Juicio No. 2014-0815

159
ciento cincuenta y nueve

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE GUAYAS. - SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS. Guayaquil, jueves 14 de mayo del 2015, las 12h55. RELACIÓN. En esta fecha y ante los señores Jueces de la Sala de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, República del Ecuador, Los Jueces Provinciales: Dr. Mauricio Antonio Suárez Espinoza Msc, Dr. Jessy Marcelo Monroy Castillo Msc; y, Abogado Lenin Ernesto Zeballos Martínez Msc. Jueces titulares, el Infrascrito Secretario Relator de la Sala, Abogado Fausto Gallardo Zurita, certifica, se hizo la relación de la presente causa.- Guayaquil, 15 de Abril del 2015.-

FAUSTO X. GALLARDO Z.
ABOGADO
Secretario de la Sala Especializada de La Familia, Mujer Niñez Adolescencia y Adolescentes Infractores de La Corte Provincial del Guayas

VISTOS: Conocemos el presente caso como Jueces Provinciales de la Sala Única Especializada en Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, República del Ecuador, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 172 de la Constitución de la República, en concordancia con el Art. 208 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial. La causa No. 0815-2015, corresponde a la Acción de Protección Constitucional, presentada por el ciudadano BORIS MIGUEL YEPEZ IZQUIERDO P.LD.Q.R TERPEL S.A, en contra de Andrés Icaza Director General del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, con fecha Guayaquil, miércoles 31 de diciembre del 2014, a las 09h37, según consta de fs. 1 a fs. 25, la demanda del expediente de origen. Recurrido en grado la sentencia emitida por la Abogada Nathalia Raquel Salazar Tigrero, Juez de la Unidad Judicial Florida de Trabajo de Guayaquil, de fecha Guayaquil, jueves 12 de febrero del 2015, las 15h22, de fs. 1532 a fs. 1541 del expediente de origen, donde se resuelve admitir la presente Acción de Protección Constitucional en los siguientes términos: " ...(...)... por haberse violentado el derecho de igualdad material, generando una violación al derecho de propiedad intelectual y como reparación integral dispongo que el demandado, esto es el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, en el plazo de 72 horas, declare la nulidad de la totalidad de marcas denominadas TERPEL, sean estas denominativas, graficas o mixtas, en atención a la falta de derecho para obtenerlas al no tener existencia legal en el Ecuador y en consecuencia inscriba al margen del título de marca la declaratoria de nulidad de las marcas. Como segundo punto y por haberse demostrado con la abundante documentación la existencia y notoriedad del nombre comercial TERPEL, se declara la Notoriedad del Nombre Comercial TERPEL a favor de la compañía TERPEL S.A., en nombre de su Representante Legal señor Boris Yépez Izquierdo, para lo cual deberá la demandada en el título correspondiente inscribir la notoriedad del mencionado Nombre Comercial.", propuesto el recurso de apelación por: Dr. Andrés Patricio Ycaza Mantilla, Director Ejecutivo del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual; Abogado Francisco Xavier

