

Juicio No. 07333-2022-01744

UNIDAD JUDICIAL CIVIL CON SEDE EN EL CANTÓN MACHALA. Machala,
viernes 8 de julio del 2022, a las 17h01.

VISTOS.- Dentro de la Causa Nro. 07333-2022-01744, que en materia Constitucional, corresponde a esta Juzgadora emitir por escrito la sentencia dictada de forma oral en la referida diligencia, tomando en cuenta lo dispuesto en el Art. 17 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

1.- MENCIÓN DE LA O DEL JUZGADOR QUE LA PRONUNCIA:

Dra. Jessica Victoria Sánchez Poma, Jueza Titular de la Unidad Judicial Civil con sede en Machala, designada por el Pleno del Consejo de la Judicatura, mediante Resolución Nro.213-2013, del 27 de Diciembre del 2013, Acción de Personal No. 2236-DP07-2016-CA, de fecha 01 de Noviembre del 2016; y para el presente caso Jueza Constitucional;

2.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES:

I.- PARTE ACCIONANTE: Señor **BERNARDO WILFRIDO ROBALINO ARCE**, en calidad de Procurador Común, con Domicilio en el Cantón Machala, Provincia de El Oro; y,
II.- PARTE ACCIONADA: **GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN MACHALA;**

3.- ENUNCIACIÓN BREVE DE LOS HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA ACCIÓN Y DEFENSA DE LA PARTE ACCIONADA:

De fs. 1846 a 1855, de los autos comparece el señor **BERNARDO WILFRIDO ROBALINO ARCE**, en calidad de Procurador Común, y deduce la Garantía Constitucional de Medidas Cautelares, en contra del **GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN MACHALA**, y manifestó que: "...Durante varias décadas los accionantes han venido ocupando los locales del mercado central del cantón Machala y a la presente fecha se indica que es de propiedad del GAD Municipal del cantón Machala. La última transferencia de dominio es la que le da la propiedad al Municipio de Machala, en el año 2017, y en virtud de la competencia que tiene de administrar los centros comerciales y mercados proceda a regularizar cada una de las ocupaciones de los distintos locales, primero con convenios de ocupación y posteriormente con contratos de arrendamiento, pero resulta que se realiza una nueva donación de la empresa pública de centros comerciales al GAD Municipal de Machala. Estas donaciones han violentado una serie de procedimientos legales que podrían dejar sin valor las escrituras públicas, situación que debería discutirse en otro campo y no en este, debiendo tomarse en cuenta que a más de la entrega de obra que hace el Ing. Efrén Farías, existen más de cincuenta locales que están alrededor del mercado, no en el interior, de los cuales existen escrituras públicas de entrega de obra que les hacen a cada uno

de los propietarios de esas construcciones que datan del año 1993, a quienes se les ha dirigido las peticiones de desahucio a fin de desalojarlos o realizar el lanzamiento de dichos locales que construyeron ellos con mucho esfuerzo y sacrificio. Entre los documentos que constan en las actas de notificación notarial existe el acta de sesión de Directorio de la empresa Municipal de Centros Comerciales y Camal del 30 de agosto del 2021, y en el punto 1, textualmente se dice que es necesario la enajenación del referido bien raíz según solicitud a favor del Municipio de Machala, acotando además que se conoce que la actual edificación del mercado central había sobrepasado la vida útil, siendo un mercado muy antiguo que había cumplido en demasía su función, el mismo que por ser antiguo podría poner en riesgo la seguridad de sus ocupantes. Es necesario destacar que con el supuesto de la vetustez no existe un estudio, no existe una certificación, por eso es que afirmamos que esa donación se ha hecho violentando procedimientos legales y sobre falsedades. Por otro lado, la pretensión del GAD Municipal de desalojar, o sacar a todos los que ocupan el Mercado Central, inclusive los que están en los cuarenta y cinco locales que están alrededor del mercado. Para ello no se cuenta con un plan de contingencia para efectos de hacer esa movilización, además lo dice el GAD Municipal que es para construir una plaza gastronómica, pero resulta que en el plan anual de contratación pública no existe un estudio, no existe una planificación de obra alguna, no existe el financiamiento. Entonces cual es la finalidad de GAD Municipal de desalojar a estas personas de sus locales si no tienen dentro del plan anual de contratación un presupuesto. (...) Pretendiendo que se Disponga la suspensión de los efectos legales de la notificación del desahucio que la realiza a los comparecientes por parte del señor Alcalde del cantón Machala y el Procurador Síndico Municipal, con el fin de evitar una afectación a la tutela efectiva...”. Admitida a trámite la presente Acción, a fs. 1858, se ordenó citar a los señores de la **GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN MACHALA** y al señor **PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO EN LA PERSONA DEL DELEGADO REGIONAL**, diligencias que se cumplen conforme de fs. 1859, de los autos.- Se convoca a las partes a la Audiencia Pública, el día **30 de junio del 2022 a las 10h10 en la sala de audiencia No.16**, del Edificio de la H. Corte Provincial de Justicia de El Oro-Machala, y estando en el día y hora señalados, y, en base a este requerimiento constitucional, de conformidad con el Art. 7 inciso primero, Arts. 8, 27, 31 y 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJ y CC) la suscrita jueza realiza el siguiente análisis, y en lo principal se considera:

