

143
Quito
20/07/22
Abe

Juicio No. 09333-2021-01228

**JUEZ PONENTE: TANDAZO ORTEGA JOHANNA ALEXANDRA, JUEZ
AUTOR/A: TANDAZO ORTEGA JOHANNA ALEXANDRA
SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE
PROVINCIAL DE JUSTICIA DE GUAYAS.** Guayaquil, viernes 22 de julio del 2022, a las
14h50.

VISTOS: Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la Compañía PROENERGY SERVICES, LLC (PROENERGY) y Compañía ELECTROQUIL S.A., contra la resolución dictada por la Ab. Andrea Michelle Ordoñez Riera, Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente de Samborondón, dentro de la presente medida cautelar; una vez que se han atendido todas las peticiones de las partes, se considera:

I.- Antecedentes

1.- El viernes 15 de octubre del 2021, el señor Ricardo Andrés Stagg Peña, por sus propios derechos y por los que representa de la Compañía TILTUR S.A., presenta petición de medida cautelar autónoma en la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Samborondón, en contra de las Compañías ELECTROQUIL S.A., y PROENERGY SERVICES LLC.^[1]

En lo medular, refiere que la Compañía ELECTROQUIL S.A., [respecto de la cual Compañía TILTUR S.A., es accionista minoritaria] tiene como objeto la generación y transmisión de energía eléctrica en la provincia del Guayas y Santa Elena, cuyas instalaciones se encuentran en el Km 19, vía a la Costa de la ciudad de Guayaquil, instalaciones donde se encuentra una planta termoeléctrica para la generación de energía con varios activos [denominados como "los equipos"]^[2]

Sostiene que por los meses de abril – mayo de 2021, el accionista mayoritario de ELECTROQUIL S.A. [la Compañía ORAZUL ENERGY DEL ECUADOR ORAZUL – LTDA. CIA. LTDA.] se encontraba negociando la venta de los equipos con PROENERGY SERVICES LLC, manejada de una manera muy irregular y oscura, sin presentar la información completa al Directorio ni a los accionistas de ELECTROQUIL. Además se preveía el incumplimiento de la ley ambiental, sin cumplir con un plan de cierre y abandono.

Que el día 1 de junio de 2021, el señor Leonardo Stagg, accionista de su representada, puso en conocimiento del Ministro del Ambiente, Agua y Transición Ecológica, su preocupación por el inicio del desmontaje de las turbinas de la planta de ELECTROQUIL por parte del accionista mayoritario (ORAZUL-LTDA. CIA. LTDA.) sin cumplir con un Plan de Cierre y Abandono aprobado por el MAAE, como lo exige la ley ambiental y su reglamento. Que el Subsecretario de Calidad Ambiental del MAAE, mediante memorando No. MAAE-SCA-2021-0485-M del 10 de junio del 2021, dispuso a PROENERGY y ELECTROQUIL S.A., se

abstengan de desmontar estos equipos sin cumplir con la norma ambiental, es decir, con el mencionado Plan de Cierre y Abandono por el Ministerio.

Que la disposición del MAAE fue incumplida por los accionados y desmantelaron la planta para ser trasladados con la intención de exportarlas y venderlas a la Compañía PROENERGY SERVICES LLC, sin importarles el posible daño ambiental que podían ocasionar ni el daño inminente por sanción que le causarían a la Compañía ELECTROQUIL, por lo tanto a su representada y a él como accionista de la misma.

Indica que la Compañía ELECTROQUIL S.A., trasladó arbitrariamente los equipos antes referidos al aeropuerto de Tababela y posteriormente a las instalaciones de CONTECOM GUAYAQUIL, en el puerto de Guayaquil, donde se encuentra en este momento y que intentan exportarlos y venderlos de manera ilegal a la empresa PROENERGY SERVICES LLC.

Sostiene que las accionadas alegan que suscribieron un contrato de compraventa de los equipos y que por lo tanto, fueron retirados para enviarlos al comprador en los Estados Unidos pero se trata de un contrato ilegal e irregular que viola la Constitución y la ley, pone en peligro al medio ambiente y se burla de la autoridad ambiental [ya que] las sanciones recaerían sobre la compañía ELECTROQUIL S.A., por lo tanto, por responsabilidad solidaria, vulneraría los derechos de su representada [Compañía TILTUR S.A.] así como los suyos por ser accionista de esa compañía. Situación que se agravará si las accionadas logran vender, exportar y no devolver estos equipos, que se encuentran sujetos a control ambiental. Los equipos deben ser restituidos y devueltos a la planta ELECTROQUIL y cumplir, de ser el caso, con el respectivo Plan de Cierre y Abandono y con la norma ambiental, para así evitar la vulneración de nuestros derechos y el riesgo a un daño ambiental.

¹³/₃
Pretensión:

Se ordene a ELECTROQUIL y PROENERGY SERVICES LLC, la restitución y devolución de los equipos detallados, al lugar de donde fueron retirados; es decir, a la planta de ELECTROQUIL S.A., en la ciudad de Guayaquil, en un plazo máximo de 72 horas.

Se ordene la prohibición de comercialización y exportación de los equipos que fueron retirados de la planta de la compañía ELECTROQUIL S.A., en la ciudad de Guayaquil.

Que se oficie y disponga al Servicio Nacional de Aduana del Ecuador SENA E la prohibición de exportación de los equipos, sin importar que persona natural o jurídica pretenda exportarlos, incluyendo a las compañías ELECTROQUIL S.A., y PROENERGY SERVICES LLC.

Que se oficie a CONTECOM Guayaquil S.A., la prohibición de exportación de los equipos, sin importar que persona natural o jurídica pretenda exportarlos, incluyendo a las compañías ELECTROQUIL S.A., y PROENERGY SERVICES LLC.

144
Auto
proced
cautel

Que se oficie al Ministerio de Ambiente, Agua y Transición Ecológica, a efecto que verifique y adopte las medidas necesarias, dentro de su competencia, para garantizar el cumplimiento y ejecución de la presente medida cautelar, para lo cual deberá informar al juez sobre la ejecución de la presente medida cautelar; para lo cual deberá informar al juez o jueza sobre la ejecución de la medida, en un plazo máximo de cinco días hábiles.

Que se oficie a la Defensoría del Pueblo a efecto que supervise el cumplimiento y ejecución de la presente medida cautelar, para lo cual deberá informar al juez o jueza sobre la ejecución de la medida, en un plazo máximo de cinco días hábiles.

Que se mantenga la medida cautelar hasta el cumplimiento pleno de la misma, y hasta que se ponga fin a la amenaza de vulneración de los derechos de la accionante.

2.- Presentada la medida cautelar (15 de octubre de 2021), la Ab. Karly Vargas Alvarado, Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente de Samborondón, mediante auto de fecha 20 de octubre del 2021, argumentando que “ha conocido y resuelto sobre los hechos que se han traído a nuestro conocimiento, ya que son los mismos de la acción de medidas cautelares No. 09333-2021-00996, y por lo tanto ya hay un prejuzgamiento”, se excusa de conocer esta medida cautelar; por lo que realizado el sorteo el 20 de octubre del 2021 a las 10h02, es aceptada por la jueza Andrea Michelle Ordoñez Riera, conforme se aprecia de auto de fecha 20 de octubre del 2021 a las 16h49.

3.- Con fecha 20 de octubre de 2021 a las 13h31 consta que el peticionante realiza un alcance a la medida cautelar e indica que respecto a la Turbina LM6000, número ESN 191-758, de 1997, lo correcto es Turbina LM6000, número ESN 191-758, DE 2014, señalando que fue por un error involuntario.