Falquez Cobo, Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado; y, Doctora María Cecilia Romoleroux, por lo derechos que representa de Organización TERPEL S.A. Incorporese el escrito presentado por Hernán Nuñez Rocha en su calidad de Director Ejecutivo del IEPI, de fecha 12 de mayo del 2015, a las 14h56. PRIMERO: COMPETENCIA.- La Sala es competente para conocer la presente causa, de conformidad con lo establecido en el Art. 172 de la Constitución de la República, Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; en concordancia con el Art. 208 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, art. 11 de la Resolución No. 037-2014, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura y por el sorteo de ley.- SEGUNDO: VALIDEZ.- El proceso es válido, no existe violación de trámite ni omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la validez del mismo. TERCERO: ANTECEDENTES.- La causa No. 0815-2015 es una Acción de Protección Constitucional presentada con fecha Guayaquil, miércoles 31 de diciembre del 2014 por el ciudadano BORIS MIGUEL YEPEZ IZQUIERDO P.LD.Q.R TERPEL S.A, consignando sus generales de ley, recayendo en la Unidad Judicial de Trabajo de Florida de Guayaquil, asignada a la causa No. 0815-2015; y formula la Garantía Jurisdiccional de Acción de Protección consta presentada por el ciudadano Boris Miguel Yépez Izquierdo, en calidad de Representante Legal de Terpel S.A.(Ecuador), en contra del Director General del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, Ab. Andrés Ycaza Mantilla quien alegó en su demanda la vulneración de los derechos consagrados en los siguientes artículos: 11; 66 núm. 26; 75; artículo 76 numeral 3, 168 núm. 4; Artículos 173, 226, 321, 323, artículos 335; 336; 337; 424, 425, 426., de la Constitución de la República del Ecuador, específicamente el Derecho a la Igualdad, a la Tutela Judicial Efectiva y la Seguridad Jurídica al afirmar que la demandada le ha causado un daño grave a sus intereses patrimoniales violando para ello expresas normas constitucionales que prohíben la discriminación de cualquier tipo lo que implica la garantía de igualdad entre ciudadanos ecuatorianos o extranjeros, eso implica que en materia societaria la Ley de Compañías exija requisitos de domiciliación con el fin de corroborar la existencia de entes sujetos a control y evitar que se creen sociedades capaz de ejercer derechos y no contraer obligaciones pues significaría la violación de la igualdad procesal a favor de una de las partes quien podría solo demandar por el reconocimiento de un derecho pero no contraer obligación alguna; indica que el accionado Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, ha obrado de manera inconstitucional causándole un perjuicio directo a su patrimonio violando su derecho constitucional a la Propiedad Intelectual, que tiene por el nombre comercial Terpel, debidamente registrado en el mismo Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, luego de seguir todo el trámite respectivo para su aprobación, pero que éste de manera inconstitucional procedió a emitir títulos de marca con la misma denominación TERPEL S.A (Colombia), a favor de una compañía extranjera que no tiene domicilio en el Ecuador, y que mal podría tener un derecho para reclamar la titularidad de los derechos sobre esa denominación. Así mismo señala que a pesar de que el Registro de un nombre comercial no es condición para su protección tal cual indica el artículo 230 de la Ley de Propiedad Intelectual en concordancia con los artículos 191 y 193 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, y artículo X de la Convención de Marcas de Fábrica y de Comercio., el demandado no ha respetado esa limitación legal y vulnerando sus derechos especialmente el establecido en el artículo 233 y 234 de la Ley de Propiedad Intelectual, que ordena que los nombres comerciales deben protegerse de manera idéntica a las marcas y que incluso quien tenga un nombre comercial registrado o no puede oponerse al registro de una marca o de cualquier signo que reproduzca el mismo de manera idéntica o similar. El accionante señala que ante a la inexistencia de orden judicial alguna que haya prohibido el uso del nombre comercial TERPPEL, no podía el accionado permitir el registro de los demás signos que compiten en el mercado de manera desleal. Afirma que existe un daño

grave en contra de sus derechos constitucionales por cuanto de los certificados expedidos por la Superintendencia de Compañías y Registro Mercantil señalan que la compañía Organización Terpel S.A. (Colombia), no se encuentra constituida en el Ecuador ni como sucursal de compañía extranjera y que el supuesto titular de las marcas TERPEL, además no ha inscrito su poder supuestamente otorgado por dicha empresa ante la mencionada entidad como lo ordena el artículo 415 de la Ley de Compañías en consecuencia no tiene la capacidad jurídica de contraer obligaciones, tal como lo indica el mencionado certificado. Afirma además que el resultado de éste proceso no puede considerarse una interferencia en los demás procesos entablados entre las partes por cuanto las meras expectativas no constituyen derechos que puedan ser alegados en el presente proceso, además entrando en materia de propiedad intelectual señaló que el artículo 138 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina en su literal c) señalan como obligación al registro de una marca o nombre comercial acompañar la solicitud con los "Poderes que sean necesarios" norma que según indicó tiene relación directa con el artículo 2 numeral 3 del Convenio de París sobre Propiedad Intelectual que textualmente dice: "3) Quedan expresamente reservadas las disposiciones de la legislación de cada uno de los países de la Unión relativas al procedimiento judicial y administrativo, y a la competencia, así como a la elección de domicilio o a la constitución de un mandatario, que sean exigidas por las leyes de propiedad industrial.". El accionante afirma que dicha norma es contundente pues los Convenios Internacionales trasladan a las leyes locales lo relativo a la competencia y a la elección de mandatarios para poder ejercer derechos en el país. Esa norma al complementarse con la del artículo 138 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina. Añade además que existe violación a la Seguridad Jurídica no solo por el mencionado registro que se lo hizo sin contar con poder alguno emitido por el Representante Legal de Organización Terpel S.A. (Colombia), sino por que dicha sociedad para obligarse en el Ecuador necesariamente debe cumplir con el requisito de establecerse en el país para obtener su personería jurídica. Por último indica que se le ha privado del derecho a la tutela judicial efectiva, pues el IEPI, registró las marcas Terpel a nombre de organización Terpel, aun cuando se lo prohibía expresamente el artículo 136 de la misma Decisión 486 de la Comunidad Andina, que textualmente dice: Art. 136.- No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: (...) b) sean idénticos o se asemejen a un nombre comercial protegido, o, de ser el caso, a un rótulo o enseña, siempre que dadas las circunstancias, su uso pudiera originar un riesgo de confusión o de asociación; El accionante indica que a pesar de todas estas normas absolutamente claras el IEPI ha desconocido sus derechos y ha permitido de manera deliberada el registro de la marca TERPEL.(Colombia), lo que evidencia la violación al derecho a la igualdad. CUARTO: En la Audiencia Pública llevada a cabo en ésta instancia, comparecieron además del accionante y accionado, la Organización Terpel S.A (Colombia) y el Dr. Antonio Pazmiño Icaza, como Amicus Curiae, los quienes empezando por el Abogado de la entidad accionada alegó la negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda presentada; que no existe vulneración de derechos a la que se refiere el Accionante ni discriminación por parte del IEPI, que no existe vulneración de derechos constitucionales a las que refiere puesto que la acción de protección se interpone, cuando existe vulneración de derechos constitucionales por actos u omisiones de cualquier autoridad, no judicial; la acción de protección no puede ni debe ser desnaturalizada y confundida con una acción residual y no debe ser utilizada como un medio para presentar reclamos. Señaló que la Organización Terpel no debe tener un representante en el Ecuador, pues, la Decisión 486 de la Comunidad Andina, específicamente el artículo 138 indica cuales son los requisitos para el registro y en ninguno de ellos se indica que deba tener en el país alguien que lo represente para el registro de las marcas; que el IEPI ha seguido el trámite establecido en la Ley para

