

²⁰ José León Barandiarán. "Comentarios al Código Civil Peruano". Rev. Derecho y Ciencias Políticas. Año XII. N°2.

²¹ J. BILESIO. Reflexiones sobre el Abuso en Materia Procesal en la obra Abuso Procesal Peyrano, Jorge. Director. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001. p. 18.

²² J. BILESIO. Reflexiones sobre el Abuso en Materia Procesal en la obra Abuso Procesal Peyrano, Jorge. Director. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001. p. 18.

²³ Cfr. J. BILESIO. Reflexiones sobre el Abuso en Materia Procesal en la obra Abuso Procesal Peyrano, Jorge. Director. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001. p. 18

sido usada para un fin distinto para el que se la pensó. Durante el transcurso del proceso así mismo, pueden llegar a darse posibles conductas que causen daños. Así, la negligencia es una conducta potencialmente dañosa, esta “existe siempre que alguna de las partes haya ocasionado con una conducta remisa, una demora que perjudique el normal desarrollo del proceso, dilatándolo injustificadamente.”²⁴ La negligencia es como una sanción para quien en caso de demora por ejemplo, no reclama o hace lo necesario para que se dé el trámite útil o necesario o la conducta que el caso requiera. La conducta puede ser también temeraria, esto quiere decir que “la conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima parte de razonabilidad.

Por otro lado la conducta puede ser también maliciosa. Esta se configura cuando se emplea arbitrariamente un derecho como el proceso en su conjunto, utilizando lo que la ley permite a las partes, pero en contraposición a los fines de la jurisdicción, atentando contra los deberes de lealtad, probidad, buena fe, con el objeto de tratar de obtener una sentencia que no correspondería o demorar indebidamente su decisión o su ejecución. Es así que se admite que si bien el proceso es un instrumento necesario para la defensa de otros derechos, y que es en sí un derecho, no es uno para ser “usado ilegítimamente para perjudicar, u ocultar la verdad y dificultar la recta aplicación del derecho, por lo cual debe actuarse en él de conformidad con las reglas de la ética”. En atención a lo dicho, y teniendo en cuenta que estamos en análisis de conductas procesales, hay que tomar en cuenta las consideraciones que a continuación se hacen.

²⁴ Ibídem p. 21

1.9. ABUSO Y MALICIA

Primeramente hay que notar que si es que en un proceso penal se declara que la acusación particular o querrela ha sido infundada y por lo tanto se la califica de maliciosa (sin perjuicio de que también se la califique temeraria), se está ya ingresando al terreno de lo penal, específicamente del delito de injuria como ya se vio anteriormente, ámbito que es diferente y que ya escapa de las manos del concepto abuso del derecho.

1.10. ABUSO Y TEMERIDAD

Con respecto al concepto de temeridad, hay que decir que este implica denunciar imprudentemente, incluso bajo error pues dicho error marca una conducta imprudente, descuidada o negligente pero aun así esa denuncia provoca daños y perjuicios. Al no ingresarse al ámbito penal, parecería que la temeridad es lo mismo que el abuso del derecho. Sin embargo, consideramos que es necesario hacer distinciones que las hay, por más que también haya semejanza entre estos conceptos. Así, la temeridad implica una negligencia, imprudencia o culpa, la cual como ya dijimos en varias ocasiones no implica necesariamente el abuso del derecho, pues éste puede tener hasta dolo e incluso puede no tener ni el uno ni el otro y sólo determinarse por el daño. Vemos entonces que el concepto de abuso es más amplio que la temeridad en sí. Adicionalmente, la temeridad se da para los casos en que hay denuncias carentes de fundamento o mal fundamentadas, es decir se da por acudir a la jurisdicción. El abuso del derecho en cambio, si bien puede darse en el acceso

a la jurisdicción, se puede dar también en el ejercicio de cualquier otro derecho o facultad.

1.11. LA CARGA DE LA PRUEBA

Al tratarse de materia procesal, o en este caso de abuso del proceso concretamente, queremos hacer referencia a lo que es el terreno de la carga de la prueba al calificar de abusiva una conducta. En este caso los conceptos de malicia y temeridad deben ser interpretados y usados restrictivamente, es decir de forma que no se los use indiscriminadamente y de esta manera “vulnerar el derecho constitucional de derecho a la defensa al juicio. Es decir que ante la duda debe estarse a que no ha existido un abuso de derecho en materia procedimental. Con todo el criterio de interpretación debe ser restrictivo. Se puede llegar al peligro de abusar del abuso procesal. Derivase ello, de la necesidad de que las partes no se vean impedidas de ejercer adecuadamente su derecho a la defensa en juicio.

Lo expuesto reafirma la presunción de inocencia que nutre a los ordenamientos jurídicos. Debe tenerse en cuenta que en caso de duda la resolución está a favor de aquel que usa su derecho, por ende el abuso del derecho debe ser claro, real y con posibilidades de ser probado. Lo que se presume es que los derechos se ejercitan correcta y normalmente. Si se entiende lo contrario debe acreditarse, teniendo en cuenta la carga de la prueba el que invoca dicho extremo.

En definitiva quien alega el abuso del derecho, tiene la obligación de probarlo. Esto va también de la mano con la presunción de buena fe en las actuaciones jurídicas y también el hecho de que la mala fe deberá probarse tal como lo

dispone la legislación civil ecuatoriana. Así, cuando se alega la existencia de una conducta que implicó un ejercicio abusivo de una prerrogativa, incumbe a quien lo denuncia el probar dicho abuso, debe especificarse cuáles son los fines que se contrariaron, cómo se pudieron haber transgredido las buenas costumbres o el orden público, cómo se excedieron los límites impuestos por la buena fe y la moral.

1.12. LA EXISTENCIA DEL DAÑO

Entre tantas teorías que existen con respecto a la conceptualización del abuso del derecho, se dijo que algunas teorías pretendían que para que haya abuso del derecho tiene que haber habido al menos culpa o dolo, otras teorías sostenían que no hacía falta indagar en la intención del agente, que basta que se produzca un daño para que se pueda configurar un abuso. Así, si se causa un daño injusto, debe ser resarcido aun cuando se pretenda legitimidad en la titularidad de algún derecho a la hora que se causó ese daño. En todo caso, ambas teorías, sea o no la subjetivista que ve el animus, establecen que para que haya abuso se requiere la existencia de un daño serio y real, o al menos serias posibilidades de que se cause uno. A su vez, el daño sufrido debe ser injusto, no razonable, y puede ser daño económico o daño moral. En atención a esto, los precedentes jurisprudenciales analizados, confirman el hecho de que es necesario que exista un daño para que se configure abuso del derecho. Así, se determina que el daño puede ser moral, y su fundamento en actos o detenciones arbitrarias, procesos injustificados o expresiones deshonrosas. Se evidencia también en la jurisprudencia, que en algunos casos, el daño producido es también patrimonial, en que mediante el abuso de la personalidad jurídica por ejemplo, se intenta evadir obligaciones, y así se causa daño a los

acreedores privándoles de lo que tienen derecho: su crédito. Desde otro punto de vista, un fallo analizado no encuentra que haya abuso del derecho puesto que no se encontró daño injustificable alguno. Y es que, si es que en este caso en particular una de las partes sufrió un daño en su patrimonio, es justificado ya que su actuar fue incumplido y negligente. Cabe decir que dentro de las sentencias analizadas no se encontró que exista abuso del derecho por un daño no producido es decir por un daño latente, cuestión que de seguro se irá desarrollando en el futuro, sobre todo ahora que han tomado fuerza los llamados delitos de peligro, en los que no se necesita resultado dañoso. Es claro entonces, y en uniformidad con la doctrina, que para la jurisprudencia analizada el abuso del derecho causa un daño, y que este daño, puede ser material, que se traduce en daño económico o daño sobre sus bienes, o un daño moral que es afección a la personalidad y a los atributos espirituales. Concluyendo que el daño es un requisito fundamental para que se pueda hablar de la existencia de un abuso de derechos pues en realidad lo que no hace daño a nadie, en nada afecta.

1.13. LA RESPONSABILIDAD

La responsabilidad y el daño están ligados íntimamente, y es que nadie tiene derecho a dañar y siguiendo aquella máxima: quien daña debe reparar. Siguiendo este orden de ideas, si decimos que al abusar se debe dañar a otro, y que nadie debe sufrir daños injustos o irracionales sin ser reparado, hay que decir lógicamente que quien abusa tiene una responsabilidad. Es así, que la responsabilidad que acarrea el ejercicio abusivo de los derechos, sin perjuicio de otros efectos que puedan surgir, se traduce en aquella obligación de indemnizar los daños y perjuicios, sean patrimoniales o extra patrimoniales que

terceros han sufrido. Lo determinado por los sentenciadores de los fallos analizados concuerda con lo expuesto en relación a la doctrina, pues así mismo han dictaminado que cuando hay ejercicios abusivos de derechos, existe la obligación de indemnizar o reparar a la víctima, ya sea por daño patrimonial o moral. Adicionalmente, se encuentra en las decisiones judiciales revisadas, que se produce un abuso de la persona jurídica, con lo cual, la responsabilidad que adicionalmente acarrea es la del levantamiento del velo societario o desestimación de la personalidad jurídica empresarial. Se puede decir que en estos casos adicionalmente el Estado puede obligar compulsivamente a cumplir los deberes y obligaciones, develando la responsabilidad de quién ha abusado. Concluimos entonces diciendo que el ejercicio abusivo de un derecho, al ser ya un acto ilícito, y al generar un daño, genera necesariamente una responsabilidad, la cual se traduce generalmente en la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios sufridos, o de cumplir las obligaciones compulsivamente gracias al imperium del que disponen los jueces.

Cuando hablamos de la naturaleza y características del abuso del derecho, dijimos que algunos lo han caracterizado por ser un ilícito sui generis, otros lo han caracterizado como un ilícito civil común como un cuasidelito, y otras, con los cual compartimos, sostienen que el abuso del derecho es un ilícito atípico, con autonomía y características propias. Se ha dicho también que esta ilicitud puede darse debido a una acción o a una omisión. Pero más allá de todas estas diversas concepciones, hay una característica en la que todos coinciden, esto es, que se trata de una figura ilícita.