4.- La jueza de primer nivel, concluye “que se evidencia la configuración de los requisitos de hechos creíbles o verosimilitud, inminencia, gravedad y un derecho amenazado o vulnerado, conforme al artículo 27 LOGJCC, vinculado al derecho a vivir en un ambiente sano, al respeto a la naturaleza, a la libertad de contratación y a la Seguridad Jurídica contemplados en la normativa constitucional detallada en el numeral OCTAVO del presente auto, [...], una vez que ha sido examinada la petición que antecede, la acepta al trámite, por existir evidencia suficiente de una necesidad de hacer cesar una vulneración de derechos a la seguridad jurídica, libertad de contratación y realización de actividades económicas, a vivir en un ambiente sano y al respeto a la naturaleza, al artículo 11 numeral 6 ibídem concerniente a todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. Esta juzgadora embestida en garantías constitucionales ordena: **MEDIDAS CAUTELARES CONSTITUCIONALES**, a favor de **STAGG PEÑA RICARDO ANDRES**, por sus propios derechos y en su calidad de Gerente General y representante legal, de la compañía **TILTUR S.A.**, en el siguiente sentido: 1) Se ordena a **ELECTROQUIL** y **PROENERGY SERVICES LLC.**, la restitución y devolución los equipos: Turbina LM6000, número ESN 185-207, de 1998; Turbina LM6000, número ESN 185-122, de 1996; Turbina

LM6000, número ESN 185-205, de 1997; Turbina LM6000, número ESN 191-758, de 2014; Generador serie 61971A-1G, Brush Generator, modelo BDAX7-290ESSJ; Generador serie 62068A-1G, Brush Generator, modelo BDAX7-290ESSJ; Generador serie 61857A-1G, Brush Generator, modelo BDAX7-290ESSJ; Generador serie 61826A-1G, Brush Generator, modelo BDAX7-290ESSJ; Intel volute GT01, serie 021 y sus accesorios; Intel volute GT02, serie 048 y sus accesorios; Intel volute GT03, serie 012 y sus accesorios; Intel volute GT04, serie 0051 y sus accesorios, al lugar de donde fueron retirados; es decir, a la planta de ELECTROQUIL S.A., en la ciudad de Guayaquil, dentro del término de 48 horas.- 2) Como medida de prevención, se ordena la prohibición de comercialización y exportación de los equipos: Turbina LM6000, número ESN 185-207, de 1998; Turbina LM6000, número ESN 185-122, de 1996; Turbina LM6000, número ESN 185-205, de 1997; Turbina LM6000, número ESN 191-758, de 2014; Generador serie 61971A-1G, Brush Generator, modelo BDAX7-290ESSJ; Generador serie 62068A-1G, Brush Generator, modelo BDAX7-290ESSJ; Generador serie 61857A-1G, Brush Generator, modelo BDAX7-290ESSJ; Generador serie 61826A-1G, Brush Generator, modelo BDAX7-290ESSJ; Intel volute GT01, serie 021 y sus accesorios; Intel volute GT02, serie 048 y sus accesorios; Intel volute GT03, serie 012 y sus accesorios; Intel volute GT04, serie 0051 y sus accesorios.- En cuanto a la temporalidad de las medidas cautelares aquí dispuestas, se establece que estarán vigentes hasta que los accionados retornen los equipos: Turbina LM6000, número ESN 185-207, de 1998; Turbina LM6000, número ESN 185-122, de 1996; Turbina LM6000, número ESN 185-205, de 1997; Turbina LM6000, número ESN 191-758, de 2014; Generador serie 61971A-1G, Brush Generator, modelo BDAX7-290ESSJ; Generador serie 62068A-1G, Brush Generator, modelo BDAX7-290ESSJ; Generador serie 61857A-1G, Brush Generator, modelo BDAX7-290ESSJ; Generador serie 61826A-1G, Brush Generator, modelo BDAX7-290ESSJ; Intel volute GT01, serie 021 y sus accesorios; Intel volute GT02, serie 048 y sus accesorios; Intel volute GT03, serie 012 y sus accesorios; Intel volute GT04, serie 0051 y sus accesorios a la planta de ELECTROQUIL S.A., en la ciudad de Guayaquil, dentro del término dispuesto, debiendo dar cumplimiento con los protocolos dispuestos en la normativa ambiental con respecto al plan de cierre y abandono, tal cual fue observado y ordenado por el Ministerio de Ambiente, Agua y transición ecológica en los memorandos antes detallados y anexados a la demanda.- A fin de dar cumplimiento con las medidas cautelares dictadas, se dispone oficiar al Servicio Nacional de Aduana del Ecuador SENA, CONTECON Guayaquil S.A. y al Ministerio de Ambiente Agua y Transición Ecológica.- Al tenor de lo señalado en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y a efectos de que se dé cabal cumplimiento de las medidas cautelares dictadas precedentemente, se delega a la Defensoría del Pueblo, la supervisión de la ejecución de las mismas, para cuyo efecto se enviará, en el día, el respectivo oficio acompañándose la documentación pertinente.- Notifíquese a los accionados, así como también al Servicio Nacional de Aduana del Ecuador SENA, CONTECON Guayaquil S.A. y al Ministerio de Ambiente Agua y Transición Ecológica [...].- Oficiése a las instituciones señaladas con la finalidad de que conozcan sobre las MEDIDAS CAUTELARES concedidas para que surtan los efectos legales correspondientes de manera inmediata, debiendo el Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica realizar la

verificación y adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento de lo ordenado...”

5.- Obra del proceso^[3] el escrito ingresado el 22 de diciembre de 2021, por la Compañía ELECTROQUIL S.A., a través de su Procurador Judicial, quien manifiesta que no ha vulnerado el derecho al ambiente, la naturaleza, el debido proceso ni la seguridad jurídica, por lo que las medidas cautelares dispuestas en el proceso No. 09333-2021-01228 no tiene sustento jurídico, por lo que al tenor del Art. 35 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, solicita se revoken las mismas, al haberse demostrado que estas carecen de fundamento, con base al pronunciamiento de la máxima autoridad ambiental.

6.- Mediante providencia de fecha 10 de enero de 2022 la jueza a quo corre traslado^[4] a efecto que la peticionante se pronuncie, y no constando de autos que se haya convocado a audiencia conforme lo requirió Electroquil S.A., el 24 de enero de 2022 a las 12h10, la jueza de la Unidad Judicial Multicompetente de Samborondón dicta la resolución concluyendo que “NO procede la revocatoria de la medida cautelar dictada dentro del presente caso, debiéndose de estar a lo dispuesto en el auto de concesión de dicha medida”^[5]

7.- El 25 de enero del 2022 la Compañía PROENERGY apela de la resolución^[6], en tanto que el 26 de enero del 2022 apela la Compañía ELECTROQUIL^[7]; habiendo la jueza de primer nivel concedido dicho recurso^[8]. Pese a ello, el peticionante de las medidas cautelares solicitó revocatoria del auto que concedía la apelación, constando del expediente electrónico que el 21 de febrero del 2022 a las 10h49 se ha negado el pedido de revocatoria de medidas cautelares peticionada y disponiendo que la actuaria de cumplimiento a lo dispuesto en el auto dictado el 31 de enero de 2022.

De las actuaciones en segunda instancia

8.- Recibido el proceso en la Sala el 3 de marzo del 2022, el 4 de marzo de 2022 a las 16h00, en atención al pedido realizado por la Compañía ELECTROQUIL S.A., se convoca a audiencia, la misma que se realiza en las instalaciones de la Sala Especializada Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, luego de lo cual – la jueza ponente – solicitó información referida a posibles irregularidades en el sorteo de segunda instancia, sin que se haya detectado tal situación, conforme a informes emitidos; por lo tanto, procede emitir la resolución que corresponda; así mismo, consta que se encuentran atendidas todas las peticiones de las partes, pasa a nuestro despacho la presente causa a partir del 18 de julio de 2022.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA ESPECIALIZADA CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS

9.- (Jurisdicción y competencia): Los jueces de esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial del Guayas a quienes, por sorteo de ley, nos ha correspondido conocer y

145
Auto
Quemado
1 año

resolver el presente recurso de apelación, somos competentes en razón de los grados al actuar como Tribunal de Segunda Instancia, por así disponerlo el Art. 35 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

10.- Asimismo, y con la finalidad de garantizar nuestra competencia, se solicitó al Departamento de Gestión Procesal si ha existido alguna irregularidad referente a los sorteos realizados.

11.- No existen pedidos de los intervinientes relacionados con violación de las reglas del debido proceso. Pese a ello, el tribunal realiza las siguientes puntualizaciones.

12.- La peticionante refiere tener su domicilio en el cantón Samborondón, sin embargo, se observa que los hechos a los que se hacen referencia suceden o sucedieron en la ciudad de Guayaquil, donde tienen su domicilio las compañías contra quienes se dirige la pretensión.

13.- La peticionante refiere a situaciones relacionadas con compañías domiciliadas en la ciudad de Guayaquil. Por lo tanto, estamos frente a un conflicto suscitado entre dos personas jurídicas.

14.- El Art. 32 de la LOGJYCC dispone: "Petición. Cualquier persona o grupo de personas podrá interponer una petición de medidas cautelares, de manera verbal o escrita, ante cualquier jueza o juez. Si hubiere más de una jueza o juez, la competencia se radicará por sorteo. En la sala de sorteos se atenderá con prioridad a la persona que presente una medida cautelar. En caso de que se presente la petición oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal.

La petición podrá ser interpuesta conjuntamente con el requerimiento de cualquiera de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución, cuando tenga por objeto detener la violación del derecho. En estos casos, las medidas cautelares se tramitarán previamente a la acción para declarar la violación de derechos por lo que no se requerirá la calificación del requerimiento para que proceda la orden de medidas cautelares; de ser procedente, la jueza o juez podrá ordenar las medidas cautelares cuando declare la admisibilidad de la acción. El requerimiento se tramitará de conformidad con lo dispuesto en esta ley.