otorgar las mismas y que por ende su actuación ha sido apegada a lo que manda la Ley. En el mismo orden intervino el Procurador Judicial de Organización Terpel S.A., quien afirmó que la empresa que representa está constituida en Colombia pero asegura que nuestra Constitución da un trato similar a los nacionales y a los extranjeros, por lo que si se le permite a un Ecuatoriano registrar una marca o nombre comercial, el mismo derecho deben tener los extranjeros y no es posible imponerle más requisitos para tener o ejercer los derechos de un titular marcario que los establecidos en la Ley de la materia. Así mismo indica que la parte que representa tiene negocios en varios países del mundo por lo que sus productos gozan de notoriedad más allá del ámbito comercial de los consumidores frecuentes y que no es posible que la vía que se esté siguiendo para la nulidad de las marcas sea la Constitucional pues esta es una vía rápida que no garantiza la fiabilidad de que se respeten los derechos de las partes y pone como ejemplo que en la primera instancia no se tomaron en cuenta los procesos en la vía ordinaria que habría presentado en el año 2010 el accionante y que a partir de febrero de éste año se han reactivado por iniciativa de la Organización Terpel S.A., en base a aquello afirma positivamente que esa es la vía adecuada para reclamar los derechos que de tenerlos serían reparados de manera adecuada por lo que la presente acción tiene el vicio de haber incurrido en la causal del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que claramente indica que la vía constitucional solo procede cuando no exista otra vía o cuando las existentes no sean adecuadas ni eficaces y en el caso concreto las mismas han sido eficaces al punto de que el accionante ha presentado varias demandas administrativas desde el año 2006 las cuales aún esperan ser resueltas pero que al admitirlas a trámite constituyen una prueba de la existencia de las otras vías de las que habla claramente la Ley de la materia. Siguiendo el orden establecido el Delegado de la Procuraduría General del Estado, invocó las causales del artículo 42 de la LOGJCC, especialmente la concerniente a la improcedencia de la acción por la existencia de otras vías de defensa. Se refirió que la Corte Constitucional había delimitado el ámbito de Acción de éste tipo de Acciones a que las mismas sean residuales y no alternativas y que la manera como se la está planteando corresponde a una vía paralela a la establecida en la Ley. Por último intervino el Abogado Antonio Pazmiño Icaza, quien baso su intervención alegando la supremacía del Ordenamiento Comunitario, por lo que las normas andinas no deben pasar por el trámite normal de las demás normas y basta su aprobación y publicación en la Gaceta Oficial para que las mismas sean vinculantes para los ciudadanos de la República, hizo un recuento de las normas de la Decisión 486 de la Comunidad Andina y amplia protección a las marcas y sobre todo a los derechos que tendría el titular de una marca o signo protegido para oponerse en el caso de que un tercero utilice sin Autorización un signo idéntico o similar que cause algún tipo de confusión en el consumidor. Alegó además que si bien es cierto en el Ecuador la Superintendencia de Compañías había autorizado el nombre Terpel a favor de Terpel S.A., con el registro de marca estos podrían peticionar a entidad de control para que elimine ese nombre a la compañía accionante y se la entregue a la accionada, todo eso en virtud del registro. Por último en relación a la Notoriedad Marcaria, indicó que solamente el IEPI podría otorgarla y no un Juez Constitucional, pues la misma debe probarse en un proceso con el uso continuado y sobre todo porque la misma es conocida por la mayoría de consumidores., y que para su criterio Terpel de Colombia sería una marca notoria y no la Terpel de Ecuador. QUINTO: El accionante en su intervención manifestó que existe una violación directa a la Igualdad no solo procesal sino en todas las manifestaciones jurídicas pues la Ley es muy clara cuando exige a los extranjeros que quieran contraer obligaciones en el Ecuador a domiciliarse y para eso deben cumplir con una serie de requisitos establecidos en el artículo 415 de la Ley de Compañías, pues no es tolerable que solo se puedan ejercer derechos a pretexto de que los mismos son de propiedad intelectual pero no contraer obligaciones, indica que la Ley de Propiedad