PRIMERO: COMPETENCIA.-

La suscrita jueza es competente para sustanciar la presente controversia constitucional en atención a que el accionante manifiesta tener su domicilio circunscrito en el cantón Machala, Provincia de El Oro, lugar donde esta autoridad posee competencia territorial para el ejercicio de la jurisdicción constitucional y en aplicación de lo dispuesto en el Art. 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “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. (...) La jueza o juez que deba conocer las acciones previstas en este

título no podrá inhibirse, sin perjuicio de la excusa a que hubiere lugar”;

SEGUNDO: SOLEMNIDADES.-

No habiéndose omitido ninguna de las solemnidades sustanciales inherentes a la naturaleza de la presente causa, se declara la validez del proceso, en virtud de lo que establecen los Art. 8, y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional;

TERCERO: MEDIDAS CAUTELARES.-

En el artículo 10 de la Constitución de la República del Ecuador se establece que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.- El numeral 1 del artículo 86 ibídem señala que "Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución", adicionalmente, en el artículo 87 de nuestra Carta Fundamental se 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".- En el segundo inciso del artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho.- Por su parte, el artículo 26 ibídem, establece que: "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 pretenda 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. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad".- Las medidas cautelares tienen un carácter esencialmente preventivo, a fin de que protejan efectivamente derechos fundamentales. Tiene como objetivo proteger de manera directa los derechos constitucionales, ya sea evitando o haciendo cesar la violación o amenaza de violación de un derecho, pudiendo ser estas solicitadas de manera conjunta o independiente a las acciones constitucionales de protección de derechos; así lo determina tanto el Art. 87 de la Constitución de la República, como el Art. 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Lo anterior ratifica el artículo 6 de la LOGJ y CC, es decir que las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de derechos humanos; y la Constitución de la República faculta a cualquier persona que solicite estas medidas cautelares para evitar la vulneración de sus derechos. Antes de la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador no existía en el Ecuador la tutela cautelar como garantía jurisdiccional propiamente establecida, ya que

el Amparo Constitucional se ejercitaba una vez que el daño se encontraba ya consumado, convirtiéndose la presente garantía en una verdadera tutela satisfactoria y preventiva que impide que la amenaza al derecho constitucional continúe o cesen las violaciones que aún no han terminado de consumarse en el marco de los derechos reconocidos y positivados en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales que se encuentran vigentes en nuestro sistema jurídico al formar parte del denominado bloque de constitucionalidad;

CUARTO: INTERVENCIONES DE LAS PARTES EN AUDIENCIA.-

En la presente causa se escucharon a las partes procesales: **4.1.- El Accionante.-** Quien a través de su defensor Técnico, indicó lo siguiente: Esta acción constitucional de medida cautelar es con el objetivo de evitar un daño que se va a provocar a cerca de doscientos treinta familias que ocupan los locales del mercado central de Machala, a pesar de que los que han presentado la medida son ciento treinta y nueve familias. Durante varias décadas los accionantes han venido ocupando los locales del mercado central del cantón Machala y a la presente fecha se indica que es de propiedad del GAD Municipal del cantón Machala. La última transferencia de dominio es la que le da la propiedad al Municipio de Machala, en el año 2017, y en virtud de la competencia que tiene de administrar los centros comerciales y mercados proceda a regularizar cada una de las ocupaciones de los distintos locales, primero con convenios de ocupación y posteriormente con contratos de arrendamiento, pero resulta que se realiza una nueva donación de la empresa pública de centros comerciales al GAD Municipal de Machala. Estas donaciones han violentado una serie de procedimientos legales que podrían dejar sin valor las escrituras públicas, situación que debería discutirse en otro campo y no en este, debiendo tomarse en cuenta que a más de la entrega de obra que hace el Ing. Efrén Farías, existen más de cincuenta locales que están alrededor del mercado, no en el interior, de los cuales existen escrituras públicas de entrega de obra que les hacen a cada uno de los propietarios de esas construcciones que datan del año 1993, a quienes se les ha dirigido las peticiones de desahucio a fin de desalojarlos o realizar el lanzamiento de dichos locales que construyeron ellos con mucho esfuerzo y sacrificio. Entre los documentos que constan en las actas de notificación notarial existe el acta de sesión de Directorio de la empresa Municipal de Centros Comerciales y Camal del 30 de agosto del 2021, y en el punto 1, textualmente se dice que es necesario la enajenación del referido bien raíz según solicitud a favor del Municipio de Machala, acotando además que se conoce que la actual edificación del mercado central había sobrepasado la vida útil, siendo un mercado muy antiguo que había cumplido en demasía su función, el mismo que por ser antiguo podría poner en riesgo la seguridad de sus ocupantes. Es necesario destacar que con el supuesto de la vetustez no existe un estudio, no existe una certificación, por eso es que afirmamos que esa donación se ha hecho violentando procedimientos legales y sobre falsedades. Por otro lado, la pretensión del GAD Municipal de desalojar, o sacar a todos los que ocupan el Mercado Central, inclusive los que están en los cuarenta y cinco locales que están alrededor del mercado. Para ello no se cuenta con un plan de contingencia para efectos de hacer esa movilización, además lo dice el GAD Municipal que es para construir una plaza gastronómica, pero resulta que en el plan anual de contratación