La conducta antijurídica es ilícita o ilegal en sentido lato cuando está en contradicción con el ordenamiento jurídico tomado este en su conjunto. Es entonces, que el abuso del derecho, al ser una figura que ya es un principio general del Derecho, y al encontrar sus bases en principios como la buena fe, está en efecto “en contradicción con el ordenamiento jurídico en su conjunto”, pues como ya dijimos este es compuesto por normas que son reglas y principios. Es entonces por esta razón que el abuso del derecho es también una figura que encaja dentro de la ilicitud. En este mismo sentido se inclina la jurisprudencia nacional, es decir en el hecho de que el abuso del derecho es un acto ilícito. Y la ilicitud que se determina en los fallos, no es una ilicitud por ser un delito y encuadrarse en el tipo penal, ni tampoco es una ilicitud por prohibición legal expresa, es ilícito por atentar contra Principios Generales del Derecho como el de la Buena Fe. Es así que si bien respaldamos este criterio plasmado en los fallos, es decir que se trate al abuso del derecho como una figura ilícita, nos apartamos en la parte en que los fallos han confundido la figura en cuestión, con otros ilícitos típicos, llegando a decir que es lo mismo que un delito o un cuasi delito o responsabilidad Aquiliana o extracontractual que ya encuentra su regulación en el Código Civil. Insistiendo sobre las diferencias que hay entre estas especies de ilícitos, hay que decir que “el abuso del derecho y el delito penal son instituciones prácticamente opuestas, tanto así que en el momento mismo que una conducta determinada cae o se enmarca dentro del tipo penal establecido por la ley, debe descartarse cualquier posibilidad de existencia de abuso del derecho. Con esto, podemos sostener que el abuso del derecho es una especie del género ilícito, al igual

que lo son el delito o el cuasi delito, pero al ser una especie, es única y se distingue del resto de su género.

1.14. EL EJERCICIO DE UN DERECHO SUBJETIVO

El Abuso del Derecho, como figura ilícita que es, tiene sus particularidades, que las distingue de las otras figuras ilícitas, y entre estas particularidades, destaca el hecho de que empieza siendo un acto lícito al ser en ejercicio de un derecho, pero que por ciertas circunstancias se convierte dicho en ejercicio en un abuso. Adicionalmente, vimos que los humanos en sociedad disponen de varios derechos, facultades o prerrogativas con las que puede actuar para desarrollarse como persona. Así, al ser los derechos ejercidos en un medio social, cualquier derecho puede causar daño a otro, por tanto, se puede llegar a abusar de cualquier facultad de la que se disponga. En cuanto a esto, podemos sostener que en la mayor parte de las sentencias analizadas en la presente investigación, se evidencia que una de las más comunes maneras de ejercer abusivamente un derecho, es en el Derecho Constitucional de acceso a la jurisdicción, o en corto, el derecho de acción. Aunque no nos acogimos a ella, una doctrina ha sostenido, que para que se pueda producir un abuso de derecho tiene que estarse ante un derecho específico y determinado, no ante uno vago y amplio como lo sería el derecho a la libertad de circulación. En estos casos, y para complacer a quienes dicen que no se puede abusar de las libertades, el derecho concretamente abusado aquí es el derecho de acción²⁵. Este se determina que es ejercido abusivamente, porque se encuentra que se han dado procesos injustificados, falsa o incorrecta imputación de un delito no comprobado, o acusaciones particulares. Para el caso específico del ejercicio

²⁵ Derecho Constitucional de Petición establecido en el artículo 66 # 23 de la Constitución Política.

abusivo de este derecho, los jueces a su vez han determinado que este tipo de abuso (a poner una denuncia) puede ser calificado como malicioso y/o temerario, para lo cual incluso no es necesario que se pida dicha calificación. Adicionalmente, los precedentes jurisprudenciales ecuatorianos no desentonan con lo expuesto en ocasión de la doctrina, pues en los fallos se encuentra así mismo, que el abuso se origina a raíz del ejercicio de una facultad jurídica, como por ejemplo el derecho del acceso a la justicia contenido en el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador y todas sus implicaciones como los son todas las actuaciones procesales (proponer demandas, excepciones, reconveniciones, citaciones, etc.), libertad de contratación, del derecho de asociarse, del derecho a la defensa en juicio, libertad de expresión, etc. Esto refleja entonces la particularidad de este instituto del abuso del derecho, en que si bien comienza como una conducta lícita o prima facie lícita al originarse en el ejercicio de un derecho, al pasar cierto límite entra al campo de lo ilícito de contra derecho. Así, en ejercicio de la libertad de expresión uno puede sobrepasarse al no tener información fundada o fidedigna y divulgarla, con ello generando un daño no justificado y por ende dicho ejercicio sería ya ilícito, siempre y cuando no entre al campo del delito penal. De la misma ocurre con el derecho de acceso a la justicia o de defensa en juicio, en el que viendo la conducta de la parte, su intención, se podrá calificar a dicho ejercicio como abusivo, y hasta como delito. Es así que la doctrina y la jurisprudencia coincide en este caso por hacer necesario que para poder abusar de un derecho y responder por ello, hay que ser titular del derecho. Es del todo lógico esto, pues por ejemplo yo no tengo derecho a matar a nadie, por ende la responsabilidad

que se origina al hacerlo, esto es al matar, no se originó en el ejercicio de una facultad.

1.15. ACCIÓN U OMISIÓN

De acuerdo a la doctrina, y a breves rasgos, el abuso del derecho se configura por acción u omisión ilícitas y antijurídicas. Se puede decir en cuanto a esto que no se ha encontrado precedentes en los que se disponga de abuso de derecho por una omisión, sino únicamente por la acción en el ejercicio de un derecho. Cabe decirse que no se encuentra en la jurisprudencia que se tome a la figura del derecho como institución que puede prevenir daños, como parte de la doctrina lo ha sostenido. Se encuentra que se determina la existencia de abuso del derecho cuando ya se ha producido un daño específico. Este daño, de acuerdo a la propia jurisprudencia ecuatoriana y a la doctrina, puede ser no necesariamente a la otra parte de la relación jurídica ínter subjetiva, sino que puede ser también un daño que se ha causado a terceros, al interés ajeno.

Se ha encontrado en los precedentes analizados, que tratan al abuso del derecho y al fraude a la ley indistintamente, en que un determinado comportamiento podría constituir lo uno o lo otro. Así, parece ser que los asimilan y los confunden, es más que son lo mismo, pues dicen por ejemplo que mediante el abuso de la figura societaria se puede constituir un abuso de derecho o un fraude a la ley, indistintamente, sin decir cuándo se configuraría lo uno y cuándo lo otro²⁶. Se nota también que los fallos asimilan o toman como iguales al abuso del derecho y al fraude a la ley. Así, varias sentencias dicen que abusar de la institución societaria puede ser abuso o fraude²⁷. Así, si bien

²⁶ Dineros Club vs. Baquerizo Luque. Gaceta Judicial # 5 publicada el 21 de marzo de 2001

²⁷ Rodamis vs. Olivar. Gaceta Judicial # 13 publicada el 22 de julio de 2003

el abuso del derecho y el fraude a la ley son familiares, tal como Atienza lo sugiere al decir que ambos, junto con la desviación de poder son ilícitos atípicos, no son propiamente lo mismo, por lo que estaría ingresando en una confusión conceptual entre ambos conceptos. Adicionalmente, hay que tener en cuenta que para el caso específico de las figuras societarias, la Ley de Compañías en su artículo 17 ya establece una conducta y una sanción específica para cuando se da fraude a la ley, razón por la cual ese comportamiento ya estaría tipificado dentro de una legislación específica, lo cual también encontramos apropiado recalcar. Es entonces, que por las consideraciones expuestas, consideramos equivocada estas interpretaciones en que se ha confundido o equiparado al abuso del derecho con el fraude a la ley.

1.16. LEALTAD PROCESAL

La lealtad procesal supone que todas las conductas dentro del proceso, y previo al proceso deben ser conductas rectas, que tengan justificación, que no pretendan crear dilaciones y obstáculos a la correcta administración de justicia. Es colaborar con la justicia, colaborar con el normal funcionamiento del aparato judicial en general. Podemos sostener que la lealtad procesal va de la mano con el principio de la buena fe. Y es que actuar lealmente dentro del proceso implica necesariamente actuar de buena fe, es decir que lo que se busca con cada actuación es realmente digno de amparo jurídico. Así, una conducta procesal que no sea prudente, y que por el contrario sea culpable y dolosa, como lo sería el proponer una demanda infundada, excepciones innecesarias, etc. suponen conductas que no van de acuerdo a lo que busca el Derecho a través de las normas procesales. Dicho de otro modo, el proceso en su

conjunto, perdería su sentido si es que las actuaciones de las partes lo ponen a su disposición para obtener lo que a su capricho quieran. El debido proceso no implica utilizar al proceso como mecanismo para evadir el cumplimiento de los deberes y las obligaciones o de perjudicar a terceros. La parte de un proceso en general ha de observar una conducta de buena fe y lealtad procesal, sin acudir a la sorpresa judicial ni utilizar subterfugios para obstaculizar la marcha del proceso. Por algo consideramos acertada la frase de que “la habilidad y la astucia deben tener un freno, y es ahí donde se encuentra la finalidad de la norma que impone el deber de lealtad y probidad²⁸.” Los precedentes jurisprudenciales ecuatorianos, siendo lógicos y empatando con lo expuesto doctrinariamente, ponen entonces a la lealtad procesal, que va junto al principio de la buena fe, como límites indudables al ejercicio de los derechos, cuando se trata del derecho de acceso a la justicia, o de actuaciones una vez dentro del proceso.

1.17. EL PAPEL DEL JUEZ

Es importante destacar el rol del Juez, cuando se trata de determinar la existencia abusiva de derechos. El papel que debe desempeñar es minucioso y delicado, estudiando las circunstancias del caso y el estado de las partes para detectar conductas abusivas.

El abuso del derecho es principio general del derecho y, si bien no es lo mismo que la buena fe, encuentra su límite o descansa ampliamente en dicho principio. Existen unas pautas de cómo se puede hacer el razonamiento para satisfacer al máximo los principios que se encuentran en juego. La propia Constitución de la República del Ecuador dispone que todas las decisiones

²⁸ A. MAURINO. Abuso del Derecho en el Proceso. Editorial La Ley S.A. Argentina 2001 p. 8

judiciales deberán ser motivadas, y que no habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en los que se haya fundado. En atención a lo anterior, hay que decir que si bien los magistrados de las salas de justicia sí han llegado a fallar en el sentido de determinar que un ejercicio de una facultad ha sido abusiva, no se encuentra que se lo hace claramente debido a un papel minucioso y exhaustivo por parte del juez en que se ponga en equilibrio los principios en juego, y en consecuencia en la que se cumpla a cabalidad y profundidad aquella motivación que es obligación para los jueces.

Por todo lo expuesto es importante tratar de entender la Teoría de los Principios, según Robert Alexey²⁹, quien que trajo a la luz una fórmula, que como nos podemos dar cuenta ha sido recogida en nuestra legislación, la cual dice que “Cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”. Si habrían sido las cosas como descritas anteriormente, se afecta mayormente el principio de la autonomía de la voluntad (al dejar sin efecto lo actuado) pero no se obtiene un cumplimiento importante o al máximo del principio de la buena fe, pues una de las partes sacó provecho de su propia conducta descuidada e imprudente, o hasta torcida. Hay que tomar en cuenta que los principios “tienen una dimensión de peso, de manera que en un caso de conflicto, el principio al que se atribuye un menor peso en relación con un determinado caso, no resulta por ello inválido, sino que sigue integrando el ordenamiento³⁰”. Lo que se quiere decir es que no se está dejando de lado o menospreciando el principio

²⁹ ALEXY ROBERT, Teoría de la Argumentación Jurídica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008.