Intelectual y en la Decisión 486 de la Comunidad Andina se otorgan derechos al titular de una marca especialmente el Ius Prohibendi, y es el derecho de accionar contra terceros que sin su consentimiento usen un signo similar o idéntico al de una marca registrada. Hace notar a la Sala que para eso es necesario nombrar a un apoderado con amplios poderes que incluya la capacidad para contestar demandas pues en el caso de que un tercero reclame un derecho no existiría persona alguna a quien demandar por no existir legalmente en el Ecuador. Así mismo señala que los procesos ordinarios que ha presentado el accionante son la prueba palpable que los recursos no son adecuados ni efectivos pues algunos datan de hace más de diez años sin que hasta la fecha se haya llegado a resolver alguno, mientras tanto el Nombre Comercial Terpel ha seguido siendo usado por la Organización Terpel sin ningún tipo de consecuencias jurídicas, pues ha sido incluso obligado a incurrir en una demora que ha puesto en peligro la Tutela Judicial Efectiva, pues de nada serviría litigar más tiempo si cuando el resultado le sea favorable quizá en cinco años más su nombre comercial habría sido afectado de manera directa y los daños ocasionados no podrían ser resarcidos por quien uso la marca Terpel, pues la misma no existe en el país ni siquiera como sucursal de compañía extranjera. Afirmó además que la Corte Constitucional ha evolucionado los conceptos de la pertinencia de la Acción de Protección y en relación a lo alegado por la Procuraduría General del Estado en el sentido de que la misma es subsidiaria y restringida ahora se la concibe como ampliamente reparadora y alternativa y sobre todo en el caso de que se vulnere la Tutela Judicial Efectiva, esto es, cuando existe una larga espera para que un proceso judicial sea substanciado y pone como ejemplo los procesos que se encuentran aún en el IEPI ventilándose en la vía administrativa y en la Judicial donde se ha litigado por más de diez años. Finalmente argumenta que la misma decisión 486 habla de la notoriedad marcaría y en el presente caso ha presentado más de dos mil fojas de pruebas que demuestran el uso y conocimiento del nombre comercial Terpel., por lo que es correcto que el mismo sea declarado como notoriamente conocido a favor de Terpel S.A., de Ecuador. SEXTO: El Accionante basa su pretensión básicamente en la vulneración al derecho a la igualdad., pues entiende que se le está aplicando una base normativa diferente de lo que está autorizado por el Ordenamiento Jurídico Nacional y por los Convenios Internacionales de los que el Ecuador es parte integrante incluso ha solicitado se agregue al proceso el certificado del Registro Mercantil en el que indica que Organización Terpel S.A., no se ha domiciliado en el Ecuador ni tampoco ha nombrado un apoderado con facultades para responder demandas, según consta de fs. 257 consta certificación del Registro Mercantil del Cantón Guayaquil, desde 2 de enero de 1991 hasta 23 de octubre del 2010, no consta registro en la entidad de Organización Terpel S.A, ni escritura de constitución, suscrito por la Ab. Zoila Cedeño Cellan. Delegada del Registro Mercantil del Cantón Guayaquil, al igual, de fs. 215 del cuaderno de origen, la certificación de la Superintendencia de Compañías, de fecha Guayaquil, 27 de Octubre del 2010, donde describe que la Organización TERPEL S.A, no consta registrada como compañía, sin estar sujeta al control de la entidad, certificado suscrito por Nicolás Rodríguez Navarrete, Delegado del Secretario General. Consecuentemente se observa de fs. 1042 a fs. 1509 consta documentación de Organización TERPEL S.A, de Colombia, con documentos que se describen ser emitidos por la hermana República de Colombia. Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador dispone en el artículo 11 numeral 2 que: "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades". Como bien lo señala el autor Francisco Rubio Llorente respecto de la igualdad: "La igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (materia o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al