El peticionario deberá declarar si ha interpuesto otra medida cautelar por el mismo hecho".

15.- A pesar de que la referida norma jurídica solo hace alusión a que si hubiere más de una jueza o juez "la competencia se radicará por sorteo", el artículo 7 de la misma ley establece que será competente cualquier jueza o juez de primera instancia "del lugar en donde se origina el acto u omisión" o "donde se producen sus efectos" y cuando en la misma circunscripción territorial "hubiere varias juezas o jueces competentes", la demanda se "sorteará entre ellos".

16.- En el caso examinado, no consta que al comparecer las personas contra quienes se solicitó la medida hayan alegado incompetencia de los jueces de Samborondón, para conocer y

resolver las medidas cautelares solicitadas, por lo que el tribunal se estará al contenido de lo dispuesto en el Art. 32 de la LOGJYCC.

17.- El peticionante, por sus propios derechos y por los que representa de la Compañía TILTUR S.A., presenta petición de medida cautelar autónoma en contra de las Compañías ELECTROQUIL S.A., y PROENERGY SERVICES LLC. Argumentando que el accionista mayoritario de ELECTROQUIL S.A. [la Compañía ORAZUL ENERGY DEL ECUADOR ORAZUL - LTDA. CIA. LTDA.], se encontraba negociando la venta de equipos con PROENERGY SERVICES LLC, de una manera muy irregular y oscura, sin presentar la información completa al Directorio ni a los accionistas de ELECTROQUIL. Es decir, el tribunal observa que se trata de un conflicto entre compañías, mismas que se regulan por la Ley de Compañías y que es la ley la que prevé cómo se resuelven los conflictos entre accionistas y la forma de impugnar las decisiones de la Junta General de Accionistas.

18.- Otro aspecto al que se hace referencia es el incumplimiento de la ley ambiental, sin cumplir con un plan de cierre y abandono para el desmontaje de las turbinas de la planta de ELECTROQUIL por parte del accionista mayoritario (ORAZUL-LTDA. CIA. LTDA.). sin embargo, sostiene el peticionante que la disposición del MAAE fue incumplida por los accionados y desmantelaron la planta para ser trasladados con la intención de exportarlas y venderlas a la Compañía PROENERGY SERVICES LLC, sin importarles el posible daño ambiental que podían ocasionar ni el daño inminente por sanción que le causarían a la Compañía ELECTROQUIL. Es decir, las maquinarias a las que hace referencia el peticionante ya fueron removidas del lugar donde se encontraban, y que si aquello ocasionaba un posible daño ambiental, el mismo ya se produjo, por lo que la preocupación del peticionante era que no se venda y exporte los equipos, ya que deben ser restituidos y devueltos a la planta ELECTROQUIL y cumplir, de ser el caso, con el respectivo Plan de Cierre y Abandono y con la norma ambiental, para así evitar la vulneración de nuestros derechos y el riesgo a un daño ambiental.

19.- Respecto a las medidas cautelares: Se determina que la misma es una institución, sobre la cual no existe doctrinariamente un acuerdo, aún sobre su denominación, así se habla de acciones cautelares, procesos cautelares, providencias cautelares, acciones precautorias, medidas de seguridad, medidas precautorias, medidas provisionales, medidas urgentes, medidas de cautela, providencias conservatorias o interinas, medidas cautelares, etc.

20.- Tomando en consideración el sentido lingüístico se considera que se da, teniendo en cuenta la prudencia, de previsión cauta ante periculum in mora que corre el derecho o la situación, así sea ahora un fumus bonis iuris o solo verosímil o únicamente presumible. La razón de ser de las mismas, radica en la inevitable lentitud de los procedimientos judiciales, que tiene como consecuencia el riesgo, de que la composición del conflicto resulte tardía, -con una sentencia que quizás aparezca como intrínsecamente justa, pero paradójicamente ineficaz- y a su vez buscan evitar, que mientras se aguarda el normal desenlace del proceso se alteren, deliberadamente o involuntariamente, las circunstancias fácticas y jurídicas existentes al

146
Quito
Quito
M...

momento en que se reclamó la intervención del órgano jurisdiccional, tornando así en ilusorias e ineficaces las resoluciones judiciales nominalmente destinadas a restablecer la observancia del derecho. Eduardo García y Jeannette García, *Medidas Cautelares*, Bogotá, Editorial Temis S.A, Segunda Edición, 2005, pp. 10. , quienes comparten la opinión de autores como Hugo Alsina, Podetti, Gonzalo Quintero, Eduardo Couture, Calamandrei, Chiovenda y Devis Echandía, Abeledo Perrot, *Derecho Procesal Civil*, t VIII, p. 14, Citado por, Jorge L. Kielmanovich, *Medidas Cautelares*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2000, p. 14, referente a que para su otorgamiento no se requiere de un conocimiento exhaustivo o profundo, -propio de los procesos de conocimiento-, configurándose así, las dos condiciones básicas para la procedencia de las mismas, sobre las cuales existe un acuerdo generalizado de los tratadistas: el peligro en la demora y la apariencia de buen derecho o verosimilitud del derecho; así, la concesión de estas medidas presupone la existencia de un peligro ocasionado por la tardanza del proceso, y la innecesidad de certeza plena de la existencia del derecho o de su amenaza. El efecto jurídico de su otorgamiento no constituye un prejuzgamiento del asunto litigioso, peor aún cosa juzgada, no hay una declaración del derecho, por esto, siempre que una medida cautelar se concede a base de una sola fase de cognición sumaria, la misma autoridad que ha dictado la providencia podrá a través de una nueva cognición sumaria modificarla o revocarla, si se han verificado nuevas circunstancias que aconsejen que no continúe la relación cautelar originariamente constituida.- Las medidas cautelares se otorgan en términos generales ha pedido de parte e inaudita pars, esto es, sin sustanciación previa con el afectado por las mismas. Calamandrei, señala en su libro *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares*, Buenos Aires, 1996, p. 77, citado por Giovanni Priori Posada, *La Tutela Cautelar*, Lima, Editorial ARA Editores E.I.R.L., 2006, p. 73: "...la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidad y verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la sentencia principal; en sede cautelar vasta que el derecho aparezca verosímil [...]"; sobre lo mismo Kielmanovich, en su libro *Medidas Cautelares*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal – Culzoni, 2000, p. 51, que: "...las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino solo en grado de una aceptable verosimilitud, como la probabilidad de que éste exista y no como una incuestionable realidad que solo se logra al agotarse el trámite, si bien aquella debe resultar de los elementos incorporados al proceso que objetivamente y prima facie lo demuestren..."-.

21.- La doctrina determina que las medidas cautelares tienen ciertas características tales como:

1.- Instrumentalidad La doctrina clásica considera que la misma contiene una nota que distingue a las medidas cautelares y podemos decir que sobre esta característica existe un acuerdo generalizado de los tratadistas. Se las considera instrumentales, por cuanto carecen de un fin en sí mismas y se encuentran subordinadas y ordenadas al proceso principal del cual dependen, con miras a asegurar el cumplimiento y eficacia de la sentencia. Piero Calamandrei, en su libro *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, p. 44, citado por Héctor González Chévez, *La Suspensión del Acto Reclamado en Amparo*, desde la

142
Luis
Cruz
Mora

Perspectiva de los Principios de las Medidas Cautelares, México, Editorial Porrúa, 2006, p. 85, refiriéndose a la instrumentalidad de las medidas cautelares, señala: "...No constituyen un fin en sí mismas, sino que están subordinadas a la resolución definitiva. Nacen al servicio de la sentencia principal, asegurando su resultado práctico, en prevención de la cual se dictan, preparando el terreno para hacer que sea eficaz, y fenecen con ella, contribuyendo así a garantizar el eficaz funcionamiento de la administración de justicia..."-

2.- Provisionalidad. La provisionalidad es una característica intrínseca de las medidas cautelares. Si son instrumentales son provisionales, ya que dada su condición instrumental al proceso, subsisten hasta el momento que exista una sentencia definitiva que ponga fin al proceso, o cambien los supuestos que dieron lugar a su otorgamiento. La conclusión del proceso, significa la conclusión de las medidas cautelares, ya que están íntimamente a él ligadas.-

3.- Revocabilidad. Las medidas cautelares son revocables, no alcanzan la categoría de cosa juzgada. Éstas pueden ser revocadas, modificadas o restablecidas, tomando como base las condiciones fácticas del momento de otorgamiento. El carácter eminentemente preventivo y provisional permite su modificación por causas sobrevinientes. Calamandrei, en su libro Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares, Buenos Aires, 1945, p. 89, citado por Héctor González Chévez, La Suspensión del Acto Reclamado en Amparo...p. 87, considera que "...las medidas cautelares están sujetas a modificaciones correspondientes a una posterior variación de las circunstancias concretas, siempre que el juez considere que la medida cautelar inicialmente ordenada no está ya adecuada a la nueva situación de hecho creada durante ese tiempo..."-