³⁰ ATIENZA, MANUEL. Las Razones del Derecho. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> visto el 23 de mayo de 2017.p. 260

de la buena fe, sino que, dado el caso en concreto y sus circunstancias, tiene mayor peso el principio de la autonomía de la voluntad, y el principio de la buena fe no jugará rol fundamental en el caso concreto, sin embargo de lo cual, este mismo principio es necesario para todas las actuaciones que se den. Es por esto, que al tomar en cuenta la circunstancia de que una de las partes era abogado de profesión, y por ello debía saber de la ineficacia del negocio que estaban celebrando, se decide que no procede la pretensión del actor y se cumple así lo que se dice que los principios deben ser cumplidos en su máxima posibilidad, pues no se dio cabida a la restitución de lo actuado, dejando subsistentes lo creado por la autonomía de la voluntad, y a su vez, mirando a la buena fe, no se acoge lo pretendido por una de las partes que no actuó con la prudencia y corrección debida.

II CAPÍTULO

ANÁLISIS DE CASO

2.1. ESTUDIO DE CASO.

**SENTENCIA N.º 134-14-SEP-CC CASO N.º 1714-12-EP CORTE
CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR I.**

ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

El señor Wlaxxxx López Exxxx, coordinador de Patrocinios (e) de la EP Petroecuador y apoderado del ingeniero Marxx Guxxxx Calvopiña Vxxxx, gerente general (e) y representante legal de la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador Petroecuador, amparado en lo dispuesto por el artículo 94 de la Constitución de la República del Ecuador, presentó Acción Extraordinaria de Protección en contra de la sentencia dictada por los jueces integrantes de la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del recurso de apelación en la Acción de Protección N.º 17122- 2012-0080 de 2 de octubre del 2012. El accionante afirma que la decisión en cuestión lesiona los derechos y garantías constitucionales a la igualdad y no discriminación; la obligación del Estado de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución; tutela judicial efectiva; debido proceso, particularmente el derecho a la defensa, la obligación de motivación de las resoluciones de los poderes públicos, doble conforme y seguridad jurídica. Conforme consta a fs. 3 del expediente constitucional y de conformidad con lo establecido en el segundo inciso del cuarto artículo innumerado agregado a continuación del artículo 8 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte

Constitucional, publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 587 de 30 de noviembre del 2011, la Secretaría General de la Corte Constitucional, para el período de transición, el 29 de octubre de 2012, certificó que no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción. Conforme lo dispuesto en los artículos 432 y 434 de la Constitución de la República, el 06 de noviembre de 2012 se posesionaron ante el Pleno de la Asamblea Nacional, los jueces de la Primera Corte Constitucional del Ecuador El 2 de julio del 2013, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, de conformidad con las normas de la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, admitió a trámite la Acción Extraordinaria de Protección N.º 1714-12-EP. Mediante sorteo efectuado en sesión ordinaria del Pleno de la Corte Constitucional, el 24 de julio de 2013, correspondió la sustanciación de la presente causa a la jueza constitucional Rutxx Seni Pixxxxxx, quien mediante auto del 20 de noviembre de 2013 avocó conocimiento de la misma y dispuso notificar con el contenido a los jueces de la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha para que en el término de 10 días, presenten un informe debidamente motivado acerca de los argumentos en que se fundamenta la presente Acción Extraordinaria de Protección. Por otro lado, dispuso la notificación del contenido del auto al accionante de la presente, a los señores Frexx Maxxx Ortega, Fauxxx Jara, Marcxx Faxxxn Cedeño, Paxxl Sánchez, Víctxx Arias y al procurador general del Estado. Mediante auto del 14 de agosto de 2014, se señala para el 26 de agosto del mismo año a las 14h30, tenga lugar la audiencia pública, la cual fue realizada en la fecha y horas señaladas, compareciendo a la misma el doctor Herxxx Gonxxxx Quevedo Texxx, en

calidad de procurador judicial de la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador (EP PETROECUADOR); el doctor Diexx Albxxxx Carrasca Falxxx, como representante de la Procuraduría General del Estado; el doctor Jorxx Mauxxxx López Oxxxxx, abogado patrocinador de los señores Fred Mauxxxx Ortega, Fauxx Jara, Fabxx Cedeño, Paxx Sánchez y Víctxx Arias, accionistas de la compañía GESMATEC S. A. Sentencia que se impugna La sentencia objeto de la presente acción extraordinaria de protección es aquella dictada por los jueces integrantes de la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del recurso de apelación en la Acción de Protección N.º 17122-2012-080 del 2 de octubre de 2012: Al haberse vulnerado lo dispuesto en los artículos antes mencionados, de la Carta Fundamental; y por cuanto la acción deducida se encasilla en lo previsto en el Art. 88 ibídem, en concordancia con el número 1 del Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, concede el recurso de apelación interpuesto por los accionantes, señores Econ. Maurxxx Ortega, Ing. Fauxxx Jara, Ab. Fabixx Cedeño, Ing. Paxx Sánxxz e Ing. Víctxx Arias, en sus calidades de accionistas de la Cía. Gesmatec S.A., en el sentido que se deja sin efecto la Resolución No. 2012011 de 17 de enero de 2012, suscrita por el Ing. Dalxx Muñoz Vexx, Gerente de la Unidad de Negocios de Exploración y Producción de la EP PETROECUADOR, a fin de que la misma sea emitida debidamente motivada y en especial respetando los principios del debido proceso y seguridad jurídica; sin perjuicio que las partes en estricto cumplimiento de las estipulaciones

contractuales, se sometan al medio de solución previsto en el contrato suscrito para el caso de solución de controversias, o hagan acuerdos transaccionales, siempre y cuando no afecten intereses del Estado Ecuatoriano, ni sus derechos.- Remítase a la Corte Constitucional la sentencia ejecutoriada, para los fines determinados en el artículo 86, numeral 5 de la Constitución de la República. Argumentos planteados en la demanda El legitimado activo sobre lo principal, hace las siguientes argumentaciones: A manera de antecedentes, desde la fs. 112 a 116 del expediente constitucional, relata en su demanda los hechos suscitados cronológicamente en la Acción de Protección sustanciada por los jueces de instancia. Entre las alegaciones que esta Corte logra identificar en la demanda, se desprende que existió un desistimiento presentado por los legitimados activos de entonces, economista Mauxxx Ortega, ingeniero Fauxxx Jara Martxxx, abogado Paux Sánchez, con fundamento en el artículo 15 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Posterior a esto, los accionantes hacen alusión de manera general a que la decisión dictada por la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha resolvió sobre asuntos de mera legalidad, para demostrar aquello transcriben la parte resolutive de la sentencia en mención. Señalan también que "pese a esta sui generis acción de protección, que fuera negada en primera instancia y sorprendentemente concedida en segunda (con voto salvado), pese huelga reiterar, que en el fallo principal de segunda consta que se remitirá a la Corte Constitucional, no se lo ha hecho; así como tampoco, pese a que está decurriendo el término para interponer la Acción Extraordinaria de Protección, que ahora se lo hace, el proceso se ha remitido ágilmente al inferior". Por otro

lado, sostienen que es menester poner en conocimiento de la Corte que sobre este mismo tema, por el mismo acto erróneamente impugnado en esta acción constitucional de protección, se presentó a la par una segunda acción constitucional la de medidas cautelares. Señalan los accionantes que el señor Rohxxx Ivxx Viteri Mirxxxx, quien había informado que ya no era representante de la Asociación de Servicios Técnicos Especializados Gesmatec Geoneftegaz, compareció y presentó por sus propios derechos y por los que dice representar de la Compañía Gesmatec S. A., una acción de medidas cautelares pidiendo la suspensión de la Resolución N.º 2011291. Insisten a esta Corte que esta segunda acción constitucional se la presenta cuando ya estaba presentada otra acción, la de protección en la ciudad de Quito, lo cual implica según los accionantes, un claro abuso del derecho, vedado y sancionado por la ley. La acción de medidas cautelares citada, conforme lo señalan los accionantes, fue aceptada por el Juzgado Vigésimo Cuarto Penal del Guayas. Luego de ello relatan la sustanciación de la acción de medidas cautelares hasta concluir que la misma fue revocada por la misma judicatura, luego de presentar una solicitud de revocatoria. El accionante relata los elementos que contiene el acto administrativo dictado por el gerente de exploración y producción de la EP PETROECUADOR. Finalmente, alega ante esta Corte que "en el fallo objeto de la presente acción se llega a analizar temas de eminente legalidad que son vedados en esta vía, la cual surge y/o se erige ante la "vulneración" de garantías constitucionales, que en este caso, como ya ha sido resuelto JAMAS se ha podido demostrar que se ha dado tal afectación, sino todo lo contrario, y por ello fuera NEGADA tal pretensión". Luego del relato de los antecedentes acontecidos en la sustanciación de la

Acción de Protección, el accionante cita varios artículos de la Constitución a modo de demostración de vulneración de derechos constitucionales; realiza una descripción normativa y doctrinaria sobre la acción extraordinaria de protección, del concepto de sentencia ejecutoriada, cosa juzgada, imprescriptibilidad, debido proceso y derechos fundamentales. Finalmente establece su pretensión. Fundamentos de derecho del accionante Como consecuencia de lo expuesto, el accionante considera que se han vulnerado los siguientes derechos constitucionales: el deber primordial del Estado de garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución reconocido en los artículos 3 y 11 numeral 9 de la Constitución; tutela judicial efectiva previsto en el artículo 75 de la Constitución, una serie de garantías del debido proceso, entre ellas, el derecho a la defensa, garantía de motivación de las decisiones, conforme previstos en el artículo 76 numerales 1 y 7 literales a, b, c, 1 y m. Finalmente alega una vulneración al derecho a la seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República. Pretensión El accionante solicita a esta Corte que se declare la vulneración de los derechos constitucionales referidos, disponiendo la reparación integral; esto es, dejando sin efecto la sentencia dictada por la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del recurso de apelación en la Acción de Protección N.º 17122-2012-0080 del 2 de octubre de 2012. Alega finalmente que, "en aplicación del principio garantista establecido en la Constitución de la República, adjunto copias simples de la sentencia impugnada constitucionalmente con la presente Acción Extraordinaria de Protección; insistiendo en señalar que la misma ha lesionado, vulnerado los principios y

garantistas constitucionales de la EP PETROECUADOR, del estado ecuatoriano, así como de todas y todos los ecuatorianos, pues al haber ubicado en indefensión, vulnerado el derecho a la defensa, la seguridad jurídica e inobservado un debido proceso y, haberse aceptado una inconstitucional Acción de Protección que jamás debió ser admitida". Contestación a la demanda Mediante escrito presentado el 22 de noviembre de 2013, el señor Mauxxxx López Ocxxx solicita a los jueces de la Corte Constitucional que una vez que el informe de los jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha sea agregado al proceso, se corra traslado con el mismo a fin de conocerlo y ejercer su derecho a replicarlo. Finalmente solicitan ser recibidos en audiencia. El director nacional de patrocinio de la Procuraduría General del Estado, mediante escrito presentado el 26 de noviembre de 2013, comparece dentro de la presente acción y manifiesta que los jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en su sentencia, se han desviado al ámbito relativo al control de legalidad, dejando sin efecto un acto administrativo que declara la terminación unilateral y anticipada del contrato a una empresa incumplida con el Estado, apartándose, según ellos, del ámbito de su competencia como jueces de garantías jurisdiccionales de derechos constitucionales, vulnerando la tutela judicial efectiva, imparcial, expedita, seguridad jurídica y debido proceso. En virtud de lo dicho, solicitan se acepte la presente Acción Extraordinaria de Protección.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