menos dualidad), "los términos de la comparación, entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque sólo sea espacial y temporal, pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad. La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad" (Rubio Llorente, Francisco, La forma del poder, Estudios sobre la Constitución, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.640.) Es decir, el concepto de igualdad hace referencia a por lo menos dos parámetros de comparación, sean personas, objetos o situaciones, sobre los cuales se pueda medir dicho concepto, en el orden constitucional este principio de igualdad está dirigido hacia la no discriminación. Por su parte, la seguridad jurídica consiste en la observancia por parte de todos los ciudadanos y de las autoridades públicas a las normas preexistentes, ideal que va encaminado a la consecución del principio de igualdad; es decir que dichas normas impongan los mismos derechos y oportunidades a todas las personas que se encuentran en la misma situación, asegurando efectivamente la vigencia de estos derechos constitucionales. Argumentación que está directamente armonizada con la Garantía Constitucional de la Seguridad Jurídica, que se establece en el artículo 82 de la Constitución de la República, que tiene como objetivo esencial, el respeto al ordenamiento de la legislación vigente, lo cual, de la fundamentaciones realizadas, se advierte que el IEPI, no cumplió con los requisitos legales de admisibilidad que deben presentar las personas jurídicas, es decir, omitió cumplir con su deber de exigir requisitos que se establecen en normas legales como lo dispone el artículo 415 de la Ley de Compañías en consecuencia no tiene la capacidad jurídica de contraer obligaciones, tal como ha quedado probado con el certificado de la Superintendencia de Compañías, citado, así como por el Registro Mercantil del Cantón, disposición legal que está vinculada para surtir los efectos jurídicos legales que se enlazan con otras normas legales, por ejemplo, las que tienen que ver con aspectos de jurídicos de domicilio – citación del ente jurídico según las normas del Código de Procedimiento Civil, a fin de ejercer sus derechos y las obligaciones que están coadyuvantes para con el ejercicio existencial legal. De ahí, que la omisión contraviene la esencialidad de la naturaleza que se establece en el artículo 1 de la Constitución de la República de nuestro país, al consagrarse nuestra República en un "... Estado constitucional de derechos y justicia..., ..." los ciudadanos particulares como las entidades del sector público debemos acoger este anunciado, no de forma lírica, sino de forma aplicativa en el diario vivir y para cada ejercicio de las funciones correspondientes a cada fin. Criterio compatible con las cláusulas de remisión constitucional que se describen en el artículo 11 de nuestra Constitución, que son de carácter y efecto aplicativo e inmediato en la protección de derechos fundamentales. La omisión del IEPI, que hemos descrito, que no sólo es del ámbito nacional, sino que también omitió las normas promulgadas por la Comunidad Andina, en materia de las Decisiones que se han descrito en el desarrollo de este fallo, generó un trato diferente para con el accionante y por ende esa falta de igualdad, genera discriminación de índole formal y material, afectando el principio y garantía constitucional del derecho a la igualdad que esta reconocido en la Constitución. La Corte Constitucional, para el período de transición, dentro del proceso No. 045-11-SEP-CC, caso No. 0385-11-EP, ha señalado al respecto del derecho a la igualdad lo siguiente: "...a similares situaciones jurídicas puestas en conocimiento y resolución de la administración corresponde la misma respuesta, toda vez que la hermenéutica empleada en las normas y su correspondiente aplicación debe ser constante y uniforme, a menos, claro está, que existan razones que se justifiquen argumentadamente que merecen un trato disímil. Bajo esta consideración, y dentro de la efectiva vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia, resulta inadmisible que existan criterios contradictorios en circunstancias jurídicas iguales, pues esto vulnera evidentemente los derechos de igualdad y seguridad jurídica" En efecto, si un caso merece un trato diferenciado a sus análogos, es más que razonable que para el

alejamiento del criterio se requiera una fuerte carga argumentativa del porqué al caso se le otorga un trato disímil, caso contrario se estaría vulnerando el derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica. El accionado aduce que el accionante debía plantear sus alegatos en la vía ordinaria, pues considera la correcta a efecto de hacer valer sus derechos y no la Acción Propuesta a pesar de que reconoció que habían procesos que han durado más de diez años sin resolución hasta la fecha; al respecto cabe analizar los siguientes elementos que ha determinado la Corte Constitucional en su sentencia No. 085-12-SEP-CC, Pleno de la Corte Constitucional, R.O. 728-S, 20-VI-2012 cuando dice: "La acción de protección constituye una garantía jurisdiccional para la protección de derechos constitucionales, cuyo objeto es "el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución", conforme lo dispone el artículo 88 de la Carta Suprema de la República. La acción de protección se puede interponer "cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial"; de ello se infiere que los únicos requisitos exigibles para su procedencia son: 1) Existencia de acto u omisión de autoridad pública no judicial, o de particulares en los casos previstos en la citada norma constitucional; y 2) Que tal acto u omisión vulnere derechos constitucionales.