pública no existe un estudio, no existe una planificación de obra alguna, no existe el financiamiento. Entonces cual es la finalidad de GAD Municipal de desalojar a estas personas de sus locales si no tienen dentro del plan anual de contratación un presupuesto. Otra cuestión muy importante señora jueza es que los desahucios están basados en supuestos contratos de arrendamiento que han sido suscritos entre los comparecientes y la Empresa pública Municipal. Una cuestión que es importante se hizo una petición a efecto de que la empresa Municipal nos certifique de que si el peticionario tuvo contrato de permiso de funcionamiento con el Municipio o no y la referida institución pública señala que no tuvo registrado contrato alguno con esta empresa, comerciante que ha iniciado su actividad en la pasada administración del señor Carlos Falquéz, por lo que no es posible entregar copia certificada del contrato de arrendamiento, eso nos demuestra que no ha existido contrato de arrendamiento con las gran mayoría, sin embargo debo indicar que algunos si lo han hecho. La petición de la medida cautelar cumple con los presupuestos que establece que son: los hechos creíbles, la inminencia de la gravedad o derechos amenazados o que son vulnerados. Con la documentación estamos demostrando que los hechos son creíbles; la inminencia de la gravedad es que luego de esta petición de desahucio se han presentado demandas con la finalidad de lanzar a los comerciantes de sus locales, no solamente a los que están dentro de la estructura, sino los locales que están en los exteriores del mercado, que son de propiedad individual de cada uno de los 45 comerciantes que están ubicados allí desde el año 1993, donde construyeron aquello, sin que se les haya dado un tratamiento especial, para que el Municipio responda por las inversiones que ellos realizaron allí. La petición va dirigida a efectos de que se deje sin efecto la notificación del desahucio que la realiza el señor Alcalde del cantón Machala y el Procurador Síndico Municipal, con el fin de evitar una afectación a la tutela efectiva; **4.2.- Los Accionados.-** Se ha mencionado de una acción de despojar, así se lo ha dicho en la demanda y así se lo ha ratificado en esta audiencia. El despojo por parte del GAD Municipal de Machala de los locales que se encuentran debidamente arrendados a la parte accionante, es justamente los antecedentes que se encuentran en la demanda de medida cautelar. La Empresa de Mercados tenía un bien inmueble que es donde se encuentra ubicado el mercado central, esa empresa a través de su directorio decide donar, y es una figura reconocida en el COOTAG y la demás normativa al GAD Municipal de Machala, por lo que el GAD Municipal de Machala decide aplicar el Art. 31 de la Ley de Inquilinato, a fin de notificar el desahucio por la causa prevista en la ley antes invocada, esto es, por el traspaso del dueño. Recordar que esta figura se aplica en base en que tienen que personas distintas, y efectivamente la Empresa de Mercados y el GAD Municipal de Machala son personas jurídicas de derecho público distintas, eso es lo que el GAD Municipal ha realizado. No es el GAD Municipal una vez notificado el desahucio que va a lanzar o a despojar de su posesión a la parte hoy accionante por si sola, no, lo está realizando a través del procedimiento respectivo que es ante el Juez de lo civil en procedimiento sumario, conforme lo establece el COGEP, y conforme lo establece la misma Ley de Inquilinato, cuando se habla de controversias entre las dos partes arrendador y arrendatario en su Art.42 de la Ley de Inquilinato, a fin de que el Juez una vez conocida las alegaciones de las partes y las pruebas, decida lo que en derecho corresponde. Las medidas cautelares de forma independiente son planteadas antes de que