La Corte La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver el presente caso de conformidad con lo previsto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos del 60 al 64 y 191 numeral 2 literal d) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Legitimación activa El accionante se encuentra legitimado para presentar esta Acción Extraordinaria de Protección, en virtud de cumplir con el requerimiento establecido en los artículos 437 y 439 de la Constitución de la República del Ecuador. Naturaleza jurídica de la Acción Extraordinaria de Protección La Acción Extraordinaria de Protección, conforme lo previsto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, procede contra sentencias, autos, resoluciones con fuerza de sentencia, firmes, definitivos y ejecutoriados, en los que por acción u omisión se haya violado el debido proceso u otros derechos constitucionales reconocidos en la Constitución, una vez que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de los mismos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado, conforme lo previsto en el artículo 94 de la Constitución de la República. Es así que, las garantías constitucionales buscan prevenir, cesar o enmendar la violación de derechos constitucionales, por lo que estas se conciben como herramientas para tutelar los derechos reconocidos en la Constitución y brindan además una reparación eficaz en caso de su vulneración. El debido proceso se ha entendido en un doble ámbito de aplicación, tanto como derecho fundamental de todas las personas como

también, garantía para la protección de los demás derechos reconocidos en la Constitución, por lo que no contar con una garantía que tutele el derecho al debido proceso en sede jurisdiccional implicaría restarle importancia a este derecho-garantía y como tal, dejar en indefensión a las personas que, dentro de un proceso jurisdiccional, vean sus derechos vulnerados, permitiendo al Estado también cumplir con las obligaciones contraídas por el Estado al ser signatario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De esta manera la Acción Extraordinaria de Protección, debe ser entendida como una garantía constitucional que tiene por objeto verificar el cumplimiento del debido proceso y garantizar además los derechos constitucionales que presuntamente, podrían haber sido vulnerados dentro de procesos jurisdiccionales. Por lo que cabe recordar que la Acción Extraordinaria de Protección no puede ser confundida con un recurso procesal o una nueva instancia dentro del proceso, sino que es de naturaleza excepcional, por lo que deben cumplirse ciertos requisitos para su procedencia. La naturaleza de la Acción Extraordinaria de Protección se limita a conocer, por solicitud de parte, la presunta vulneración al debido proceso o a los derechos constitucionales, que puede llevarse a cabo dentro de un proceso jurisdiccional o judicial y en los que además se haya emitido sentencia o auto definitivo, y en los que se verifique el agotamiento de recursos ordinarios y extraordinarios dentro de la jurisdicción nacional. Por este motivo, la Corte Constitucional aclara que solo se pronunciará respecto de la posible vulneración de derechos reconocidos y garantizados en la Constitución de la República de Ecuador o en instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales el Ecuador sea signatario y no de temas que son competencia de la justicia ordinaria, y se relacionan a circunstancias de orden

legal. Determinación del problema jurídico Para garantizar la defensa de los derechos constitucionales de las partes, se estima pertinente pronunciarse sobre aquello que es objeto de la Acción Extraordinaria de Protección, esto es: la vulneración de derechos constitucionales y/o al debido proceso; por lo que, esta Corte, a fin de resolver la presente Acción Extraordinaria de Protección, establece el siguiente problema jurídico: **¿Existe vulneración a la seguridad jurídica en la sentencia dictada el 8 de febrero de 2012 a las 16h00, emitida por el Juzgado Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha; así como la sentencia emitida el 2 de octubre de 2012 a las 08h11, por la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha?**

Resolución del problema jurídico para dar solución al problema jurídico antes planteado, corresponde a esta Corte efectuar el siguiente análisis constitucional. El artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador determina: "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes". En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, señaló que:

[...] se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentadas y que en caso de que esto se produzca, se

establezcan los mecanismo adecuados para su tutela [...]3. De igual manera, la Corte Constitucional, para el período de transición, dijo que: "[...] el derecho constitucional a la seguridad jurídica implica la confiabilidad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley". En este orden, la Corte Constitucional del Ecuador, en su sentencia N.º 023-13- SEP-CC, emitida dentro del caso N.º 1975-11-EP, ratificó aquellas consideraciones citadas en párrafos anteriores, al señalar que el derecho a la seguridad jurídica "[...] es el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos; en virtud de aquello, los actos emanados de dichas autoridades públicas deben observar las normas que componen el ordenamiento jurídico vigente, debiendo además sujetarse a las atribuciones que le compete a cada órgano". Ahora bien, en lo que respecta al caso sub judice y para efectos del presente análisis, se considera necesario referirse a la existencia de normas jurídicas previas, claras y públicas, para verificar si estas a su vez, fueron aplicadas por el juez de la causa en el proceso del cual emana el auto impugnado.

La Constitución del Ecuador determina en el artículo 66 numeral 16, el derecho a la libertad de contratación, el mismo que implica la posibilidad de las partes de decidir con quién contratar, cuál será el objeto del contrato, cómo será regulada esa relación contractual e incluso, cómo serán solucionadas o resueltas las diferencias que pudieran llegar a surgir entre las partes contratantes. La mediación y el arbitraje son dos formas que reconoce la Constitución en su artículo 190, como una vía adecuada para la solución de conflictos que surjan de los contratos, poniendo como condiciones: que estos procedimientos estén sujetos a la ley y que se los haga en materias en las que

por su naturaleza se pueda transigir. De las normas estudiadas, se puede concluir que la Constitución del Ecuador, garantiza la posibilidad de que las partes firmantes de un contrato, puedan establecer en el mismo, la forma en la que quieren solucionar los conflictos que surjan respecto al contrato, siendo la mediación una posibilidad garantizada por la Constitución. Como desarrollo de la posibilidad de pactar la mediación como un medio de solución de controversias que establece la Constitución, la Ley de Arbitraje y Mediación, al referirse a la procedencia de la mediación en el artículo 46 literal a, dice: "Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación...". De lo que se colige que el Legislador, al desarrollar el acceso a la mediación como un método alternativo a la justicia ordinaria para resolver los conflictos, quiso proteger la competencia de los mediadores y de esta manera excluir a la justicia ordinaria, tomando en consideración que han sido las partes quienes libre y voluntariamente han pactado eso en su contrato, garantizando además la libertad de ellas. En complemento, el Código de Procedimiento Civil establece en el artículo 1561 que: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". De la lectura del contrato que han firmado las partes, libre y voluntariamente, que obra a fojas 16 y siguientes, se desprende que las partes han pactado la forma en la que se solucionarían las controversias en los siguientes términos: CLAUSULA VIGÉSIMO NOVENA, CONTROVERSIAS DOMICILIO Y SOLUCIÓN DE 29.1 Las partes de común

acuerdo y de suscitarse divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente Contrato, utilizarán como proceso alternativo de solución de conflictos a la Mediación ante el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, de no alcanzar acuerdo alguno, se recurrirá a la Jurisdicción Contencioso Administrativo, ante el Tribunal de lo Contencioso y Administrativo de la Ciudad de Quito. (Lo resaltado es nuestro). Como se observa, han sido las partes, libre y voluntariamente, ejerciendo su derecho constitucional a la libertad de contratación, quienes han decidido someterse a la mediación como una vía adecuada para la solución de los conflictos que pudieran suscitarse de divergencias o controversias en la prestación o ejecución del contrato. Del proceso se observa que los legitimados activos, en calidad de accionistas de la compañía GESMATEC S. A., el 20 de enero de 2012 a las 08h30, presentaron una acción de protección por considerar que se han vulnerado sus derechos constitucionales, toda vez que en una resolución se da por terminado unilateralmente el contrato. En este contexto, la Corte estima necesario analizar si en el caso sub judice, la Acción de Protección era la vía idónea para resolver este conflicto, para ello es necesario analizar las disposiciones constitucionales al respecto, así como su desarrollo en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. La Constitución, en su artículo 88, delimita a la acción de protección y dice que "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;...". La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

Constitucional al desarrollar los requisitos de la Acción de Protección, en su artículo 40, establece que: "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". (Lo resaltado es nuestro). Como se observa, la Acción de Protección, prevista en el artículo 88 de la Constitución de la República, es por naturaleza un mecanismo de protección constitucional respecto de un componente específico de derecho constitucional reconocido a las personas, que haya sido vulnerado por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial o de persona particular. La Corte Constitucional ha sostenido al respecto que "esta garantía jurisdiccional es, por ende, el objeto natural y propio de protección a los gobernados, y en su teología se relaciona con dos objetivos fundamentales: la tutela de los derechos constitucionales de las personas, así como la declaración y la consiguiente reparación integral de los daños causados por su violación; de esta manera, se reitera la eficacia y supremacía de los derechos constitucionales" .En esta misma línea de ideas la Corte Constitucional ha sostenido que: "se descarta que la Acción de Protección sea procedente en asuntos de estricta legalidad, ni mucho menos vía para conocer y resolver la aplicación o cumplimiento de las disposiciones contractuales, cualquiera que sea su naturaleza, pues para ello, el ordenamiento jurídico ha previsto acciones ordinarias".