El legislador, al expedir la citada Ley, agregó como requisito para la procedencia de la acción de protección la inexistencia de "otro mecanismo de defensa judicial" (artículo 40 numeral 3 LOGJCC); es decir, con dicha norma legal ha convertido a la acción de protección en una acción de carácter residual, desnaturalizando el carácter de preferente y sumario para la protección de derechos que le otorga la Constitución a la referida acción,; además, al expedirse la norma legal no se tomó en consideración el artículo 84 de la Constitución, que imperativamente dispone: "...En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución". Si bien la norma infraconstitucional (artículo 40 numeral 3 LOGJCC) se halla en plena vigencia y forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, es evidente que contraría el principio contenido en el artículo 11 numeral 4 de la Constitución, que dispone: "Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales". (...) "En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior" (lo resaltado es nuestro). El artículo 42 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala que no procede la acción de protección "cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz". No se trata de desconocer la competencia que tienen los jueces en la jurisdicción contencioso administrativa para resolver los casos sometidos a su conocimiento por disposición de la ley; lo que debe quedar claro es que tratándose de actos u omisiones a los que se impute vulneración de derechos constitucionales, la vía contencioso administrativa, así como las demás vías previstas en la jurisdicción ordinaria (que constituirían otros "mecanismos de defensa judicial"), no tendrían la eficacia que se debe demandar para la protección de esos derechos, debido a la naturaleza del trámite propio de cada una de las acciones en la jurisdicción ordinaria, caracterizado por la dilación que se genera en la sustanciación, así como por la interposición de recursos, lo que no es desconocido por el sistema de administración de justicia, siendo ello público y notorio, y respecto de lo cual no amerita que se exija prueba, por expreso mandato del artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial. La larga espera que implica el trámite de un proceso judicial en la jurisdicción ordinaria sin duda alguna contradice el objeto de la acción de protección, esto es, el amparo directo y eficaz de derechos constitucionales. Siendo necesario referirnos al tema Para entrar en este análisis consideraremos lo que se establece en la parte final del artículo citado anteriormente, concordante con el literal c, del numeral 4 del Art. 41 de la

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, donde se describe sobre la característica del daño a que se refiere, debe ser de GRAVEDAD, por lo que un daño de característica simple o leve, no es suficiente para proponer una Acción de Protección, por lo que debemos ilustrarnos sobre lo que es el DAÑO GRAVE, según las conceptuaciones del término grave tiene su significado como: grave, pesado, cargado, fuerte, subido, grande, violento, considerable, importante, dañoso, peligroso. Según el Diccionario Hispanoamericano de Derecho pág. 475, que conceptualiza el término de daño de la siguiente manera: "Toda clase de perjuicio, material o moral, que se ha hecho a la persona como tal, o que se ha hecho a sus bienes y su patrimonio.". De igual forma se describe el término de la palabra grave: "Que es relevante, importante o entraña algún riesgo; que tiene un gran peso físico; referido a un delito, aquel que se estima altamente dañino...", consta a página 962. En materia constitucional la condición grave que nos hemos referido debe producirse a través de la vulneración de derechos constitucionales, un grave daño que afecte la sustancialidad de la persona, en su esencia misma, como persona humana, como ciudadano asociado al sistema político y a sus derechos como asociado, sólo de esa forma se debe entender la repercusión del daño grave, de forma directa e inmediata en lesividad de derechos. Otras cuestiones a considerar son los términos de: Eficaz y directo, que en el presente caso, es necesario analizar, por lo que diremos; que lo eficaz, es cuando se cumple de forma oportuna con un propósito, circunstancia que es necesaria para proteger los derechos consagrados en la Constitución. La protección constitucional debe ser eficaz, es decir pronta y efectiva de prever o restablecer el orden, en la consecución del restablecimiento del orden quebrantado en materia de derechos y garantías constitucionales. Y, directo es de acción primigenia, directo, derecho y recto, simulando al Juzgador en la actuación frente a la vulneración de derechos. Por lo que de aceptarse el criterio expuesto por el legitimado activo, implica que en todo caso de vulneración de derechos constitucionales, el afectado deba transitar por el largo y engorroso trámite de un proceso judicial en las "otras vías judiciales", que además no cumple el principio de celeridad previsto en el artículo 75 del texto constitucional. Si se estaría al criterio esgrimido por el accionado se crearía una distorsión normativa que implica una grave vulneración a los derechos constitucionales del accionante y del resto de ecuatorianos que deben cumplir con una serie de requisitos para obtener un registro marcaría frente a una empresa que no tiene forma de obligarse pero si de interponer demandas lo que en un estado constitucional de derechos es inadmisible. Además se observa de autos las pruebas que constan de fs. 218 consistente en el Certificado de la Superintendencia de Compañías de existencia jurídica de la Compañía TERPEL S.A, así como la escritura de constitución de fs. 281 a fs. 292, situación que prueba la existencia legal de la accionante y su derecho a ejercer el ejercicio de la acción en la jurisdicción constitucional. Al igual, consta abundante documentación que se contienen como en ocho cuerpos del proceso, desde el tercero al décimo que refieren actividades propias de la Compañía TERPEL S.A (Ecuador), que a decir, del accionante respaldan, fundamentan su pretensión de otorgarle el reconocimiento de notoriedad a su marca, según la pretensión contenida en el líbelo de la demanda de Acción de Protección Constitucional, circunstancia que este Tribunal, no lo considera por cuanto, es evidente que existe procesos legales como reglamentarios que establecen la existencia de proceso técnico como jurídico para el otorgamiento de la notoriedad de la marca, la jurisdicción constitucional, a través de sus órganos, para criterio de esta Sala, no somos competentes, para declarar u otorgar una notoriedad de marca comercial, representaría volver a trasgredir el principio de seguridad jurídica que se está protegiendo. En tal virtud, por las consideraciones expuestas, esta sala de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de esta Corte Provincial de Justicia del Guayas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA

REPÚBLICA. RESUELVE, reformar la Sentencia recurrida en grado, únicamente en el sentido de la declaratoria de la Notoriedad del Nombre Comercial TERPEL a favor de la compañía TERPEL S.A., en nombre de su Representante Legal señor Boris Miguel Yépez Izquierdo, por cuanto, existiendo los procesos jurídicos y técnicos regulados en la normativa de la materia para establecer de forma técnica sobre los aspectos de notoriedad de nombres comerciales, se considera que está declaratoria no es facultad, legal, ni constitucional de los jueces, porque no se puede mediante la interposición de una acción de protección pretender la declaración de un derecho como es la declaración de notoriedad de un nombre comercial por ser contrario a la norma. De lo contrario, se afectaría al principio de seguridad jurídica que claramente se establece en el artículo 82 de la Carta Magna del Ecuador, debido a la implementación de procesos que establecen y determinan su regulación para otorgar tal declaratoria de Notoriedad. Se acepta de forma parcial el recurso de apelación atendido. Cúmplase con lo prescrito en el artículo 86 numeral 5 de la Constitución de la República, en armonía con el artículo 25 numeral 1, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ejecutoriada esta sentencia remítase copias certificadas a la Corte Constitucional. CÚMPLASE y NOTIFÍQUESE.-

SUAREZ ESPINOZA MAURICIO ANTONIO
JUEZ DE SALA ESPECIALIZADA DE FMNA

ZEBALLOS MARTINEZ LENIN
JUEZ DE SALA ESPECIALIZADA DE FMNA

MONROY CASTILLO JESSY MARCELO
JUEZ DE SALA ESPECIALIZADA DE FMNA

Certifico:

GALLARDO ZURITA FAUSTO XAVIER
SECRETARIO

VOTO SALVADO DE LA ZEBALLOS MARTINEZ LENIN, JUEZ DE SALA ESPECIALIZADA DE FMNA DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE GUAYAS. - SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS. Guayaquil, jueves 14 de mayo del 2015, las 12h55. VISTOS: Por no estar de acuerdo con el decisión de mayoría, salvo mi voto y lo fundamento en base a las siguientes consideraciones: PRIMERA: Se ratifica la validez de este proceso constitucional, porque se han respetado los derechos jurisdiccionales protegidos; las partes han ejercido ampliamente su derecho a la defensa de sus posiciones y no se advierten falencias formales que puedan influir en la decisión. La Sala, con sus integrantes tiene asegurada su jurisdicción, según consta de las razones del sorteo electrónico reglamentario, y su competencia como Jueces de Apelación Constitucional, fluye de la norma del inciso 2° Art. 24 de la LOGJCC.- SEGUNDA: Tal como se ha