22. - Concepción de las Medidas Cautelares desde la Perspectiva de Protección de los Derechos Humanos. - Desde la perspectiva de protección de los derechos humanos, las medidas cautelares tienen como finalidad la protección directa del derecho, ya sea, evitando o suspendiendo su violación. Cancado Trindade, sobre el tema, en la obra Reflexiones Sobre la Evolución y Estado Actual de las medidas provisionales de protección en el Derecho Internacional Contemporáneo, Prologo en, Ernesto Rey Cantor, Ángela Rey Anaya, Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Bogotá, Editorial Temis S.A. 2005, p. XIX, señala: "...las medidas cautelares en el ámbito de los derechos humanos se liberan del formalismo jurídico de la ciencia jurídica del pasado, [...] y en el presente dominio tales medidas, además de su carácter esencialmente preventivo, protegen efectivamente derechos fundamentales...". Los presupuestos básicos para dar paso al mismo son: el peligro en la demora y la apariencia de buen derecho o verosimilitud del derecho. Se otorga en términos generales ha pedido de parte e inaudita pars, esto es, sin sustanciación previa con el afectado por las mismas.

23. - Presupuestos para la Concesión de Medidas Cautelares. - 1) Peligro en la Demora (Periculum in Mora) Las medidas cautelares aplicadas al ámbito de los derechos humanos comparten con la concepción clásica los presupuestos de concesión analizados: peligro en la

demora, apariencia de buen derecho, adecuación, así, el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece el principio del *periculum in mora* al señalar que las medidas cautelares proceden cuando los jueces tengan conocimiento de un hecho que de modo inminente y grave amenace con violar un derecho o viole un derecho. La urgencia de las circunstancias, provocada por la amenaza o violación inminente de un derecho, hace que cualquier demora resulte peligrosa, por lo que la medida debe dictarse de manera inmediata, lo más pronto posible, como dice la Ley. Un proceso común, dadas las circunstancias de inminencia y gravedad, no ofrecen la protección requerida, ya que su tardanza normal y muchas veces anormal provocaría la afectación definitiva o que persista la violación del derecho. Piénsese, por ejemplo, en una persona que teniendo derecho a la asistencia de salud por parte del estado, tuviere que esperar todo el tiempo que dura un proceso para ser atendido. La resolución definitiva sería posiblemente una burla para aquella persona que incluso podría haber perdido su vida. O de una comunidad indígena a la que por ocasión de una obra pública, se amenace violar su derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, poniendo en peligro su propia existencia.-

2) Apariencia de Buen Derecho (*fumus bonis iuris*) El *fumus bonis iuris* es también un presupuesto de concesión de las medidas cautelares en el ámbito de los derechos humanos. Se lo reconoce como tal en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y en nuestra regulación de medidas cautelares autónomas. De manera expresa la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Resolución de Medidas Provisionales del 30 de Abril del 2009, en el caso Fernández Ortega y otros, contra de los Estados Unidos Mexicanos, en el considerando 14 señaló: “Que el estándar de apreciación *prima facie* en un caso y la aplicación de presunciones ante las necesidades de protección han llevado a la Corte Interamericana a ordenar medidas en distintas ocasiones”.-

3) Adecuación. Desde la perspectiva de la protección preventiva de los derechos humanos al igual que en la concepción clásica, la adecuación hace referencia a la necesidad de que las medidas cautelares deban ser idóneas, adecuadas a su objeto, que, -desde el punto de vista que estamos analizando- es dar una protección preventiva al derecho violado o amenazado, ya sea evitando la violación o suspendiéndola, de tal forma que las medidas que se otorguen deben estar íntimamente ligadas, relacionadas con aquello que es su objeto o fin. –

24.- El Art. 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional reza: “...Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, (la cursiva es nuestra) tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad...”.-

Como se observa, la Ley no establece una enumeración taxativa de las medidas cautelares que

se deben ordenar para evitar o detener la violación del derecho, confía en quien ejerce la función jurisdiccional para que tome la decisión, que sea la más eficaz para evitar o suspender la afección del derecho en base al caso concreto, se limita únicamente a establecer algunos ejemplos que servirán como pautas para el juzgador al momento de administrar justicia.

25.- En cuanto al principio de adecuación está íntimamente ligada con la condición de proporcionalidad de la medida cautelar, su aplicación evitará tener medidas cautelares que tengan efectos dañosos para el sujeto pasivo de la medida. No podemos pretender proteger un derecho vulnerando otro.

Al establecerse en la Ley mencionada la adecuación de las medidas cautelares a la violación de derecho que se pretende evitar o detener, se está reconociendo implícitamente la proporcionalidad de las mismas como condición de otorgamiento.

Al ser provisionales, las medidas cautelares no alcanzan la categoría de cosa juzgada, estas pueden ser revocadas, modificadas o restablecidas, tomando como base los términos preventivo, provisional, provisorio, están correlacionadas, así, la palabra provisional deviene a que no es definitivo, sino solo por un tiempo: un arreglo provisional; y, respecto a la palabra preventivo es ser precautorio, protector, provisorio. (Diccionario Consultor Espasa, Madrid, Editorial Espasa Calpe, S.A. 1998), respecto a las condiciones fácticas del momento.

26.- El artículo 28 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece: "...El otorgamiento de medidas cautelares y su adopción no constituirá prejuzgamiento sobre la declaración de la violación ni tendrá valor probatorio en el caso de existir un requerimiento por violación de derechos..."; y, el artículo 35 recalca su carácter provisional y revocable, de decisión no definitiva (cosa juzgada) cuando establece las condiciones para que proceda la revocatoria de las medidas cautelares otorgadas.

27.- De la lectura del articulado antes mencionado, se resume que las medidas cautelares, protegen preventivamente un derecho, tiene carácter provisional y pueden ser revocadas ya que no constituyen cosa juzgada, su naturaleza, finalidad, presupuestos de concesión, así como sus características nos muestran que su vocación no es dar una solución definitiva, sino proteger preventivamente un derecho, para detener la violación o evitar la amenaza inminente de violación de un derecho.

28.- En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tiene como punto de partida o modelo principal el sistema autónomo de medidas cautelares de la Corte y Comisión Interamericana. Consideramos que el desarrollo jurisprudencial que existe en la Corte Interamericana y los casos de aplicación de esta institución en la Comisión van a ser un apoyo necesario e importante, que nos permitirán tener una visión más clara del alcance de la protección preventiva de los derechos que ofrecen las medidas cautelares.

29.- Las medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no está

148
Corte
Interam
de DH

prevista expresamente en la Convención Americana ni en el Estatuto, su regulación se encuentra en el artículo 25 del Reglamento de la Comisión, en el que también se encuentra lo concerniente al procedimiento. Se considera que las medidas cautelares son vinculantes, ya que el objetivo de éstas es la protección de los derechos humanos, y en este contexto la normativa internacional debe aplicarse e interpretarse en base al principio pro homine. En este sentido la Comisión en el informe N° 20/98, correspondiente al caso 11.762 Baruch Ivcher Bronstein, contra Perú, en el párrafo 56, señaló: "...la Comisión, sin ánimo de prejuzgar y aplicando el principio de que se debe preferir la interpretación de la ley que proteja más eficientemente los derechos humanos, otorgó medidas cautelares a favor del señor Ivcher..."; a su vez, en el Informe N°52/01, caso 12.243, Juan Garza, vs. Estados Unidos, del 4 de Abril del 2001, sostuvo: "...Los Estados miembros de la OEA, al crear la Comisión y encomendarle, a través de la Carta de la OEA y del Estatuto de la Comisión, la promoción de la observancia y protección de los derechos humanos de los pueblos americanos, se han comprometido implícitamente a implementar medidas de esta naturaleza en los casos en que ello es esencial para preservar el mandato de la Comisión...".

La razón de ser de los Estados es garantizar el efectivo goce de los derechos fundamentales, una posición que busque contravenir o incumplir un pedido de medidas cautelares emitidas por la Comisión Americana denotará un gobierno arbitrario, absurdo, que no entienden su razón de ser.