Es importante recordar que la solución de conflictos por medio de la mediación está reconocida expresamente por el artículo 190 de la Constitución de la República, haciendo una remisión expresa a la norma legal, por lo que la constitucionalidad de dicha regla no se halla en discusión. Por otro lado,

también es necesario considerar que el derecho a la seguridad jurídica, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva debe ser leído a la luz de otros principios, como el de juridicidad de la actuación pública, recogido en el artículo 226 de la Carta Suprema, pilar fundamental en el Estado constitucional de derechos. Así, las normas adjetivas, de origen constitucional o legal, construyen límites para la actuación pública y frenos a la arbitrariedad, en este caso, de quienes administran justicia. Una vez que se evidencia que existen normas previas, claras y publicas que estipulan que: La mediación está reconocida por la Constitución como un método de solución de controversias; que las cláusulas que forman parte del contrato se consideran ley para las partes; que en el contrato las partes reconocen las bondades de la mediación por lo que acuerdan utilizarla como proceso alternativo de solución de conflictos; que la acción de protección procede cuando no exista otra vía idónea: se vuelve necesario analizar si los juzgadores garantizaron el derecho a la seguridad jurídica de las partes, esto es, aplicar la normas y verificar el cumplimiento de sus presupuestos. En la especie, se observa que existe un acuerdo de las partes de someter las controversias a la mediación, valorando ellas, que esa es la vía idónea para resolver sus conflictos, por lo que no es razonable pretender, en el caso sub judice, que vía Acción de Protección los accionistas de GESMATEC S. A., pretendan que se conozcan conflictos de carácter contractual más aun cuando, ambas partes identificaron en la mediación un mecanismo de defensa adecuado y eficaz para proteger los derechos presuntamente violados. Cabe aclarar que es obligación de juezas y jueces constitucionales pronunciarse sobre la supuesta vulneración de derechos constitucionales que se tramiten mediante la garantía constitucional

de Acción de Protección, pero ello no implica que se de paso a cuestiones que se agotan en temas regulados en la Ley y que tienen su vía adecuada en la jurisdicción ordinaria o como en el presente caso, cuestiones que han sido pactadas para que se resuelvan en mediación o arbitraje, pues verlo de otra manera sería ordinarizar la justicia constitucional.

En el presente caso los jueces inobservan la cláusula del contrato mediante la cual las partes de común acuerdo pactan que se someterán a la mediación, violentando de esta manera el derecho de las partes a la seguridad jurídica, puesto que no observan el derecho constitucional de las partes a la libertad de contratación, así como tampoco la disposición previa, clara y pública del Código de Procedimiento Civil que establece en el artículo 1561 que: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". En el caso sub iudice, al momento de presentar la demanda, se puede observar del proceso que los legitimados activos no hacen relación a la cláusula contractual en la que se obligan a asistir a la mediación para resolver las controversias producto del contrato, sin embargo, los jueces, en el presente caso, en virtud del principio *iura novit curia*, contenido en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para garantizar la defensa de los derechos constitucionales de las partes sobre todo el de seguridad jurídica, debía advertir esto y declararlo en sentencia. Es claro entonces, que los juzgadores, tanto de primera como de segunda instancia, debían garantizar el derecho constitucional de las partes a la seguridad jurídica lo que en el caso concreto, significaría respetar el principio constitucional de libertad de contratación y al no existir una explicación razonable que les permita a los

juzgadores comprender por qué aquello que fue pactado en un contrato libre y voluntariamente, era conveniente al momento de la firma del contrato y cuando surgen los conflictos producto del mismo ya no lo era; por lo que, al aceptar a trámite la Acción de Protección y dictar sentencia sin observar las normas previas, claras y públicas estudiadas en esta sentencia, se ha vulnerado el derecho a la seguridad jurídica.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Declarar la vulneración del derecho constitucional a la seguridad jurídica.
2. Aceptar la Acción Extraordinaria de Protección presentada.
3. Dejar sin efecto la sentencia del 8 de febrero de 2012 a las 16h00, emitida por el Juzgado Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha, dentro de la Acción de Protección N.º 17122-2012-080, mediante la cual se niega la Acción de Protección planteada; así como la sentencia emitida el 2 de octubre de 2012 a las 08h11, por la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.
4. Disponer el archivo de la presente causa. Página 13 de 13

5. Remitir copia de la presente sentencia al Consejo de la Judicatura, a fin de que se investigue la conducta de los jueces de la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, debiendo informar al Pleno de la Corte sobre lo que se actúe y resuelva al respecto.

6. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

2.2 COMENTARIO

La Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador Petroecuador, presenta Acción Extraordinaria de Protección en contra de la sentencia dictada por los jueces integrantes de la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del recurso de apelación en la Acción de Protección N.º 17122- 2012-0080 de 2 de octubre del 2012.

El accionante afirma que la decisión en cuestión lesiona los derechos y garantías constitucionales a la igualdad y no discriminación; la obligación del Estado de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución; tutela judicial efectiva; debido proceso, particularmente el derecho a la defensa, la obligación de motivación de las resoluciones de los poderes públicos, doble conforme y seguridad jurídica.

Los legitimados pasivos son los señores: Frexx Maurxx Ortega, Fauxx Jara, Marcxx Fabxxx Cedeño, Paxx Sánchez, Vícx Arias.

La sentencia objeto de la presente Acción Extraordinaria de Protección es aquella dictada por los jueces integrantes de la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que dispone conceder

el recurso de apelación interpuesto por los accionantes, señores Econ. Maurxxx Ortega, Ing. Fauxx Jara, Ab. Fabxxx Cedeño, Ing. Paxx Sánchez e Ing. Vícx Arias, en sus calidades de accionistas de la Cía. Gesmatec S.A., en el sentido que se deja sin efecto la Resolución No. 2012011 de 17 de enero de 2012, suscrita por el Ing. Dalxx Muñoz Vxxx, Gerente de la Unidad de Negocios de Exploración y Producción de la EP PETROECUADOR, a fin de que la misma sea emitida debidamente motivada y en especial respetando los principios del debido proceso y seguridad jurídica; sin perjuicio que las partes en estricto cumplimiento de las estipulaciones contractuales, se sometan al medio de solución previsto en el contrato suscrito para el caso de solución de controversias, o hagan acuerdos transaccionales, siempre y cuando no afecten intereses del Estado Ecuatoriano, ni sus derechos.

El legitimado activo manifiesta que en la Acción de Protección sustanciada por los jueces de instancia, se establece que existió un desistimiento presentado por los legitimados activos de entonces, economista Mauxxx Ortega, ingeniero Fauxx Jara Martxxxx, abogado Paxx Sánchez; expresa además, que la decisión dictada por la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha resolvió sobre asuntos de mera legalidad, lo cual constituye un claro abuso del derecho, vedado y sancionado por la ley.

Pues se deja sin efecto un acto administrativo que declara la terminación unilateral y anticipada del contrato a una empresa incumplida con el Estado.

La Acción Extraordinaria de Protección, conforme lo previsto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, procede contra sentencias, autos, resoluciones con fuerza de sentencia, firmes, definitivos y ejecutoriados, en los

que por acción u omisión se haya violado el debido proceso u otros derechos constitucionales reconocidos en la Constitución, una vez que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de los mismos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado, conforme lo previsto en el artículo 94 de la Constitución de la República.

La Corte Constitucional examina si la sentencia dictada por la Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, vulnera la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica es la certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentadas y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismo adecuados para su tutela.

La Constitución establece como medio de solución de controversias la Ley de Arbitraje y Mediación y en el contrato suscrito entre las partes, estas se comprometen a que en caso de suscitarse divergencias utilizarán como proceso alternativo de solución de conflictos a la Mediación ante el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado.

La Acción de Protección, prevista en el artículo 88 de la Constitución de la República, es por naturaleza un mecanismo de protección constitucional

respecto de un componente específico de derecho constitucional reconocido a las personas, que haya sido vulnerado por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial o de persona particular.

En el presente caso, al derivarse la controversia de un asunto contractual se debió ventilar en la justicia ordinaria y someterse a la Ley de Arbitraje y Mediación y no a la Acción de Protección, tratando de desvirtuar su esencia, es decir, el caso es de mera legalidad y no versa sobre asuntos de constitucionalidad.

Con este antecedente, la Corte Constitucional dicta sentencia y declara: 1. Declarar la vulneración del derecho constitucional a la seguridad jurídica. 2. Aceptar la Acción Extraordinaria de Protección presentada. 3. Dejar sin efecto la sentencia del 8 de febrero de 2012 a las 16h00, emitida por el Juzgado Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha, dentro de la Acción de Protección N.º 17122-2012-080, mediante la cual se niega la Acción de Protección planteada; así como la sentencia emitida el 2 de octubre de 2012 a las 08h11, por la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. 4. Disponer el archivo de la presente causa. Página 13 de 13. 5. Remitir copia de la presente sentencia al Consejo de la Judicatura, a fin de que se investigue la conducta de los jueces de la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, debiendo informar al Pleno de la Corte sobre lo que se actúe y resuelva al respecto.

Los legitimados pasivos abusaron del derecho al plantear una garantía constitucional para un asunto de mera legalidad, pero la pregunta es ¿si quien abuso del derecho fue el asesor jurídico que los patrocinó, pues se presume

que conocía sobre la materia legal y el abuso del derecho, hizo incurrir en fraude procesal a los jueces de la Segunda Sala de Garantía Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, quienes han sido sometidos a procesos disciplinarios por decisión de la Corte Constitucional.

CAPÍTULO III

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. RESULTADOS EN RELACIÓN A LOS OBJETIVOS.

3.1.1. OBJETIVO GENERAL.

“IDENTIFICAR CUÁL ES EL FUNDAMENTO CONCEPTUAL Y FINALIDAD DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA ABUSO DEL DERECHO”

3.1.1.1. LOGRO DE RESULTADO.

Su fundamento conceptual general se encuentra en el derecho civil contemporáneo, pero por su importancia se ha extendido a otras ramas del derecho y cuerpos normativos con la finalidad de evitar ilícitos que a primera vista se presentan como justos pero que son el fondo actuaciones abusivas, elusivas o falsas, resultando importante analizar como desde lo jurídico se responde a actuaciones no éticas muchas veces disfrazadas de una perfección formal aparentemente.

3.1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- ✓ Identificar los criterios que caracterizan el acto abusivo
- ✓ Extractar las discusiones doctrinarias sobre la naturaleza del acto abusivo.

3.1.2.1. LOGRO DE RESULTADO.

1.- Los criterios para caracterizar el acto abusivo deben ser los valores y principios constitucionales. Habrá ejercicio anormal, irregular o abusivo de un derecho cuando éste sea contrario a los valores y principios constitucionales: buena fe, solidaridad, etc.

2.- Los tratadistas de derecho están de acuerdo en que la vida en sociedad impone la represión de la mala fe, del egoísmo y de actos, aun triviales, que origine una persona en el ejercicio de sus derechos, en detrimento de terceros.

Con ello concluyen que de aquello se desprende el Abuso del Derecho. Por ello manifiestan la necesidad de que el derecho positivo debe acoger esa represión mediante una fórmula que solucione satisfactoriamente el conflicto de intereses entre el agente que ejerce su derecho en forma abusiva y el tercero que queda afectado por ese ejercicio.