suceda la vulneración de derechos constitucionales, eso lo ha recogido la Corte Constitucional en recientes sentencias, en donde se indica que para que proceda la medida cautelar debe existir dos momentos: 1) Cerca de producirse (es la amenaza); y, 2) Se esté produciendo la violación. En el primer de los momentos se da antes de la violación; y, en el segundo momento durante la violación de derechos constitucionales. La violación de los derechos no se ha consumado en el primer momento; y, solo cabría interponer medidas cautelares si se está produciendo la violación de derechos que causen un daño, entonces procede la garantía constitucional de conocimiento que corresponda, por ejemplo la acción de protección, porque evidentemente ya estamos juzgando el fondo del asunto, es decir la trasgresión a esos derechos constitucionales o el núcleo del derecho constitucional, entonces si ya se ha generado estas notificaciones por desahucio conforme lo permite la ley, en que momento estamos ¿en la consumación o antes de que se consuma?, evidentemente estamos ya, según lo dice la parte accionante en la consumación, por lo tanto no cabría interponer medidas cautelares autónomas, sino una acción de protección conjuntamente con medidas cautelares, porque evidentemente este debate se centra ya en si esas pruebas y el desahucio generado por el GAD Municipal del cantón Machala trastoca derechos constitucionales. Se ha referido en la petición de medidas cautelares el anexo de la sentencia constitucional como un efecto vinculante. Señora Jueza queda a vuestro criterio juzgar si una admisión o una inadmisión de una acción extraordinaria de protección es una medida de la sentencia de la Corte Constitucional con efecto vinculante. El GAD Municipal de Machala mantiene la posición en lo absoluto en que la admisión o inadmisión de una Acción Extraordinaria de Protección genera efectos vinculantes, porque evidentemente no trata el fondo del asunto, ya que solo trata de los puntos que se establecen en la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que dice procede o no para conocimiento del trámite respectivo de la Corte Constitucional. Se ha mencionado que los accionantes y eso no lo discutimos han tenido una posesión durante décadas de esos locales comerciales y que por lo tanto en base al derecho de la propiedad este desahucio no se debe plantear, en donde se le solicita a usted reconozca un derecho de posesión previsto y derivado del derecho a la propiedad y evidentemente eso no es si siquiera dable o procedente en las Acciones de Protección, porque las causales establecidas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no permite crear derechos por parte de los Jueces Constitucionales. Se ha mencionado cuestiones contractuales que es el fondo respecto a contratos de arrendamiento, señora Jueza los Jueces Constitucionales no son los encargados de dirimir las cláusulas o el apego de la legalidad de las cláusulas contractuales en materia de arrendamiento o no, eso se da como lo hemos dicho el Juez Civil competente que conozca las acciones o proponga el GAD Municipal de Machala, que como repito por si solo no puede sacar a ningún ciudadano, lo hará a través de las normas y el respeto irrestricto a los derechos constitucionales que así lo disponga o no el Juez que conozca la causa. Se ha cuestionado un acta de sesión emitida por el Directorio de la Empresa Pública de Mercado que es una empresa con autonomía financiera y administrativa que puede expedir o sugerir la creación de ordenanzas para regularse a sí misma y está regulada por un acto normativo. Si se cuestiona el acta de sesión emitida por el Directorio de la Empresa Pública de Mercado, esta debería estar presente en esta audiencia a

fin de que presente las alegaciones que corresponda, porque no es el GAD Municipal de Machala quien emite esa acta de Directorio, ni tampoco sesiona a través del alcalde, sino que lo hace el presidente del Directorio. Se le ha planteado a usted señora Juez el escenario de revisar si la causal del Art.31 de la Ley de Inquilinato es efectivamente una causal de la terminación del contrato de arrendamiento, eso tampoco es posible bajo una medida cautelar porque ni siquiera lo expide el GAD Municipal de Machala, el acta de sesión y las acciones previas del directorio lo expide la Empresas Pública de Mercado, ponerle a usted a revisar cuestiones de legalidad es una situación que desnaturaliza una vez más las medidas cautelares. Se habla de lanzamientos y desahucios, pero eso será resuelto por el Juez que conozca los lanzamientos que ha planteado el GAD Municipal, y evidentemente la misma ley de Inquilinato establece que existen formas de contrato el verbal y el escrito en su Art.27. Lo que se le pide a usted realmente es que el GAD Municipal de Machala no aplique el Art.31 de la Ley de Inquilinato y el 42, y lo que se solicita es que suspenda el desahucio, y así lo ha dicho la Corte Constitucional ante el abuso de las medidas cautelares en sentencia 11014-CC, ¿en las acciones de medidas cautelares se puede suspender una disposición jurídica sus efectos?, la respuesta es no se puede, en el caso que el Juez lo hiciera incurriría en una abrogación de funciones por carecer de competencia y vulneraría derechos constitucionales, la posibilidad de suspender una disposición jurídica y por consiguiente los efectos de su vigencia es atribución privativa de la Corte Constitucional dentro del control de constitucionalidad, eso es realmente el fondo de lo que se pide. Por todo lo expuesto solicitamos se rechace esta medida cautelar por cuanto hemos sido claros respecto a la naturaleza de esta medida cautelar.; y, **4.3.-** Delegado del Procurador General del Estado.- Pese a estar debidamente notificado, los representantes de la Procuraduría General del Estado, no han asistido a esta audiencia;

QUINTO: ANÁLISIS DE LA PRESENTE MEDIDA CAUTELAR.-

Escuchas las partes procesales dentro de la presente diligencia, y respecto de la petición de medida cautelar que se solicita el señor **BERNARDO WILFRIDO ROBALINO ARCE**, en calidad de Procurador Común, se debe realizar el siguiente análisis: **5.1.- ANTECEDENTE.-**
5.1.1.- Manifiestan que durante varias décadas los accionantes han venido ocupando los locales del mercado central del cantón Machala y a la presente fecha se indica que es de propiedad del GAD Municipal del cantón Machala. La última transferencia de dominio es la que le da la propiedad al Municipio de Machala, en el año 2017, y en virtud de la competencia que tiene de administrar los centros comerciales y mercados proceda a regularizar cada una de las ocupaciones de los distintos locales, primero con convenios de ocupación y posteriormente con contratos de arrendamiento, pero resulta que se realiza una nueva donación de la empresa pública de centros comerciales al GAD Municipal de Machala. Estas donaciones han violentado una serie de procedimientos legales que podrían dejar sin valor las escrituras públicas, situación que debería discutirse en otro campo y no en este, debiendo tomarse en cuenta que a más de la entrega de obra que hace el Ing. Efrén Farías, existen más de cincuenta locales que están alrededor del mercado, no en el interior, de los cuales existen escrituras públicas de entrega de obra que les hacen a cada uno de los propietarios de esas