30.- Conforme el numeral 1 del artículo 25 del Reglamento de la Comisión, las medidas cautelares proceden: "...En caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas...". En esta regulación encontramos tres requisitos: la gravedad, la urgencia y la necesidad de evitar daños irreparables. Estos requisitos se encuentran presentes también en el artículo 63, numeral 2 de la Convención refiriéndose a la potestad de la Corte de dictar medidas provisionales, no obstante en la disposición convencional se habla de extrema gravedad y urgencia, exigencia que no se encuentra presente en el Reglamento de la Comisión lo cual consideramos facilita o flexibiliza el análisis previo al otorgamiento de medidas cautelares. Según el numeral 1 del artículo 25 del Reglamento de la Comisión, en caso de gravedad y urgencia y toda vez que sea necesario según la información disponible, la Comisión, a petición de parte e incluso de oficio puede solicitar al Estado que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas. Su propósito es evitar la violación inminente de los derechos humanos, por lo que no se requerirá de peritajes, pruebas o de un sustento o demostración cabal de lo argumentado por quien solicita la medida cautelar para que las mismas sean procedentes, ya que no se trata de un prejuzgamiento del fondo del asunto, se trata de una protección preventiva del derecho, en este sentido el Reglamento en vigencia "...no condiciona la pertinencia de las medidas cautelares a la veracidad de los hechos denunciados sino, sencillamente, a la necesidad de las mismas en función de la información disponible...".

149
Corte
2007
7/11/07

31.- Supuestos que pueden presentarse. Que cumpla con los requisitos exigidos, esto es gravedad, urgencia, y evitar un daño irreparable. Cabe anotar que previamente al otorgamiento de las medidas solicitadas, la Comisión puede solicitar información a las partes interesadas sobre cualquier asunto relacionado con la adopción y vigencia de las medidas, es decir puede correr traslado a la parte denunciada para que presente su punto de vista. En este contexto se advierte que en esta instancia se han ordenado medidas cautelares para diversos colectivos humanos, indocumentados, comunidades indígenas, detenidos políticos, miembros de organizaciones femeninas, sindicatos obreros, de profesionales, de estudiantes, miembros de ONG de protección de derechos humanos y que los derechos protegidos se refieren no solamente a precautar el derecho a la vida, la integridad física o la libertad de las personas, como se creía en un inicio, sino que el espectro de derechos protegidos por este tipo de medidas se ha ampliado a otros como el derecho a la nacionalidad, la propiedad, la libertad de expresión, a evitar la expulsión de personas que se encontraban legalmente en un Estado, el derecho a recibir educación, a recibir tratamiento médico, derecho políticos, etc.

32.- En otras ocasiones la Comisión ha dispuesto medidas cautelares a pesar de la existencia de excepciones, incluso de competencia por parte de los estados, como ocurrió en el caso Hilaire vs Trinidad y Tobago, en el que la Corte a pesar de aquello emitió la resolución de medidas provisionales. Siempre será más sencillo y moralmente justificable el haber otorgado la medida cautelar y luego tener que revocarla, que no otorgarla so pretexto de no aparecer claramente la violación o amenaza de violación del derecho y luego verificar que efectivamente la violación o amenaza existía y que se ha configurado el daño irreparable.

33.- En la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según establece el artículo 26 numeral 4 y siguientes del Reglamento de la Corte, la solicitud de medidas provisionales puede ser presentada al Presidente, a los jueces o a la Secretaría de la Corte, por cualquier medio de comunicación, puede por lo tanto presentarse solicitudes vía fax, correo convencional o electrónico, e incluso una llamada telefónica, en casos de extrema gravedad, como bien señala Rey Cantor, lo cual es obvio ya que se tratan de casos de extrema gravedad y urgencia, en que la necesidad impone que se actúe sin formalismos, haciendo prevalecer el principio del informalismo procesal.

34.- Referente a nuestro país, conforme se ha advertido la Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional determina en su artículo 26 en qué momento se puede interponer una medida cautelar y la pretensión del justiciable iría encaminada a adecuarse a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos, disposición que concuerda con lo normado en el artículo 87 de la Constitución e inciso segundo del artículo 6 de la Ley ibídem, que establece: "Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho" a) Derechos Protegidos.- De las regulaciones transcritas encontramos en primer lugar que la Constitución y la Ley, de un modo genérico, hacen referencia a las medidas cautelares como instrumento de protección de derechos, creemos que al hacerlo se

refiere a los derechos humanos y derechos constitucionales sin excepción. El artículo 26 de la Ley hace una distinción más precisa y menciona expresamente que las medidas cautelares son un instrumento de protección preventiva de los derechos regulados en la Constitución y los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales, se ratifica así, que la protección de las medidas cautelares está dada a los llamados derechos humanos y constitucionales.

25.- Sin embargo, a la luz del artículo 11, numeral 7 de la Carta Suprema, que reza: “El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos, y nacionalidades [...]”, las medidas cautelares son un instrumento de protección de todos los derechos que se derivan de la dignidad humana, así no estuvieren expresamente formulados en la Constitución o Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Al respecto el anterior Tribunal Constitucional, en la Resolución de la Primera Sala. Resolución N^o 022-2002-RA, citada por, Rafael Oyarte Martínez, La Acción de Amparo Constitucional, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2006, p. 123, que tenía una regulación similar a la transcrita en el párrafo anterior, comentó: “...Con esta disposición, la Norma Suprema declara que no es taxativa la lista de derechos fundamentales que reconoce, sino que tal reconocimiento está abierto a otros que se fundan en la misma naturaleza del ser humano...”. De todo lo anterior se desprende que tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional extiende el beneficio de las medidas cautelares a todos los derechos constitucionales, sin salvedad.

De esta forma las medidas cautelares son la protección integral del conjunto de los derechos.

36.- De lo observado, nuestra Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece como finalidad de las medidas cautelares tanto evitar o cesar la amenaza o violación del derecho, por lo que cabe diferenciar conceptualmente una y otra. La Corte Constitucional Colombiana en sentencia T-225, de 15 de Julio de 1993, citado por Ernesto Rey Cantor, Ángela Rey Anaya, Medidas Provisionales...., P. 168, refiriéndose a la amenaza y violación ha señalado: La violación lleva implícito el concepto de daño o perjuicio. Se vulnera un derecho cuando el bien jurídico que constituye su objeto es lesionado: se amenaza un derecho cuando ese mismo bien jurídico, sin ser destruido, es puesto en trance de sufrir mengua. En el primer caso la persona afectada ya ha sido víctima de la realización ilícita. En el segundo, por el contrario, la persona está sujeta a la inmediata probabilidad de un daño. Con respecto al término amenaza es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de elección, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral. Finalmente, cuando la violación del derecho ya tuvo lugar, el acto dañoso se ejecutó, la medida cautelar buscará suspender, cesar, interrumpir la violación del derecho. En este supuesto las medidas cautelares solo serían aplicables a aquellos casos de violaciones de derechos que persisten y se mantienen en el tiempo, solo estas violaciones son susceptibles de ser suspendidas, v.gr. la

150
Quinto
Quinto

denegación de justicia, la desaparición forzada de personas, la imposibilidad de comunicarse, la vulneración de la libertad de expresión, entre otras.

37.- Al respecto Ramiro Ávila ha manifestado que para entender la finalidad de las medidas cautelares hay que tomar en cuenta la división del tiempo, el antes, durante y después de la violación del derecho. La medida cautelar debe operar siempre en el antes de la violación del derecho. La idea es prevenir que se provoque el daño grave a través de la violación del derecho. En este supuesto al no haber violación de derechos tampoco habrá lugar para plantearse una acción posterior, por ejemplo la acción de protección. También las medidas cautelares se pueden solicitar durante la violación del derecho, por ejemplo en casos de tortura. La idea en este imaginario es frenar, detener la violación del derecho y al haberse producido la violación de un derecho se puede presentar la medida cautelar más la acción constitucional correspondiente. En este caso es aplicable la regulación establecida en el inciso segundo del artículo 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que da la posibilidad que la petición de medidas cautelares se interponga conjuntamente con las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución. Después de la violación del derecho no caben las medidas cautelares, solo sería procedente la acción correspondiente, esto es la acción de protección.

38.- En este sentido a diferencia de lo que ocurre en otras ramas del derecho, como el civil por ejemplo, en el que las medidas cautelares están orientadas a garantizar la eficacia de los resultados del proceso, o la efectividad de una eventual sentencia estimatoria, en el marco de los derechos humanos y fundamentales el propósito de las medidas cautelares es preservar esos derechos de las personas, su función es proporcionar un remedio temporal a quien alega ser víctima de una violación de un derecho.

Así, la función de las medidas cautelares aplicadas al ámbito de la protección de derechos constitucionales va más allá de la función propia del derecho tradicional, por cuanto, además de su carácter esencialmente preventivo, ellas protegen efectivamente derechos fundamentales, en la medida que buscan evitar daños irreparables (Héctor Faúndez Ledesma, Sistema Interamericano...., p. 529).-

39.- Conforme a los requisitos para que proceda la aceptación de la medida interpuesta, corresponde a dos condiciones o requisitos:

a) la inminencia. Respecto a la Inminencia, según Cabanellas, es la "proximidad, inevitable por lo común de un mal. De modo general la inminencia hace referencia a un hecho futuro que amenaza suceder prontamente.