3.2. CONCLUSIONES.

Dentro del análisis de la figura del Abuso del Derecho, podemos deducir las siguientes conclusiones:

- Que se tienen un criterio funcionalista, es decir, que han mirado el interés que se persigue con el actuar, y si es que dicho interés es conforme al fin social que se atribuye y se pretendía con dicha norma.
- Que la jurisprudencia analizada no desentona en su mayoría con lo que el Abuso del Derecho pretende, es decir, que para que éste se configure, se tiene que estar en ejercicio de un Derecho o facultad jurídica, sin perjuicio de lo cual ya se dijo anteriormente que también lo confundieron en una ocasión con el incumplimiento de obligaciones, lo cual no es ejercer un derecho.
- Se encuentra que los abusos que más se han establecido en nuestra jurisprudencia tienen que ver con el abuso de la persona jurídica, el abuso del derecho a la jurisdicción, y el abuso del derecho a la libertad de expresión o de prensa.
- Que esta institución es una figura autónoma, que debe ser tomada como tal. Pues esta tiene características propias que la diferencian de otras figuras como el delito y el cuasi delito, pues como ya se dijo, a diferencia de éstas, el abuso del derecho no es una figura típica, se origina en base al ejercicio de un derecho subjetivo, no supone necesariamente culpa, y atenta contra principios generales del derecho más que contra reglas jurídicas.

- Que el hecho de que la Jurisprudencia adopte un criterio predominantemente subjetivista, es decir que mira básicamente la intención o culpa del agente al actuar, puede terminar siendo peligrosa y restando trascendencia a esta figura, pues de hacerlo de esta manera, se dejarían sin reparar aquellos daños injustamente causados, pero que no hubo la intención de causarlos.
- Que no hay excepciones para el ejercicio abusivo de un derecho, ni siquiera en aquellos llamados derechos absolutos, pues éstos son absolutos en cuanto al hecho de ser únicamente de su titular y de tener que ser respetado por todos, que tienen ante dicha facultad, el deber de abstención o de respetarla. Así, lo absoluto de los derechos se refiere a que pertenece únicamente a su dueño y respecto de todos, a diferencia de aquellos derechos que se tiene frente a alguien específicamente como una relación crediticia. Esto no es más que la clasificación de derechos reales y personales.

3.3. RECOMENDACIONES.

1. Siendo una realidad en nuestra normativa el Abuso del Derecho y en nuestro ordenamiento jurídico, recogido tanto en la Doctrina, en la legislación positiva, como en la jurisprudencia, se recomienda que sea aplicado en todas las ramas del Derecho.

2. Se recomienda a los administradores de justicia no restringir el ámbito del abuso únicamente a proteger intereses que no se hayan tutelados por otra norma, pues puede suceder que con el ejercicio de un derecho, como el de propiedad, se lesione concretamente otro derecho de propiedad, el cual no tuviera manera alguna de reclamar de la reparación de su daño injustamente causado.

3. Se recomienda a los juristas que no se debe tener una visión egoísta e individualista, respecto a esta figura dejando a lado valores como la solidaridad. Este valor es necesario, pues ayuda al ser humano a ayudarse en sus relaciones diarias, pues si alguien se supera esto lo hace dentro de un mundo, de una sociedad.

4. Para que el abuso del derecho tenga cabida, es recomendable que no se considere como Derecho, únicamente a lo que está reducido escrito y vigente de acuerdo al procedimiento legal establecido. Se requiere adicionalmente que se mire al Derecho en su conjunto, esto es tomando en cuenta los principios y valores que lo informan, y las costumbres y decisiones que al respecto han surgido.

5. Para que el abuso del derecho se inserte de mejor manera en nuestro Derecho, será importante que nuestros magistrados, tomen en cuenta a la hora

de fallar, aquella ley de la ponderación planteada por Alexy y recogida ya en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y así ver cuál principio debe prevalecer sobre el otro y así satisfacer al máximo el principio prevaleciente.

4. BIBLIOGRAFÍA.

Constitución del Ecuador 2008. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct-2009.

Cristóforo Astorni. *"Emulazione": Dizionario Pratico del Diritto Privatto*. Edit. Vallendi. Milán, s/f.

Pietro Bonfante. *Instituciones de Derecho Romano*, Atheneum, Roma, 1928.

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos Atípicos*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 34 y 35.

Manuel Atienza y otro, *Ilícitos Atípicos*, Madrid, Edit. Trotta, 2000, pp. 34-35., citado por Ernesto Rengifo, *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 67.

Dabin, *El Derecho Subjetivo*, pp. 338-339, citado por Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 136-137.

Carlos Cossio, *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, p. 403, citado por Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 137.

Espín Cánovas, *Manuel de derecho civil*, Vol. I, p. 580, citado por Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 139.

Guillermo Cabanellas, Repertorio Jurídico de Principios General del Derecho, Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1992, p. 340.

Carlos Fernández, Abuso del Derecho, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 149-150.

Warat, Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley, p. 39, citado por Carlos Fernández, Abuso del Derecho, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 171.

Louis Josserand, Del Abuso de los Derechos y otros Ensayos, Bogotá, Editorial Temis, 1999.

Dabin, El Derecho Subjetivo, pp. 338-339, citado por Carlos Fernández, Abuso del Derecho, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 136-137.

José León Barandiarán. *"Comentarios al Código Civil Peruano"*. Rev. Derecho y Ciencias Políticas. Año XII. N°2.

J. BILESIO. Reflexiones sobre el Abuso en Materia Procesal en la obra Abuso Procesal Peyrano, Jorge. Director. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001. p. 18.

Cfr. J. BILESIO. Reflexiones sobre el Abuso en Materia Procesal en la obra Abuso Procesal Peyrano, Jorge. Director. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001. p. 18 *Ibídem* p. 21

Derecho Constitucional de Petición establecido en el artículo 66 # 23 de la Constitución Política.

Diners Club vs. Baquerizo Luque. Gaceta Judicial # 5 publicada el 21 de marzo de 2001.

Rodamis vs. Olivar. Gaceta Judicial # 13 publicada el 22 de julio de 2003

A. MAURINO. Abuso del Derecho en el Proceso. Editorial La Ley S.A. Argentina 2001 p. 8.

ALEXY ROBERT, Teoría de la Argumentación Jurídica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008

ATIENZA, MANUEL. Las Razones del Derecho. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2005 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> visto el 23 de mayo de 2017.p. 260.

E. CONDORELLI. Del Abuso y la Mala Fe dentro del Proceso, Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1986. p. 22.

J. GONZÁLES PÉREZ. “Buena Fe y Abuso del Derecho: Su reflejo en el proceso administrativo” en El Abuso del Proceso: Mala fe y fraude de la ley procesal Director Faustino Gutiérrez- Alviz Conradi. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006 p. 330.

G. ODORQUI CASTILLA. Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p. 52

Cfr. R. ROJINA VILLEGAS, Derecho Civil Mexicano Tomo Quinto. Obligaciones Volumen II. Séptima Edición. Ed. Porrúa. México 1998. p. 203

5. ANEXOS



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

Quito, D. M., 17 de septiembre de 2014

SENTENCIA N.º 134-14-SEP-CC

CASO N.º 1714-12-EP

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

El señor ~~Wladimir~~ ~~López~~ ~~Esso~~, coordinador de Patrocinios (e) de la EP Petroecuador y apoderado del ingeniero ~~María~~ ~~Gustavo~~ ~~Calvopiña~~ ~~Vera~~, gerente general (e) y representante legal de la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador Petroecuador, amparado en lo dispuesto por el artículo 94 de la Constitución de la República del Ecuador, presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada por los jueces integrantes de la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del recurso de apelación en la acción de protección N.º 17122-2012-0080 de 2 de octubre del 2012. El accionante afirma que la decisión en cuestión lesiona los derechos y garantías constitucionales a la igualdad y no discriminación; la obligación del Estado de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución; tutela judicial efectiva; debido proceso, particularmente el derecho a la defensa, la obligación de motivación de las resoluciones de los poderes públicos, doble conforme y seguridad jurídica.

Conforme consta a fs. 3 del expediente constitucional y de conformidad con lo establecido en el segundo inciso del cuarto artículo innumerado agregado a continuación del artículo 8 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 587 de 30 de noviembre del 2011, la Secretaría General de la Corte Constitucional, para el período de transición, el 29 de octubre de 2012, certificó que no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción.

Conforme lo dispuesto en los artículos 432 y 434 de la Constitución de la República, el 06 de noviembre de 2012 se posesionaron ante el Pleno de la Asamblea Nacional, los jueces de la Primera Corte Constitucional del Ecuador.

El 2 de julio del 2013, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, de conformidad con las normas de la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, admitió a trámite la acción extraordinaria de protección N.º 1714-12-EP.

Mediante sorteo efectuado en sesión ordinaria del Pleno de la Corte Constitucional, el 24 de julio de 2013, correspondió la sustanciación de la presente causa a la jueza constitucional Ruth Seni Pinzón, quien mediante auto del 20 de noviembre de 2013 avocó conocimiento de la misma y dispuso notificar con el contenido a los jueces de la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha para que en el término de 10 días, presenten un informe debidamente motivado acerca de los argumentos en que se fundamenta la presente acción extraordinaria de protección. Por otro lado, dispuso la notificación del contenido del auto al accionante de la presente, a los señores Fred Mauricio Ortega, Fausto Jara, Mauricio Fabián Cedeño, Paúl Sánchez, Víctor Arias y al procurador general del Estado.

Mediante auto del 14 de agosto de 2014, se señala para el 26 de agosto del mismo año a las 14h30, tenga lugar la audiencia pública, la cual fue realizada en la fecha y horas señaladas, compareciendo a la misma el doctor Heriberto González Quevedo Torres, en calidad de procurador judicial de la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador (EP PETROECUADOR); el doctor Diego Alberto Carrasca Fabiani, como representante de la Procuraduría General del Estado; el doctor Jorge Mauricio López Ochoa, abogado patrocinador de los señores Fred Mauricio Ortega, Fausto Jara, Mauricio Cedeño, Paúl Sánchez y Víctor Arias, accionistas de la compañía GESMATEC S. A.