construcciones que datan del año 1993, a quienes se les ha dirigido las peticiones de desahucio a fin de desalojarlos o realizar el lanzamiento de dichos locales que construyeron ellos con mucho esfuerzo y sacrificio. Entre los documentos que constan en las actas de notificación notarial existe el acta de sesión de Directorio de la empresa Municipal de Centros Comerciales y Camal, del 30 de agosto del 2021; **5.1.2.-** Con este antecedente pretenden la suspensión de los efectos legales de la Notificación del Desahucio que la realiza a los comparecientes por parte del señor Alcalde del cantón Machala y el Procurador Síndico Municipal, con el fin de evitar una afectación a la tutela efectiva; **5.1.3.-** Se puede advertir de la documentación adjuntada a y producida por el GAD-Machala, que a los señores Maria Alejandrina Crespo Morocho; Maria Elena Bernal Crespo; Yuri Gabriela Mendieta Moreno; Cruz Zacarías Cabrera Martínez, entre otros accionante se les ha iniciado procesos en el justicia ordinaria, específicamente proceso sumario; **5.1.4.-** Las medidas cautelares son una garantía constitucional como las demás garantías jurisdiccionales de tipo constitucional no son admisibles a otros procesos de justicia ordinaria no podrían ser utilizadas para generar intromisiones ilegítimas dentro de los mecanismos ordinarios que tienen por objeto y procedimientos distintos donde también se tutelan derechos, pero a partir del control de legalidad, así la sentencia 0314 de fecha 9 de enero del 2014, sentencia 1613 del 16 de mayo del 2013, no se puede emitir un pronunciamiento cuyo análisis se encuentra pendiente en la justicia ordinaria, al hacer esto sería una intromisión de la autoridad constitucional en la justicia ordinaria donde los hoy accionantes tienen herramientas suficientes para hacer valer sus derechos conforme ya se ha establecido y que de acuerdo a la legislación ordinaria así se establece; **5.2.- PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.-** Tenemos: **5.2.1.-** Es importante para la fundamentación de este fallo mencionar que el artículo 28 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional precisa que “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 una acción por violación de derechos”.- Analizando la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana en esta materia encontramos la sentencia de jurisprudencia vinculante No. 001-10-PJO-CC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 351 del día 29 de diciembre del 2010 (caso No. 0999-09-JP), en la que se establece entre otras cosas lo siguiente: “(...)la medida cautelar cumple la función de suspender provisionalmente el acto presuntamente violatorio de derechos constitucionales, hasta que vía sentencia, se declare o no dicha vulneración. En otras palabras, la medida cautelar puede ser adoptada en primera providencia, cuando a criterio del juez existan presunciones de una posible vulneración de derechos constitucionales que no puedan esperar a la sentencia, pero aquello no implica un pronunciamiento de fondo y, por tanto, no puede generar un efecto propio de una garantía de conocimiento” por lo expuesto se visualiza claramente que no se persigue la reparación de un derecho ni la declaración de su vulneración porque para ello existen otras vías como la acción de protección, las medidas cautelares constitucionales son medidas preventivas y urgentes al mismo tiempo, las cuales de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y

grave con violar un derecho o viole un derecho; y de conformidad con lo establecido en el artículo 29 *ibídem* “Las medidas cautelares deberán ser ordenadas de manera inmediata y urgente. La jueza o juez deberá ordenarlas en el tiempo más breve posible desde que recibió la petición”.- La Corte Constitucional en la sentencia No. 034-13-SCN-CC, dictada en el caso No. 0561-12-CN señaló que: ““Las medidas cautelares pueden ser activadas cuando ocurren 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 que concurren las amenazas, el objeto es prevenir una posible vulneración de los derechos, evitando que sucedan los hechos que se consideran atentatorios a derechos; en tanto que en el segundo supuesto, es decir en el caso de vulneraciones o violaciones a derechos constitucionales, el objeto es cesar dicha trasgresión”.- En la sentencia No. 110-14-SEP-CC publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 304 del día 05 de agosto del 2014 (caso No. 1733-11-EP) sobre las medidas cautelares constitucionales se establece lo siguiente: “...el ordenamiento jurídico distingue dos tipos de medidas cautelares, por un lado la medida cautelar autónoma que es de donde proviene la decisión judicial impugnada y por otro lado, la medida cautelar conjunta dictada dentro de las acciones constitucionales. Las medidas cautelares autónomas, tienen el carácter de urgentes e inmediatas, en tanto se busca la prevención y cese de la consumación o subsistencia de la vulneración de un derecho. Mientras que las medidas cautelares conjuntas, al proceder dentro del conocimiento de una garantía, desempeñan su función una vez que ya se ha lesionado el derecho constitucional, bajo el supuesto de que dicha lesión y sus efectos se sigan efectuando. En este sentido, la acción de medidas cautelares autónomas tiene diferentes alcances que las medidas cautelares dictadas de forma conjunta con las acciones constitucionales. La acción de medidas cautelares autónomas tiene por objeto detener, cesar o evitar la consumación de la vulneración de un derecho constitucional. Así, mediante esta acción se garantiza la protección de derechos constitucionales en dos momentos, a saber: antes y durante la vulneración. i) Antes, cuando exista una amenaza de violación de derechos, la medida cautelar deberá ser encaminada a evitar que dicha amenaza se constituya en una trasgresión futura del derecho. ii) Durante, cuando la vulneración de derechos se esté efectuando, la medida cautelar deberá cesar dicha vulneración. Siendo así, este mecanismo constitucional no implica ni constituye un pronunciamiento de fondo acerca de la vulneración del derecho, puesto que su objetivo más bien se encuentra encaminado a precautar el efectivo goce de los derechos constitucionales...”.- En la sentencia No. 026-13-SCN-CC en el caso No. 0187-12-CN la Corte Constitucional determinó lo siguiente: “...Las medidas cautelares por lo tanto, tienen como características principales el ser provisionales, instrumentales, urgentes, necesarias e inmediatas. Provisionales, en el sentido de que tendrán vigencia el tiempo de duración de la posible vulneración; instrumentales, por cuanto establecen acciones tendientes a evitar o cesar una vulneración; urgentes, en razón de que la gravedad o inminencia de un hecho requiere la adopción inmediata de una medida que disminuya o elimine sus efectos; necesarias, ya que las medidas cautelares que se apliquen a un caso concreto deberán ser adecuadas con la violación; e inmediatas, porque la jueza o juez deberá ordenarlas en el tiempo más breve posible desde que se recibió la petición...”.- Los operadores de justicia para conceder medidas cautelares se