trabado la Litis, y aparece de confrontar las pretensiones procesales de las partes, fluye que se el contencioso gira respecto de derechos y obligaciones referidas a discrepancias, pues la parte accionante Terpel S.A., afirma que ha sufrido vulneración a sus derechos protegidos, por parte del Director General del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, obrar lesivo a sus derechos constitucionales, cuando el demandado, ha procedido a emitir títulos de marca Terpel, que era una marca sobre la que tenía derecho la parte actora, compañía extranjera que expresa, no tiene domicilio en Ecuador, y mal podía tener un derecho a reclamar la titularidad al nombre antes indicado. Que el funcionario demandado, no podía permitir el registro de la misma marca, a pesar de que no existía orden judicial de prohibición del uso del nombre comercial TERPEL. El funcionario demandado, negó los fundamentos de hecho y de derecho, que la vía constitucional, no es procedente para resolver el tema jurídico planteado y que el acto administrativo que se impugna fue dictado conforme a la ley, que no existe vulneración de ningún derecho protegido. De su parte, el Director Regional de la Procuraduría General del Estado, que ha sido parte. Por ser demandada, una institución pública, de su parte señaló que la acción propuesta era improcedente, al tenor de lo previsto en el art. 42 de la LOGJCC, que esta clase de acciones de protección constitucional, son residentes y no alternativas, tomando en cuenta que existen otras legales expeditas. TERCERO: La acción de protección, según el Art. 88 de la Constitución, "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 su parte, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; en sus Arts. 39 al 42 define que la "acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinario de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena".- Los requisitos de admisibilidad como circunstancias de procebilidad ineludible e inexcusables para la eficacia jurídica de esta clase de acciones de protección de derechos, constan en el Art. 40 de la Ley de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, que reza: "la acción de protección se podrá presentar cuando concurran los siguientes requisitos: 1) Violación de un derecho constitucional; 2) acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y 3) inexistencia de otro mecanismo d defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado". Es decir deben probarse en el proceso todos ni excepción.- CUARTO: Nuestro sistema de protección jurisdiccional constitucional de derechos es residual, lo que significa que necesariamente se debe agotar la vía judicial de protección ordinaria, y luego acudir a la justicia o vía constitucional de protección. De ello síguese que el asunto meollo del contencioso encaja en la causal de improcedencia de la acción que consta en el No. 4 del Art. 42 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales, que a la letra dispone que la acción de protección no procede cuando "el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial: salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz". Este contencioso, que tiene por objeto un tema de decisión, se aprecia, que no se ha demostrado con prueba válida, la inexistencia de otra vía de protección adecuada ni que la misma no fuere eficaz, sino todo lo contrario, pues consta y lo aceptan las partes, que existen pendientes demandas similares en la vía contencioso administrativa. Alegar que someter a examen el meollo de esta pretensión en la vía administrativa es someterse a una larga Litis, no es justificación jurídica conforme a derecho para acudir a la vía constitucional. En esta línea de reflexión, no es conforme a derecho, saltarse estos presupuestos de procebilidad y eficacia; pues son normas de derecho público de necesario respeto e imperativo cumplimiento.- QUINTO: También para fundamentar esta resolución la Sala tiene que mencionar por la fuerza vinculante inexcusable la jurisprudencia constante la sentencia No.

164
ciento sesenta y cuatro

001-10-PJO-CC, del caso No. 0999-09-jp, que fuera expedida por la Corte Constitucional publicada en el R. O. No. 351, del 29 de diciembre del 2010, donde nuestro máximo tribunal de control constitucional, resolvió que "la acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos y particularmente la vía administrativa"; y que "Si vía acción de protección se impugna de manera exclusiva de la legalidad del acto, sin que conlleve vulneración de derechos constitucionales, el asunto debe decidirse en los mecanismos jurisdiccionales ordinarios competentes, pero no a través de una garantía jurisdiccional de derechos constitucionales" y que es "deber de las juezas y jueces constitucionales aplicar adecuadamente dichos principios en la sustanciación de una causa, de lo contrario,... más allá de lesionar la seguridad jurídica de las partes, acarrea además una grave vulneración a los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva en consideración a que su actuación devendría en arbitrariedad". SEXTA: En los autos que se resuelven, ambas partes han reconocido que existen demandas con identidad de pretensiones jurídicas que están pendientes en los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual. Inclusive permitiría apreciar Litis pendencia, lo cual podría hasta atentar contra la seguridad jurídica de las decisiones en casos judicializados, frente a las decisiones tomadas en esta vía constitucional de darse contradicciones en el juzgamiento. De otro lado también debemos resaltar que el tema puesto a decisión, no solo es complejo sino que no se aprecia que en la decisión administrativa impugnada pueda advertirse violación de derechos jurisdiccionales ni que tenga tuición constitucional, sino más bien temas que deben ser resueltos en juicio de conocimiento, en la vía adecuada y eficaz que es lo contencioso administrativa. SEPTIMA: Con los razonamientos de hecho y de derecho que se dejan analizados, como suficiente motivación; esta Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, de la Corte Provincial de Justicia del Guayas en funciones de Tribunal de Alzada Constitucional; "Administrando Justicia en nombre del pueblo soberano del Ecuador; por Autoridad de la Constitución y las leyes de la República", resolviendo el recurso de apelación interpuesto, por no advertir prueba de violación o vulneración de ningún derecho constitucional; la pretensión es improcedente, y por lo mismo, revoca en todas sus partes la sentencia recurrida y declara sin lugar la demanda. Lo resuelto deja a salvo la facultad del actor para demandar y agotar la jurisdicción de lo contencioso administrativa, de estimar tener derecho para ello. Notifíquese. Copia de esta resolución ejecutoriada, cúmplase con enviársela a la Corte Constitucional, como lo manda el Art. 25 inc. 1° de la LOGJCC. Devuélvase el expediente al juzgado de origen. Cúmplase.-

SUAREZ ESPINOZA MAURICIO ANTONIO
JUEZ DE SALA ESPECIALIZADA DE FMNA

ZEBALLOS MARTINEZ LENIN
JUEZ DE SALA ESPECIALIZADA DE FMNA

MONROY CASTILLO JESSY MARCELO
JUEZ DE SALA ESPECIALIZADA DE FMNA

Certifico:

GALLARDO ZURITA FAUSTO XAVIER
SECRETARIO