Sentencia que se impugna

La sentencia objeto de la presente acción extraordinaria de protección es aquella dictada por los jueces integrantes de la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del recurso de apelación en la acción de protección N.º 17122-2012-080 del 2 de octubre de 2012:

Al haberse vulnerado lo dispuesto en los artículos antes mencionados, de la Carta Fundamental; y por cuanto la acción deducida se encasilla en lo previsto en el Art. 88 ibídem, en concordancia con el número 1 del Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, concede el recurso de apelación interpuesto por los accionantes, señores Econ. Mauricio Ortega, Ing. Fausto Jara, Ab. Fabián Cedeño, Ing. Paúl Sánchez e Ing. Víctor Arias, en sus calidades de accionistas de la Cía. Gesmatec S.A., en el sentido que se deja sin efecto la Resolución No. 2012011 de 17 de enero de 2012, suscrita por el Ing. Daniel Muñoz Vera, Gerente

de la Unidad de Negocios de Exploración y Producción de la EP PETROECUADOR, a fin de que la misma sea emitida debidamente motivada y en especial respetando los principios del debido proceso y seguridad jurídica; sin perjuicio que las partes en estricto cumplimiento de las estipulaciones contractuales, se sometan al medio de solución previsto en el contrato suscrito para el caso de solución de controversias, o hagan acuerdos transaccionales, siempre y cuando no afecten intereses del Estado Ecuatoriano, ni sus derechos.- Remítase a la Corte Constitucional la sentencia ejecutoriada, para los fines determinados en el artículo 86, numeral 5 de la Constitución de la República.

Argumentos planteados en la demanda

El legitimado activo sobre lo principal, hace las siguientes argumentaciones:

A manera de antecedentes, desde la fs. 112 a 116 del expediente constitucional, relata en su demanda los hechos suscitados cronológicamente en la acción de protección sustanciada por los jueces de instancia.

Entre las alegaciones que esta Corte logra identificar en la demanda, se desprende que existió un desistimiento presentado por los legitimados activos de entonces, economista **Mauro Ortega**, ingeniero **Fausto Jara Macías**, abogado **Paolo Sánchez**, con fundamento en el artículo 15 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Posterior a esto, los accionantes hacen alusión de manera general a que la decisión dictada por la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha resolvió sobre asuntos de mera legalidad, para demostrar aquello transcriben la parte resolutive de la sentencia en mención.

Señalan también que “pese a esta sui generis acción de protección, que fuera negada en primera instancia y sorprendentemente concedida en segunda (con voto salvado), pese huelga reiterar, que en el fallo principal de segunda consta que se remitirá a la Corte Constitucional, no se lo ha hecho; así como tampoco, pese a que está decurriendo el término para interponer la acción extraordinaria de protección, que ahora se lo hace, el proceso se ha remitido ágilmente al inferior”.

Por otro lado, sostienen que es menester poner en conocimiento de la Corte que sobre este mismo tema, por el mismo acto erróneamente impugnado en esta acción constitucional de protección, se presentó a la par una segunda acción constitucional la de medidas cautelares. Señalan los accionantes que el señor **Rodrigo Iván Viteri Miroslav**, quien había informado que ya no era representante de la Asociación de Servicios Técnicos Especializados Gesmatec Geoneftegaz, compareció y presentó por sus propios derechos y por los que dice representar de la Compañía Gesmatec S. A., una acción de medidas cautelares pidiendo la

suspensión de la Resolución N.º 2011291. Insisten a esta Corte que esta segunda acción constitucional se la presenta cuando ya estaba presentada otra acción, la de protección en la ciudad de Quito, lo cual implica según los accionantes, un claro abuso del derecho, vedado y sancionado por la ley. La acción de medidas cautelares citada, conforme lo señalan los accionantes, fue aceptada por el Juzgado Vigésimo Cuarto Penal del Guayas. Luego de ello relatan la sustanciación de la acción de medidas cautelares hasta concluir que la misma fue revocada por la misma judicatura, luego de presentar una solicitud de revocatoria.

El accionante relata los elementos que contiene el acto administrativo dictado por el gerente de exploración y producción de la EP PETROECUADOR. Finalmente, alega ante esta Corte que “en el fallo objeto de la presente acción se llega a analizar temas de eminente legalidad que son vedados en esta vía, la cual surge y/o se erige ante la “vulneración” de garantías constitucionales, que en este caso, como ya ha sido resuelto JAMAS se ha podido demostrar que se ha dado tal afectación, sino todo lo contrario, y por ello fuera NEGADA tal pretensión”.

Luego del relato de los antecedentes acontecidos en la sustanciación de la acción de protección, el accionante cita varios artículos de la Constitución a modo de demostración de vulneración de derechos constitucionales; realiza una descripción normativa y doctrinaria sobre la acción extraordinaria de protección, del concepto de sentencia ejecutoriada, cosa juzgada, imprescriptibilidad, debido proceso y derechos fundamentales. Finalmente establece su pretensión.

Fundamentos de derecho del accionante

Como consecuencia de lo expuesto, el accionante considera que se han vulnerado los siguientes derechos constitucionales: el deber primordial del Estado de garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución reconocido en los artículos 3 y 11 numeral 9 de la Constitución; tutela judicial efectiva previsto en el artículo 75 de la Constitución, una serie de garantías del debido proceso, entre ellas, el derecho a la defensa, garantía de motivación de las decisiones, conforme previstos en el artículo 76 numerales 1 y 7 literales a, b, c, l y m. Finalmente alega una vulneración al derecho a la seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República.

Pretensión

 El accionante solicita a esta Corte que se declare la vulneración de los derechos constitucionales referidos, disponiendo la reparación integral; esto es, dejando sin efecto la sentencia dictada por la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte



Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del recurso de apelación en la acción de protección N.º 17122-2012-0080 del 2 de octubre de 2012.

Alega finalmente que, “en aplicación del principio garantista establecido en la Constitución de la República, adjunto copias simples de la sentencia impugnada constitucionalmente con la presente acción extraordinaria de protección; insistiendo en señalar que la misma ha lesionado, vulnerado los principios y garantistas constitucionales de la EP PETROECUADOR, del estado ecuatoriano, así como de todas y todos los ecuatorianos, pues al haber ubicado en indefensión, vulnerado el derecho a la defensa, la seguridad jurídica e inobservado un debido proceso y, haberse aceptado una inconstitucional acción de protección que jamás debió ser admitida”.

Contestación a la demanda

Mediante escrito presentado el 22 de noviembre de 2013, el señor ~~Mauricio~~ López Ocaña solicita a los jueces de la Corte Constitucional que una vez que el informe de los jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha sea agregado al proceso, se corra traslado con el mismo a fin de conocerlo y ejercer su derecho a replicarlo. Finalmente solicitan ser recibidos en audiencia.

El director nacional de patrocinio de la Procuraduría General del Estado, mediante escrito presentado el 26 de noviembre de 2013, comparece dentro de la presente acción y manifiesta que los jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en su sentencia, se han desviado al ámbito relativo al control de legalidad, dejando sin efecto un acto administrativo que declara la terminación unilateral y anticipada del contrato a una empresa incumplida con el Estado, apartándose, según ellos, del ámbito de su competencia como jueces de garantías jurisdiccionales de derechos constitucionales, vulnerando la tutela judicial efectiva, imparcial, expedita, seguridad jurídica y debido proceso. En virtud de lo dicho, solicitan se acepte la presente acción extraordinaria de protección.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia de la Corte

La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver el presente caso de conformidad con lo previsto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos del 60 al 64 y 191 numeral 2 literal d) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.



Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del recurso de apelación en la acción de protección N.º 17122-2012-0080 del 2 de octubre de 2012.

Alega finalmente que, “en aplicación del principio garantista establecido en la Constitución de la República, adjunto copias simples de la sentencia impugnada constitucionalmente con la presente acción extraordinaria de protección; insistiendo en señalar que la misma ha lesionado, vulnerado los principios y garantistas constitucionales de la EP PETROECUADOR, del estado ecuatoriano, así como de todas y todos los ecuatorianos, pues al haber ubicado en indefensión, vulnerado el derecho a la defensa, la seguridad jurídica e inobservado un debido proceso y, haberse aceptado una inconstitucional acción de protección que jamás debió ser admitida”.

Contestación a la demanda

Mediante escrito presentado el 22 de noviembre de 2013, el señor Mauricio López Ochoa solicita a los jueces de la Corte Constitucional que una vez que el informe de los jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha sea agregado al proceso, se corra traslado con el mismo a fin de conocerlo y ejercer su derecho a replicarlo. Finalmente solicitan ser recibidos en audiencia.

El director nacional de patrocinio de la Procuraduría General del Estado, mediante escrito presentado el 26 de noviembre de 2013, comparece dentro de la presente acción y manifiesta que los jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en su sentencia, se han desviado al ámbito relativo al control de legalidad, dejando sin efecto un acto administrativo que declara la terminación unilateral y anticipada del contrato a una empresa incumplida con el Estado, apartándose, según ellos, del ámbito de su competencia como jueces de garantías jurisdiccionales de derechos constitucionales, vulnerando la tutela judicial efectiva, imparcial, expedita, seguridad jurídica y debido proceso. En virtud de lo dicho, solicitan se acepte la presente acción extraordinaria de protección.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia de la Corte

La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver el presente caso de conformidad con lo previsto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos del 60 al 64 y 191 numeral 2 literal d) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La naturaleza de la acción extraordinaria de protección se limita a conocer, por solicitud de parte, la presunta vulneración al debido proceso o a los derechos constitucionales, que puede llevarse a cabo dentro de un proceso jurisdiccional o judicial y en los que además se haya emitido sentencia o auto definitivo, y en los que se verifique el agotamiento de recursos ordinarios y extraordinarios dentro de la jurisdicción nacional.

Por este motivo, la Corte Constitucional aclara que solo se pronunciará respecto de la posible vulneración de derechos reconocidos y garantizados en la Constitución de la República de Ecuador o en instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales el Ecuador sea signatario y no de temas que son competencia de la justicia ordinaria, y se relacionan a circunstancias de orden legal.

Determinación del problema jurídico

Para garantizar la defensa de los derechos constitucionales de las partes, se estima pertinente pronunciarse sobre aquello que es objeto de la acción extraordinaria de protección, esto es: la vulneración de derechos constitucionales y/o al debido proceso; por lo que, esta Corte, a fin de resolver la presente acción extraordinaria de protección, establece el siguiente problema jurídico:

¿Existe vulneración a la seguridad jurídica en la sentencia dictada el 8 de febrero de 2012 a las 16h00, emitida por el Juzgado Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha; así como la sentencia emitida el 2 de octubre de 2012 a las 08h11, por la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha?

Resolución del problema jurídico

Para dar solución al problema jurídico antes planteado, corresponde a esta Corte efectuar el siguiente análisis constitucional.

El artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador determina: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, señaló que:



[...] se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentadas y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismo adecuados para su tutela [...]³.

De igual manera, la Corte Constitucional, para el período de transición, dijo que: “[...] el derecho constitucional a la seguridad jurídica implica la confiabilidad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley”⁴.

En este orden, la Corte Constitucional del Ecuador, en su sentencia N.º 023-13-SEP-CC, emitida dentro del caso N.º 1975-11-EP, ratificó aquellas consideraciones citadas en párrafos anteriores, al señalar que el derecho a la seguridad jurídica “[...] es el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos; en virtud de aquello, los actos emanados de dichas autoridades públicas deben observar las normas que componen el ordenamiento jurídico vigente, debiendo además sujetarse a las atribuciones que le compete a cada órgano”⁵.