encuentran en la obligación de observar los límites que la propia normativa ha determinado. Así, el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que: “Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho”. Sin embargo, la misma disposición determina que éstas no procederán “cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección”. Por su parte, el artículo 37 ibídem establece que: “No se podrá interponer una medida cautelar contra otra medida cautelar por el mismo hecho violatorio o amenaza de derechos”; por lo que esta acción se encuentra encaminada a salvaguardar, garantizar y tutelar el máximo respeto a los derechos constitucionales en contra de acciones u omisiones que puedan vulnerarlos; **5.2.1.-** La Corte Constitucional, en ejercicio de las competencias previstas en el Art. 436, numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador, y Art. 2 número 3 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que emitió una sentencia de jurisprudencia vinculante como es la sentencia No. 034-13-SCN.CC, Caso No. 561-12-CN, que refiere a la procedencia de la Medidas Cautelares, así tenemos que en la parte Resolutiva se establecen las siguientes Reglas: 1.- Carácter de Provisionales, esto es, mientras subsista la amenaza o concluya la acción constitucional si fueron presentadas en conjunto; 2.- Se conceden en caso de amenaza o violación, con diferencia en el Objeto, debiendo entender que en el caso de amenaza el objeto es prevenir un daño –autónoma-; y, en el caso de la violación de un Derecho el objeto es cesar dicha falta; 3.- Verificación de los presupuestos del Art. 27 y 33 de la LOGCCC, 4.- Se deberá aplicar el Principio de Proporcionalidad conforme el Art. 3.2 de la LOGCCC; 5.- Inexistencia de medidas cautelares en vías administrativa y ordinaria y la prohibición de presentarlas la ejecución de órdenes judiciales, donde se analizará: 5.1.- Peligro en el demora; y, 5.2.- Verosimilitud fundada de la pretensión; entre otras de ejecución.- En este sentido la Corte Constitucional establece los presupuestos para la concesión de las medidas cautelares como es: “1.- Peligro en la demora; y 2.- Verosimilitud fundada de la pretensión”.- Por consiguiente, las medidas cautelares de índole constitucional proceden cuando la jueza o juez tiene conocimiento de un hecho que amenaza de modo inminente y grave con violar un derecho o viola un derecho en relación con el presupuesto de peligro ya invocado.- Y que la gravedad puede ser irreversible o por la intensidad o frecuencia de la violación, es así como la Corte Constitucional califica la gravedad como: “..la gravedad hace alusión entonces a un peligro o daño real que puede sufrir o sufre una persona que puede ser o es víctima de una violación o un derecho reconocido en la Constitución”, entonces es necesario que el daño sea grave para conceder la medida cautelar; 6.- En el caso de medidas cautelares en conjunto, de considerarlo procedente se declararán en la providencia que declare la admisibilidad de la acción de conocimiento; 7.- En las medidas cautelares autónomas de ser procedente, deben ser ordenadas en primera providencia; y, 8.- Finalmente el juez tiene la obligación de garantizar el cumplimiento y ejecución de las medidas cautelares; y, **5.3.- ANÁLISIS DEL CASO PROPUESTO.-** Se debe mencionar: **5.3.1.-** Es necesario realizar el siguiente análisis para poder determinar la procedencia o no de la medida cautelar autónoma solicitada en éste caso;