Pero Jurídicamente, la inminencia de daño grave no solo atañe a hechos futuros sino también a hechos que están ocurriendo. La inminencia implica que el daño no es eventual ni remoto. Lo eventual es lo que pueda suceder pero que no existe certeza o mayor seguridad que suceda, se trata de una contingencia, lo remoto es lo lejano.

El artículo 29 de la Ley *ibídem* establece que las medidas cautelares deben ser ordenadas de manera inmediata y urgente.

Es la naturaleza de la emergencia, la inminencia del daño, la que hace imposible acudir a vías ordinarias de la justicia, o esperar la decisión final del asunto, por lo que se requiere la adopción de acciones inmediatas que eviten o suspendan el daño grave.

b) la gravedad. Respecto a la gravedad, se trata de medidas excepcionales, la gravedad de la amenaza debe ser la consecuencia de un peligro real, no meramente hipotético, y la violación del derecho debe ser de aquellas que se mantienen o persisten al momento de la solicitud de las medidas cautelares a fin de que las mismas, las puedan suspender o interrumpir. Cabanellas, en su Diccionario de Derecho Usual, expone: "...gravedad es un peligro o dificultad considerable...".

40.- Conforme lo ha citado Ramiro Rivadeneira Silva, en *La Acción de Amparo Constitucional*, en Rafael Oyarte Martínez, coord. *Procesos Constitucionales en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005, p. 104, en la sentencia de la Corte Constitucional N° 0711-2003-RA, se define a la gravedad, como: "...El daño grave se determina cuando el efecto que ha de producir el acto ilegítimo es grande, cuantioso o casi permanente, es decir, cuando la declaración de voluntad del accionado produce o va a producir una lesión real en el derecho o los derechos del accionante o administrado y sus efectos son perjudiciales en gran medida..."

41.- Sergio García Ramírez, en el libro *Medidas Precautorias*, en *Los Derechos Humanos y la Jurisdicción Interamericana*, México, UNAM, 2002, p. 130, citado por Ernesto Rey Cantor, Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales...*, p. 213, señala a la Extrema gravedad y urgencia implica que existe un riesgo de daño sumamente grave y que resulta apremiante, en virtud de las circunstancias existentes que deben ser apreciables de forma casuística, adoptar sin demora la medida que aparezca necesaria conforme a la hipótesis de riesgo que se contemple. La gravedad del caso no se desprende solamente de la naturaleza más o menos relevante del bien que se halla en peligro pues, si así fuera, solo habría lugar a la adopción de medidas cuando fuese aquel la vida, la integridad o la libertad, sino de la intensidad del riesgo al que se sujeta el bien tutelado, cualquiera que sea identidad de éste. Así las cosas, se abre la posibilidad de disponer medidas cautelares respecto de cualquier derecho reconocido por la Convención.

42.- El inciso segundo del artículo 27 de la Ley en mención establece que "...se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación...". Un daño irreversible, sería aquel en el que existe la "...imposibilidad de rescatar, preservar o restituir, el bien amenazado a través de alguna medida posterior a la lesión causada [...]". Sergio García Ramírez, *La Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos. Actualidad y Perspectiva*, México, UNAM, 2000, p. 309, citado por Ernesto Rey Cantor, Ángela Rey Anaya, *Medidas Provisionales...*, p. 214

151
Quinto
Quinto
no

43.- En este sentido la intensidad de la violación hace referencia a la magnitud de la amenaza o violación del derecho. Creemos que este supuesto encierra dos nociones, por un lado el valor, la categoría del derecho violado o amenazado y por otro la fuerza impetuosa con que se afecta ese derecho. La frecuencia de la amenaza o violación hace relación a la repetición de estos actos dañosos para el derecho.-

44.- La materia que sube en apelación, es el auto que niega la revocatoria solicitada por el accionado a la medida cautelar. La Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia No. 016-14-SIS-CC, ha manifestado respecto de la medida cautelar, lo siguiente: "... (...) Medidas cautelares: Para desarrollar el análisis que corresponde es necesario precisar que la Constitución de la República, en el artículo 87, establece que se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho. Dicha norma constitucional permite distinguir dos tipos de medidas cautelares, esto es, la medida cautelar que se solicita conjuntamente en un proceso de garantías jurisdiccionales y la medida cautelar autónoma, es decir, aquella que se presenta independiente de la existencia de un proceso, como una autentica garantía jurisdiccional.; La Corte Constitucional, en sentencia No. 034-13-SCN-CC dentro del caso No. 0561-12-CN, esclarece que las medidas cautelares pueden ser activadas cuando ocurran, tanto amenazas como vulneraciones o violaciones de los derechos constitucionales, sin embargo, los efectos en uno u otro caso son distintos. En el primer supuesto, es decir, en caso de que concurran las amenazas, el objeto de la garantía es prevenir una posible vulneración de los derechos, evitando que sucedan los hechos que se consideran atentatorios a derechos constitucionales, ante lo cual cabe la activación de la garantía medidas cautelares autónomas; en tanto que en el segundo supuesto, es decir, en el caso de vulneraciones o violaciones a derechos constitucionales, el objeto es cesar dicha transgresión, ante lo cual cabe la posibilidad de solicitar medidas cautelares, en conjunto con otra garantía de protección de los derechos.; En lo que se refiere a la amenaza, cabe señalar que, en efecto, entre el daño temido y un daño efectivo se presenta la amenaza de que el daño se consume.; Así, una demora aumenta el riesgo de la consumación del daño, por lo que el constituyente ha previsto la posibilidad de presentar solicitudes de medidas cautelares autónomas. Para el caso de la violación de los derechos, la situación es clara desde el momento en que el ejercicio pleno de un derecho constitucional o un derecho humano es impracticable, o cuando el bien jurídico es lesionado, es decir, la persona ha sido ya víctima de una intervención vulneratoria, la acción de medidas cautelares debe ser solicitada conjuntamente con otra garantía jurisdiccional.; El presupuesto de la amenaza, tal como se encuentra prevista en nuestra Constitución en su artículo 87, se refiere a cuando un bien jurídico que, sin ser necesariamente afectado o lesionado, se encuentra en tránsito de sufrir un daño grave y la persona está sujeta a la inmediata probabilidad de que la vulneración suceda. Ello se relaciona también de manera directa con la inminencia del daño y justifica una urgente necesidad de actuación por parte de las juezas y jueces constitucionales que conocen estas medidas, de lo contrario, el daño se consumaría, convirtiendo en inefectiva la medida solicitada. En este caso, lo que procede es la presentación

de una solicitud de medidas cautelares autónomas y su concesión, en caso de que ello fuere pertinente... (...);

45.- Respecto de la procedencia e improcedencia de la medida cautelar, la Corte Constitucional del Ecuador, ha indicado en sentencia No. 052-11-SEP-CC, los siguientes parámetros: Procedencia: Proceden las medidas cautelares cuando: 1) Esté comprometido un derecho constitucional, 2) Inminencia cuando se pretende cesar la amenaza o vulneración de un derecho, 3) Gravedad, evitar daños irreversibles, 4) Hacer cesar la intensidad o frecuencia de la violación. Improcedencia: La Corte Constitucional del Ecuador, acorde con lo previsto en la Norma Suprema, de manera taxativa ha dispuesto que proceden las medidas cautelares constitucionales: 1) Cuándo existan medidas cautelares administrativas y ordinarias, 2) Para la ejecución de órdenes judiciales, 3) Cuando se interponga con la acción extraordinaria de protección, 4) Declarar derechos o meras expectativas, 5) Y reparar derechos o por violación de otros derechos constitucionales;

46.- El artículo 35 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, establece la procedencia de la revocatoria de las medidas cautelares, en el cual se indica: “Art. 35.- Revocatoria. - La revocatoria de las medidas cautelares procederá sólo cuando se haya evitado o interrumpido la violación de derechos, hayan cesado los requisitos previstos en esta ley o se demuestre que no tenían fundamento. En este último caso, la persona o institución contra la que se dictó la medida podrá defenderse y presentar los hechos o argumentos que sustenten la revocatoria de la medida cautelar. Para que proceda la revocatoria, la institución o persona a quien se haya delegado o las partes, deberán informar a la jueza o juez sobre la ejecución de las medidas. Cuando la jueza o juez considere que no procede la revocatoria, deberá determinar las razones mediante auto, que podrá ser apelado en el término de tres días.”.