Ahora bien, en lo que respecta al caso *sub judice* y para efectos del presente análisis, se considera necesario referirse a la existencia de normas jurídicas previas, claras y públicas, para verificar si estas a su vez, fueron aplicadas por el juez de la causa en el proceso del cual emana el auto impugnado.

La Constitución del Ecuador determina en el artículo 66 numeral 16, el derecho a la libertad de contratación, el mismo que implica la posibilidad de las partes de decidir con quién contratar, cuál será el objeto del contrato, cómo será regulada esa relación contractual e incluso, cómo serán solucionadas o resueltas las diferencias que pudieran llegar a surgir entre las partes contratantes. La mediación y el arbitraje son dos formas que reconoce la Constitución en su artículo 190, como una vía adecuada para la solución de conflictos que surjan de los contratos, poniendo como condiciones: que estos procedimientos estén sujetos a la ley y que se los haga en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

De las normas estudiadas, se puede concluir que la Constitución del Ecuador, garantiza la posibilidad de que las partes firmantes de un contrato, puedan establecer en el mismo, la forma en la que quieren solucionar los conflictos que

³ Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición, sentencia N° 006-09-SEP-CC, caso N° 0002-08-EP.

⁴ Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, sentencia N° 057-12-SEP-CC, caso N° 0641-10-EP.

⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 023-13-SEP-CC, caso N.º 1795-11-EP.



surjan respecto al contrato, siendo la mediación una posibilidad garantizada por la Constitución.

Como desarrollo de la posibilidad de pactar la mediación como un medio de solución de controversias que establece la Constitución, la Ley de Arbitraje y Mediación, al referirse a la procedencia de la mediación en el artículo 46 literal a, dice: “Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación...”.

De lo que se colige que el Legislador, al desarrollar el acceso a la mediación como un método alternativo a la justicia ordinaria para resolver los conflictos, quiso proteger la competencia de los mediadores y de esta manera excluir a la justicia ordinaria, tomando en consideración que han sido las partes quienes libre y voluntariamente han pactado eso en su contrato, garantizando además la libertad de ellas.

En complemento, el Código de Procedimiento Civil establece en el artículo 1561 que: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

De la lectura del contrato que han firmado las partes, libre y voluntariamente, que obra a fojas 16 y siguientes, se desprende que las partes han pactado la forma en la que se solucionarían las controversias en los siguientes términos:

CLAUSULA VIGESIMO NOVENA.- DOMICILIO Y SOLUCION DE CONTROVERSIAS

29.1 Las partes de común acuerdo y **de suscitarse divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente Contrato, utilizarán como proceso alternativo de solución de conflictos a la Mediación** ante el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, de no alcanzar acuerdo alguno, se recurrirá a la Jurisdicción Contencioso Administrativo, ante el Tribunal de lo Contencioso y Administrativo de la Ciudad de Quito. (Lo resaltado es nuestro).

Como se observa, han sido las partes, libre y voluntariamente, ejerciendo su derecho constitucional a la libertad de contratación, quienes han decidido someterse a la mediación como una vía adecuada para la solución de los conflictos que pudieran suscitarse de divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del contrato.

Del proceso se observa que los legitimados activos, en calidad de accionistas de la compañía GISMATEC S. A., el 20 de enero de 2012 a las 08h30, presentaron

una acción de protección por considerar que se han vulnerado sus derechos constitucionales, toda vez que en una resolución se da por terminado unilateralmente el contrato.

En este contexto, la Corte estima necesario analizar si en el caso *sub judice*, la acción de protección era la vía idónea para resolver este conflicto, para ello es necesario analizar las disposiciones constitucionales al respecto, así como su desarrollo en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador.

La Constitución, en su artículo 88, delimita a la acción de protección y dice que “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;...”. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional al desarrollar los requisitos de la acción de protección, en su artículo 40, establece que: “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**”. (Lo resaltado es nuestro).

Como se observa, la acción de protección, prevista en el artículo 88 de la Constitución de la República, es por naturaleza un mecanismo de protección constitucional respecto de un componente específico de derecho constitucional reconocido a las personas, que haya sido vulnerado por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial o de persona particular.

La Corte Constitucional ha sostenido al respecto que “esta garantía jurisdiccional es, por ende, el objeto natural y propio de protección a los gobernados, y en su teología se relaciona con dos objetivos fundamentales: la tutela de los derechos constitucionales de las personas, así como la declaración y la consiguiente reparación integral de los daños causados por su violación; de esta manera, se reitera la eficacia y supremacía de los derechos constitucionales”⁶.

En esta misma línea de ideas la Corte Constitucional ha sostenido que: “se descarta que la acción de protección sea procedente en asuntos de estricta legalidad, ni mucho menos vía para conocer y resolver la aplicación o cumplimiento de las disposiciones contractuales, cualquiera que sea su naturaleza, pues para ello, el ordenamiento jurídico ha previsto acciones ordinarias”.

⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 140-12-SEP-CC, caso N.º 1739-10-EP

Es importante recordar que la solución de conflictos por medio de la mediación está reconocida expresamente por el artículo 190 de la Constitución de la República, haciendo una remisión expresa a la norma legal, por lo que la constitucionalidad de dicha regla no se halla en discusión. Por otro lado, también es necesario considerar que el derecho a la seguridad jurídica, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva debe ser leído a la luz de otros principios, como el de juridicidad de la actuación pública, recogido en el artículo 226 de la Carta Suprema, pilar fundamental en el Estado constitucional de derechos. Así, las normas adjetivas, de origen constitucional o legal, construyen límites para la actuación pública y frenos a la arbitrariedad, en este caso, de quienes administran justicia.

Una vez que se evidencia que existen normas previas, claras y publicas que estipulan que: La mediación está reconocida por la Constitución como un método de solución de controversias; que las cláusulas que forman parte del contrato se consideran ley para las partes; que en el contrato las partes reconocen las bondades de la mediación por lo que acuerdan utilizarla como proceso alternativo de solución de conflictos; que la acción de protección procede cuando no exista otra vía idónea: se vuelve necesario analizar si los juzgadores garantizaron el derecho a la seguridad jurídica de las partes, esto es, aplicar la normas y verificar el cumplimiento de sus presupuestos.

En la especie, se observa que existe un acuerdo de las partes de someter las controversias a la mediación, valorando ellas, que esa es la vía idónea para resolver sus conflictos, por lo que no es razonable pretender, en el caso *sub judice*, que vía acción de protección los accionistas de GESMATEC S. A., pretendan que se conozcan conflictos de carácter contractual más aun cuando, ambas partes identificaron en la mediación un mecanismo de defensa adecuado y eficaz para proteger los derechos presuntamente violados.

Cabe aclarar que es obligación de juezas y jueces constitucionales pronunciarse sobre la supuesta vulneración de derechos constitucionales que se tramiten mediante la garantía constitucional de acción de protección, pero ello no implica que se de paso a cuestiones que se agotan en temas regulados en la Ley y que tienen su vía adecuada en la jurisdicción ordinaria o como en el presente caso, cuestiones que han sido pactadas para que se resuelvan en mediación o arbitraje, pues verlo de otra manera sería ordinarizar la justicia constitucional.

✓ En el presente caso los jueces inobservan la cláusula del contrato mediante la cual las partes de común acuerdo pactan que se someterán a la mediación, violentando de esta manera el derecho de las partes a la seguridad jurídica, puesto que no observan el derecho constitucional de las partes a la libertad de

contratación, así como tampoco la disposición previa, clara y pública del Código de Procedimiento Civil que establece en el artículo 1561 que: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

En el caso *sub judice*, al momento de presentar la demanda, se puede observar del proceso que los legitimados activos no hacen relación a la cláusula contractual en la que se obligan a asistir a la mediación para resolver las controversias producto del contrato, sin embargo, los jueces, en el presente caso, en virtud del principio *iura novit curia*, contenido en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para garantizar la defensa de los derechos constitucionales de las partes sobre todo el de seguridad jurídica, debía advertir esto y declararlo en sentencia.

Es claro entonces, que los juzgadores, tanto de primera como de segunda instancia, debían garantizar el derecho constitucional de las partes a la seguridad jurídica lo que en el caso concreto, significaría respetar el principio constitucional de libertad de contratación y al no existir una explicación razonable que les permita a los juzgadores comprender por qué aquello que fue pactado en un contrato libre y voluntariamente, era conveniente al momento de la firma del contrato y cuando surgen los conflictos producto del mismo ya no lo era; por lo que, al aceptar a trámite la acción de protección y dictar sentencia sin observar las normas previas, claras y públicas estudiadas en esta sentencia, se ha vulnerado el derecho a la seguridad jurídica.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional expide la siguiente:

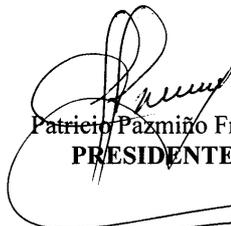
SENTENCIA

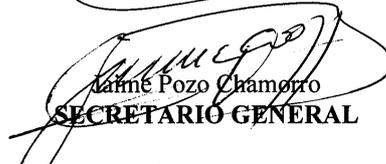
1. Declarar la vulneración del derecho constitucional a la seguridad jurídica.
2. Aceptar la acción extraordinaria de protección presentada.
3. Dejar sin efecto la sentencia del 8 de febrero de 2012 a las 16h00, emitida por el Juzgado Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha, dentro de la acción de protección N.º 17122-2012-080, mediante la cual se niega la acción de protección planteada; así como la sentencia emitida el 2 de octubre de 2012 a las 08h11, por la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.



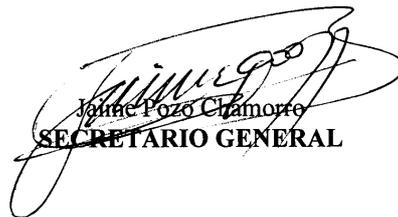


4. Disponer el archivo de la presente causa.
5. Remitir copia de la presente sentencia al Consejo de la Judicatura, a fin de que se investigue la conducta de los jueces de la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, debiendo informar al Pleno de la Corte sobre lo que se actúe y resuelva al respecto.
6. Notifíquese, publíquese y cúmplase.


Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE


Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

RAZÓN.- Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con ocho votos de las señoras juezas y señores jueces: Antonio Gagliardo León, Marco Jaramillo Villa, María del Carmen Maldonado Simental, Wendy Molina Alvarado, Tatiana Ordeñana Simental, Alfredo Ruiz Garamán, Ruth Seni Pinoburgote y Patricio Pazmiño Freire, sin contar con la presencia del juez Manuel Viteri Olave, en sesión ordinaria del 17 de septiembre de 2014. Lo certifico.


Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

JPCH/mbm/mbv