y, para aquello es necesario ubicarnos en el contexto constitucional que ampara tal petición, al respecto el artículo 87 de la Constitución de la República, manifiesta 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”, disposición que guarda relación con el artículo 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, (LOGJYC) en el que se indica que la petición de medidas cautelares 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. La Corte Constitucional ha señalado que: “El presupuesto de la amenaza, tal como se encuentra prevista en nuestra Constitución en el Art. 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 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” [Sentencia No. 034-13-SCN-CC]. En esta misma línea, la Corte Constitucional ha establecido los presupuestos para la concesión de las medidas cautelares, al determinarse en la sentencia No. 034-13-SCN-CC lo siguiente:” Conforme lo ha desarrollado la propia doctrina y lo entiende la Corte Constitucional, los presupuestos de concesión de las medidas cautelares en materia constitucional son los siguientes: i. Peligro en la demora; y, ii. Verosimilitud fundada de la pretensión. i. En lo que respecta al peligro en la demora, este presupuesto resulta relevante por cuanto la generalidad de los procesos conlleva un tiempo considerable que no puede ser tolerado bajo ningún supuesto, cuando de por medio se encuentran derechos constitucionales en juego, no obstante, este peligro en la demora, como se lo ha denominado, tampoco puede ser un criterio arbitrario o una evaluación abstracta; ella se desprende del caso en concreto atendiendo las especiales circunstancias del mismo que justifiquen una acción urgente, que tenga por objeto cesar la amenaza, evitar o cesar la violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos (artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional). Conforme nuestro ordenamiento jurídico, las medidas cautelares de índole constitucional proceden cuando la jueza o el juez tienen conocimiento de un hecho que amenaza de modo inminente y grave con violar un derecho o viola un derecho (artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional). Así, en relación con el presupuesto del peligro en la demora, no basta o no es suficiente un simple temor, sino la inminencia de que el daño se producirá conculcando los derechos, de ahí que la jueza o el juez deberá ordenar las medidas que considere necesarias en el tiempo más breve posible, de forma inmediata y urgente desde que se recibió la petición de medida cautelar, de ser procedente en el caso concreto (artículo 29 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Este es uno de los fundamentos de las medidas cautelares, lo que hace imposible, entonces, que tenga que acudir a un proceso ordinario y formalista. La gravedad,

por su lado, según lo determina la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, prevista en el artículo 27 segundo inciso, se verifica cuando el daño que se provoca o que está por provocarse puede ser irreversible o por la intensidad o frecuencia de la violación. En esta línea, la gravedad hace alusión entonces a un peligro o daño real que puede sufrir o sufre una persona que puede ser o es víctima de una violación a un derecho reconocido en la Constitución. Conforme con lo señalado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es necesario que el daño sea grave para conceder la medida cautelar. Para dicha calificación, el juez deberá establecer que este resulte irreversible, o de que su intensidad o frecuencia ameriten la emisión de las medidas. Se deberá verificar, entonces, que el daño que se registre recaiga sobre un derecho reconocido en la Constitución, en un instrumento de derecho internacional sobre derechos humanos o se derive inclusive del concepto mismo de dignidad humana, y que la presunta vulneración demande la actuación jurisdiccional en su protección con una urgencia que no pueda ser conseguida por medio de las garantías de conocimiento. ii. La verosimilitud fundada de la pretensión, conocido en doctrina como el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, es otro de los presupuestos propios de una acción de medida cautelar. Es ella en realidad en donde descansa el fundamento del otorgamiento de una medida cautelar de naturaleza constitucional, pues se basa en una presunción razonable de que los hechos denunciados como violatorios o de inminente violación de los derechos constitucionales, así como de los previstos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, son verdaderos. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 33, determina que "...una vez que la jueza o juez conozca sobre la petición de medidas cautelares, si verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en esta ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares correspondientes. No se exigirán pruebas para ordenar estas medidas...". La pretensión entonces, no implica necesariamente un juicio de certeza como aquel que se produce en el desarrollo de un juicio principal, así "el análisis sobre la fundabilidad de la pretensión no puede ser entonces un juicio de certeza como aquel que se hace en el proceso principal y que resulta necesario para el dictado de una sentencia, sino que debe ser un análisis basado en la probabilidad de que se obtenga una sentencia que ampare la pretensión planteada". El juez deberá advertir que la alegación invocada por el recurrente aparezca verosímil, que se funde en bases razonables para colegir que aquello que se pone en conocimiento de la jueza o del juez ocasiona o puede ocasionar una violación grave del derecho que necesita ser precautelado o tutelado, siempre cuidando que la medida otorgada sea adecuada y proporcional a un fin constitucional que se pretende tutelar, tal como se indicó en esta misma sentencia.".- Por lo que para la procedencia de las medidas cautelares, es necesario que se cumplan con dos requisitos procesales, el denominado *fumus boni iuris* (apariencia de un buen derecho), principio que se relaciona con la verosimilitud de la medida, es decir, una presunción razonable de que los hechos denunciados son violatorios o de inminente violación de los derechos constitucionales, para el efecto el juzgador no debe exigir certeza, para la concesión de la medida sino debe exigir únicamente una apariencia fundada en cierto grado de verosimilitud del derecho. En este sentido Piero Calamandrei señala: "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 [...]” [Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, Jorge Benavides Ordoñez y Jhoel Escudero Soliz, Coordinadores, pág. 247]. El segundo presupuesto, es el conocido, doctrinariamente como *periculum in mora* (riesgo de que el retardo en la decisión pueda neutralizar la acción de la justicia), este último requisito nos manifiesta que el retardo en la decisión pueda ocasionar la vulneración de un derecho constitucional que será irreversible su daño, esto lo encontramos contemplado en el artículo 27 *ibídem*, que dice “...Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho. Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación...”, además añade este artículo que no procederá cuando existan medidas cautelares en la vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interponga en la acción extraordinaria de protección de derechos; por su parte nuestra actual Corte Constitucional ha previsto en su jurisprudencia, la finalidad, presupuestos para la adopción y circunstancias en las que no procede las medidas cautelares constitucionales, esto lo encontramos en el Suplemento del Registro Oficial No. 629 del lunes 30 de enero del 2012, sentencia No. 052-11-SEP-CC, y en la parte pertinente, se menciona “...El proceso constitucional de medidas cautelares no está previsto en el ordenamiento jurídico constitucional para: a) Cuando existieren medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias; b) Cuando se trate de la ejecución de órdenes judiciales; c) Cuando se interponga con la acción extraordinaria de protección de derechos; d) Para declarar un derecho o discutir una mera expectativa, pues para ello se encuentran previstos los procesos ordinarios; e) Reparar un daño o violación de uno o varios derechos constitucionales, sino solamente para evitar o suspender tal violación. Para reparar la violación de un derecho constitucional nuestro ordenamiento jurídico ha previsto que el mecanismo adecuado para ello es LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN...” en el mismo fallo la Corte Constitucional transcribe la sentencia de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, quien ha señalado lo siguiente “...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 caso, por el contrario, la persona está sujeta a la inmediata probabilidad...”. A todo lo manifestado podemos acotar, que a criterio de la Corte Constitucional, el peligro en la demora tampoco puede ser un criterio arbitrario o evaluación abstracta; pues estas se desprenden del caso en concreto atendiendo las principales circunstancias del mismo, que justifiquen una acción urgente, que tengan por objeto cesar la amenaza, cesar o evitar la violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Asimismo, para que proceda el presupuesto del peligro en la demora, no basta o no es suficiente un simple temor, sino la inminencia de que el daño se producirá conculcando los derechos. Es de mencionar que las medidas cautelares se conceden inaudita parte, es decir, se ordenan y luego se comunica al destinatario. Finalmente, en caso de que la jueza o el juez