47.- De la revisión del proceso (fojas 29-36), consta que la jueza de primer nivel, Andrea Michelle Ordoñez Riera, fue sorteada para conocer esta medida cautelar el miércoles 20 de octubre del 2021 a las 10h02, e inmediatamente (a las 16h49) concedió las mismas. Un hecho que llama la atención al tribunal es que la jueza Karly Vargas Alvarado se excusó de conocer esta causa, puntualizando que “son los mismos de la acción de medidas cautelares No. 09333-2021-00996, y por lo tanto ya hay un prejuzgamiento”. Esta situación no encendió ninguna alarma en la jueza Andrea Michelle Ordoñez Riera, a efectos de aplicar el contenido del Art. 36 de la LOGJYCC ya que otra jueza le hizo conocer que ya existía un prejuzgamiento.

48.- Adicional a ello, la Andrea Michelle Ordoñez Riera, para aceptar la excusa a la jueza Karly Vargas Alvarado, transcribe lo que resolvió dentro de la causa No. 09333-2021-00996, por lo que haciendo un comparativo entre lo resuelto por las referidas juezas, se obtiene lo siguiente:

No. 09333-2021-00996	No. 09333-2021-01228
----------------------	----------------------

152
Auto
Quito
2017

Jueza: Karly Vargas Alvarado	Jueza: Andrea Michelle Ordoñez Riera
I. La prohibición de comercializar y exportar las turbinas y equipos retirados arbitrariamente de la planta de la compañía ELECTROQUIL S.A., ubicada en la vía Guayaquil-Salinas	
II. Que las turbinas y equipos retirados sean restituidos, de manera inmediata, a su lugar; esto es, la planta de ELECTROQUIL S.A., ubicada en la vía Guayaquil-Salinas;	1) Se ordena a ELECTROQUIL y PROENERGY SERVICES LLC., la restitución y devolución los equipos:
III. Que se oficie al Servicio Nacional de Aduana del Ecuador SENA, para que disponga la prohibición de exportación de las turbinas y equipos mencionados, de ELECTROQUIL S.A.; y	2) Como medida de prevención, se ordena la prohibición de comercialización y exportación de los equipos:
IV. Que se oficie y se disponga al Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica que verifique y supervise la reubicación y restitución de las turbinas y equipos antes mencionados, en la planta de la compañía ELECTROQUIL S.A., ubicada en la vía Guayaquil-Salinas;	A fin de dar cumplimiento con las medidas cautelares dictadas, se dispone oficiar al Servicio Nacional de Aduana del Ecuador SENA, CONTECON Guayaquil S.A. y al Ministerio de Ambiente Agua y Transición Ecológica.
IV. Las Medidas se mantendrán hasta que exista un Plan de Cierre y Abandono aprobado por el Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica. Acatando lo previsto en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para garantizar el cumplimiento y ejecución de las medidas cautelares se Delega a la Defensoría del Pueblo la supervisión de la ejecución de las medidas cautelares, debiendo oficiarse con copia de la petición inicial y este auto.	

49.- Las medidas cautelares dictadas dentro del proceso No. 09333-2021-00996 por la jueza Karly Vargas Alvarado fueron revocadas por el tribunal de apelación de la Sala Especializada en Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, mediante resolución de fecha 19 de enero del 2022 a las 11h05, disponiendo: “declara con lugar el Recurso de Apelación interpuesto, revoca las medidas cautelares descritas en la sentencia de fecha 19 de agosto del 2021 a las 09h22 dictado por la AB. KARLY JOHANNA VARGAS ALVARADO, Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Samborondón, consecuentemente, deja sin efecto todo trámite que se dispuso y canalizó para cumplir con las medidas cautelares dispuestas. El Tribunal de Sala, considera realizar un llamado de atención a la señora AB. KARLY JOHANNA VARGAS ALVARADO, Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Samborondón, por su inadecuada interpretación de las medidas cautelares que se consagran en el art. 87 de la CRE, en armonía con el art. 26 y siguientes de la LOGJCC, se la conmina a ser más prolija en los análisis de casos de materia constitucional que sean puesto a su conocimiento...”.

50.- La jueza Andrea Michelle Ordoñez Riera, pese a tener el antecedente de la jueza Karly Vargas Alvarado, tampoco convocó a audiencia de revisión de medidas cautelares, lo cual – si bien es verdad no era obligatorio hacerlo, al tenor del Art. 36 de la LOGJYCC -, los antecedentes del caso obligaban a actuar de una manera más prolija.

51.- Negado el pedido de revocatoria, dentro del término establecido en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, se apela tal decisión. Por ello, y amparado en los parámetros determinados para el conocimiento de medidas cautelares considera:

1) Referente a que el derecho comprometido corresponda a un derecho constitucional, efectivamente se está planteando la afectación de un derecho constitucionalmente consagrado en la Constitución, como es el derecho a la tutela efectiva, derecho al debido proceso y derecho a la defensa; derecho a la seguridad jurídica; derecho a desarrollar actividades económicas, derecho a la libertad de contratación y derecho a la propiedad, derecho a un ambiente sano y al derecho de la adaptación de medidas protectoras eficaces y oportunas por

parte del Estado.

2) Respecto a la inminencia cuando se pretende cesar la amenaza o vulneración de un derecho, corresponde a una solicitud realizada por la justiciable en representación de la compañía peticionante;

3) Referente a la gravedad, evitar daños irreversibles, la pretensión conlleva a evitar alguna afectación económica para sí misma; y, con respecto a hacer cesar la intensidad o frecuencia de la violación, es procedente su petición; así mismo, se hace necesario considerar que nuestra Corte Constitucional del Ecuador, acorde con lo previsto en la Norma Suprema, de manera taxativa ha dispuesto que proceden las medidas cautelares constitucionales: 1) Cuando existan medidas cautelares administrativas y ordinarias, 2) Para la ejecución de órdenes judiciales, 3) Cuando se interponga con la acción extraordinaria de protección, 4) Declarar derechos o meras expectativas, 5) Y reparar derechos o por violación de otros derechos constitucionales; así mismo, se hace necesario probar la inexistencia de otro mecanismo para que estas medidas sean activadas en el ámbito constitucional.

52.- Para el caso examinado, el tribunal observa que el peticionante, por sus propios derechos y por los que representa de la Compañía TILTUR S.A., accionista minoritario de la Compañía ELECTROQUIL S.A., cuestiona la venta de equipos, sin especificar si son actos de la Compañía ELECTROQUIL S.A., o de la accionista mayoritaria de la misma [la Compañía ORAZUL ENERGY DEL ECUADOR ORAZUL – LTDA. CIA. LTDA.]. En todo caso, independientemente de aquello, conforme al Art. 207.7 de la Ley de Compañías son derechos fundamentales del accionista, de los cuales no se le puede privar: “7.- Impugnar las resoluciones de la junta general y demás organismos de la compañía en los casos y en la forma establecida en los Arts. 215 y 216”, y conforme lo prevé el Art. 215, los accionistas que representen por lo menos la cuarta parte del capital social podrán impugnar, “los acuerdos de las juntas generales o de los organismos de administración que no se hubieren adoptado de conformidad con la ley o el estatuto social, o que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la compañía”.

53.- Como se observa, la ley prevé el derecho de los accionistas a impugnar las resoluciones de la junta general y demás organismos de la compañía.

54.- En cuanto a una posible vulneración de los derechos de la naturaleza, la petición del peticionante es contradictoria ya que el desmontaje de las turbinas de la planta de ELECTROQUIL por parte del accionista mayoritario (ORAZUL-LTDA. CIA. LTDA.), sin cumplir con un Plan de Cierre y Abandono aprobado por el MAAE, como lo exige la ley ambiental y su reglamento, es lo que podría provocar el daño ambiental, pero el mismo peticionante reconoce que ya fueron desmontados, por lo que bajo su lógica, el daño ambiental ya se produjo y resulta absurdo y contradictorio la pretensión de que los equipos sean restituidos y devueltos a la planta ELECTROQUIL, para que se cumpla con el respectivo Plan de Cierre y Abandono y con la norma ambiental.

153
Cuenta
suavemente
a fines

55.- Bajo esta premisa, la vulneración de los derechos de la naturaleza constituyen un mero enunciado, hasta acomodaticio, para obtener medidas cautelares, cuya pretensión es en definitiva, evitar la venta y exportación de la maquinaria de la Compañía ELECTROQUIL S.A., a la Compañía PROENERGY SERVICES LLC, concluyéndose que estamos ante conflictos entre particulares que no constituyen la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ni amenaza de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho, conforme lo exige el Art. 26 y 27 de la LOGJYCC para que se conceda medidas cautelares.