considere que las medidas cautelares son necesarias, estas deberán ser proporcionales a la amenaza o violación que se pretende tutelar; y, **5.3.2-** Al comparecer el señor **BERNARDO WILFRIDO ROBALINO ARCE**, en calidad de Procurador Común, e interponer medida cautelar autónoma, tendiente a la suspensión de los efectos legales de la Notificación del Desahucio que la realiza a los comparecientes por parte del señor Alcalde del cantón Machala y el Procurador Síndico Municipal, para evitar la violación de sus derechos constitucionales, en especial la Tutela efectiva; Desarrollo de la actividad económica; y al patrimonio/propiedad, y de conformidad a la Sentencia No. 034-13- SCN.CC, Caso No. 561-12-CN, que refiere a la procedencia de las Medidas Cautelares, tenemos: **1.-** Carácter de Provisionales, no se ha podido establecer en el presente caso; **2.-** Se conceden en caso de amenaza o violación, con diferencia en el Objeto, en el presente caso al interponer una medida cautelar autónoma el objeto es prevenir un daño y en el presente el acto administrativo que consideraba atentatorio a la violación de derechos ya ocurrido y se justifica con la Notificación del Desahucio, esto es, el carácter preventivo de la medida cautelar autónoma ya no es real; y, **3.-** No cumple con los requisitos del Art. 22 y 33 de la LOGJCC, al desvanecerse su naturaleza de las medidas cautelares autónomas como es el de Prevenir un daño, más aun cuando esto se encuentra dentro de un proceso de justicia Ordinaria;

4.- RESOLUCIÓN:

De lo analizado y expuesto, se desprende que la petición de medida cautelar no cumple con los requisitos, de los artículos 26 y 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, lo cual la convierte en improcedente; y, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 ibídem, la suscrita Jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Machala **RESUELVE**, INADMITIR LA MEDIDA CAUTELAR CONSTITUCIONAL AUTONOMA solicitada por el accionante **BERNARDO WILFRIDO ROBALINO ARCE**, en calidad de Procurador Común, en contra de la **GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN MACHALA**, teniendo los accionados la vía ordinaria para hacer vales sus derechos. Al tenor de lo determinado en el artículo 38 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, envíese la presente resolución a la Corte Constitucional, para su eventual selección y revisión.- Téngase en cuenta la autorización que le confiere la accionante para que presente los escritos en ésta acción, y el lugar señalado para recibir las notificaciones que le correspondan.- Intervenga el Dr. Edison León Loayza en calidad de Secretaria Titular de este despacho.- **NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.-**

SANCHEZ POMA JESSICA VICTORIA

JUEZ(PONENTE)