56.- Las medidas cautelares adoptadas por la jueza de primer nivel son: Se ordene a las compañías Electroquil S.A. y Proenergy S.A., la devolución de los equipos detallados, se ordene la prohibición de comercialización, se oficie al Servicio Nacional de Aduana del Ecuador a efecto que se prohíba exportar los equipos, se requiere oficiar a CONTECOM Guayaquil S.A., la prohibición de exportación de los equipos, se oficie al Ministerio de Ambiente, Agua y Transición Ecológica, a efecto que adopten las medidas necesarias, se oficie a la Defensoría del Pueblo a efecto que vigile la tramitación de la causa y que se mantenga la medida cautelar.

57.- Es decir, mediante una vía cautelar constitucional la jueza de primer nivel se entromete en una relación comercial y frente a un conflicto surgido, que debe ser resuelto ante la justicia ordinaria - ante la cual se pueden solicitar medidas cautelares que considere pertinentes-, dicta medidas que obstaculiza negocios jurídicos; por ello, y demostrándose que a todas luces las medidas cautelares adoptadas por la jueza de primer nivel, respecto de una relación contractual, "no tenían fundamento", acorde al Art. 35 de la LOGJYCC, era procedente su revocatoria cuando fue solicitada, y al no hacerlo, las Compañías ELECTROQUIL S.A. y PROENERGY S.A. estaban legitimada para apelar; por ende, este tribunal de alzada es competente para conocer dicho recurso y resolver el pedido realizado, más aún cuando este pedido de medidas cautelares es un réplica del ya solicitado dentro de la causa No. 09333-2021-00996. Por lo tanto, y como le advirtió la jueza Karly Johanna Vargas Alvarado, ya existía un prejuzgamiento, pero a ello, lo ignoró y concedió nuevamente medidas cautelares, por el mismo hecho violatorio o amenaza a los derechos.

58.- El Art. 23 de la LOGJYCC establece: "Abuso del derecho.- La jueza o juez podrá disponer de sus facultades correctivas y coercitivas, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial, a quien, abusando del derecho, interponga varias acciones en forma simultánea o sucesiva por el mismo acto u omisión, por violación del mismo derecho y en contra de las mismas personas. En los casos en que los peticionarios o las abogadas y abogados presenten solicitudes o peticiones de medidas cautelares de mala fe, desnaturalicen los objetivos de las acciones o medidas o con ánimo de causar daño, responderán civil o penalmente, sin perjuicio de las facultades correctivas otorgadas a las juezas o jueces por el Código Orgánico de la Función Judicial y de las sanciones que puedan imponer las direcciones regionales respectivas del Consejo de la Judicatura".

154
Auto
de fecha 1
ante

III.- DECISIÓN:

Por lo antes expuesto, tomando en consideración la normativa legal pertinente y de la revisión de recaudos procesales, en nuestra calidad de jueces constitucionales, esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, RESUELVE:

59.- Aceptar el recurso de apelación interpuesto por las Compañías ELECTROQUIL S.A. y PROENERGY S.A.

60.- Como consecuencia de ello, se REVOCA el auto dictado el día lunes 24 de enero de 2022 a las 12h10, por la Ab. Andrea Michelle Ordoñez Riera, Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Samborondón; y, en su lugar, se aceptan los argumentos expuestos, y se revocan las medidas cautelares concedidas en auto de fecha 20 de octubre de 2021 a las 16h49, por la Ab. Andrea Michelle Ordoñez Riera, Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Samborondón.

61.- Como consecuencia de revocarse las medidas adoptadas, se niegan las mismas y se ordena el ARCHIVO del expediente.

62.- Ejecutoriada esta decisión, se dispone que la Secretaria Relatora de cumplimiento al 38 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y se remita el proceso al juzgado de origen, para que la jueza de primer nivel proceda a remitir los respectivos oficios a cada una de las entidades a las que haya oficiado, haciéndole conocer lo resuelto.

63.- Se dispone notificar a la Ab. Andrea Michelle Ordoñez Riera, Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente del Cantón Samborondón, en el correo electrónico institucional, para que, en el término de cinco días, presente un informe respecto de sus actuaciones dentro de la causa No. 09333-2021-01228, relacionadas con una presunta manifiesta negligencia y/o error inexcusable. Con o sin respuesta, vuelvan los autos.

64.- Se deja a salvo el derecho de la Compañía ELECTROQUIL S.A., y PROENERGY, para que al tenor del Art. 23 de la LOGJYCC, si consideran pertinente, inicien las acciones de las que se crea asistido.

65.- Se llama severamente la atención a la secretaria de primer nivel Ab. Amanda Sánchez Hidalgo, requiriéndole cumpla con lo determinado en el Reglamento de Procesos y Actuaciones Judiciales respecto a la foliatura y orden del proceso, bajo prevención de oficiar al Departamento de Control Disciplinario en caso de reiterarse esta falta en otro proceso.-

HÁGASE SABER:

1. ^ Fojas 13-21

2. ^ a) Turbina LM6000, número ESN 185-207, de 1998; b) Turbina LM6000, número ESN 185-122, de 1996; c) Turbina LM6000, número ESN 185-205, de 1997; d) Turbina

LM6000, número ESN 191-758, DE 1997; e) Generador serie 61971A- 1G, Brush Generator, modelo BDAX7-290ESSJ; f) Generador serie 62068ª-1G, Brush Generator, modelo BDAX7-290ESSJ; g) Generador serie 61857A- 1G, Brush Generator, modelo BDAX7-290ESSJ; h) Generador serie 61826ª-1G, Brush Generator, modelo BDAX7-290ESSJ; i) Intel Volute GT01. Serie 021 y sus accesorios; j) Intel Volute GT02, serie 048 y sus accesorios; k) Intel Volute GT03, serie 012 y sus accesorios; l) Intel Volute GT04, serie 051 y sus accesorios.

3. ^ Fojas 227-231
4. ^ Fojas 235
5. ^ Fojas 350-357
6. ^ Fojas 358-359
7. ^ Fojas 360-370
8. ^ Fojas 391

TANDAZO ORTEGA JOHANNA ALEXANDRA

JUEZ(PONENTE)

ROMERO GALARZA AMADO JOSELITO

JUEZ

MENDOZA SOLORZANO ADRIANA LIDIA

JUEZ

FUNCIÓN JUDICIAL

DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
ADRIANA
ALEXANDRA
TANDAZO ORTEGA
C = EC
L = GUAYAQUIL
CI
0902562067

FUNCIÓN JUDICIAL

DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
ADRIANA LIDIA
MENDOZA
SOLORZANO
C = EC
L = GUAYAQUIL
CI
0908761802

FUNCIÓN JUDICIAL

DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
AMADO
JOSELITO
ROMERO GALARZA
C = EC
L = GUAYAQUIL
CI
0702162017

FUNCIÓN JUDICIAL



181721973-DFE

*VSS
cuenta
quero*

En Guayaquil, viernes veinte y dos de julio del dos mil veinte y dos, a partir de las dieciséis horas y cuarenta minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA que antecede a: AROSEMENA ROBLES FRANCISCO SIMON en el correo electrónico ecarmi@cplaw.ec, crios@aduana.gob.ec, sarosemena@aduana.gob.ec, info@cgsa.com.ec, ec.sac@contecon.com.ec, gustavo.manrique@ambiente.gob.ec, isabel.tamariz@ambiente.gob.ec, micaza@dpe.gob.ec. CESAR SUAREZ PILAY en el correo electrónico suarezpc@fiscalia.gob.ec, rivadeneiram@fiscalia.gob.ec, alvarez@fiscalia.gob.ec. ELECTROQUIL S.A. en el correo electrónico farosemena@orazul.com, hperez@coronelyperez.com, agaibor@coronelyperez.com, ccoronel@coronelyperez.com, jalava@coronelyperez.com, vrodriguez@coronelyperez.com, malvarado@coronelyperez.com. ELECTROQUIL S.A. en el casillero electrónico No.0904793684 correo electrónico hperez@coronelyperez.com, freyes@coronelyperez.com, vrodriguez@coronelyperez.com. del Dr./Ab. PEREZ LOOSE HERNAN SANTIAGO; JORGE LUIS FALCONI MANCHENO en el correo electrónico 3198.direccion.general@aduana.gob.ec, jfalconi@aduana.gob.ec, andrea.ordonez@funcionjudicial.com.ec. PRONERGY en el casillero electrónico No.0915877427 correo electrónico rcarmi@cplaw.ec, dcaicedo@cplaw.ec. del Dr./Ab. ROBERTO ANDRES CARMIGNIANI VALENCIA; STAGG PEÑA RICARDO ANDRES en el correo electrónico ricardostagpp@gmail.com. TILTUR S.A. en el correo electrónico ricardostagpp@gmail.com, gustavopareja.criminallaw@gmail.com, estudiojuridicopareja@gmail.com, spareja@parejastagg.com. Certifico:

MARTINEZ FABRE MAGALI PATRICIA

SECRETARIO