



CAUSA No. 519-2019-TCE

Cartelera virtual-página web institucional www.tce.gob.ec.

A: PÚBLICO EN GENERAL

Dentro de la causa No. 519-2019-TCE, se ha dispuesto lo que a continuación me permito transcribir:

**"SENTENCIA
CAUSA N°519-2019-TCE**

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL.- Quito, Distrito Metropolitano, 27 de septiembre de 2019.- Las 13h00.- **VISTOS.-** Agréguese al expediente el escrito presentado en una (1) foja; y, seis (6) en calidad de anexos el viernes 13 de septiembre de 2019 a las 11:40, mediante el cual, el señor Javier Ricardo García Santos legitima la intervención del abogado Javier Andrés Freile Córdova, en la audiencia oral de prueba y juzgamiento efectuada el día viernes 13 de septiembre de 2019 a las 10h30.

I. ANTECEDENTES.-

- 1.1. El 16 de agosto de 2019, a las 09h06, ingresa a la Secretaría General del Tribunal Contencioso Electoral, un expediente en ciento quince (115) fojas útiles en el cual consta el escrito suscrito por el ingeniero John Fernando Gamboa Yanza, Director Provincial Electoral del Guayas, mediante el cual, presenta una denuncia en contra de: **"...EMISORA RADIO ONDA POSITIVA - DIAL 94.1 F.M; propiedad de la COMPAÑÍA FESTATI SA; cuyo Representante Legal es el Ciudadano JAVIER RICARDO GARCÍA SANTOS, en calidad de Gerente General de la Compañía..."**.
- 1.2. Luego del sorteo realizado, conforme la razón sentada por el abogado Alex Guerra Troya, Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral, correspondió el conocimiento de la presente causa, identificada con el No. 519-2019-TCE, al doctor Fernando Muñoz Benítez, Juez del Tribunal Contencioso Electoral.
- 1.3. El 22 de agosto de 2019 a las 11h48, se recibe en este despacho el expediente en ciento dieciocho (118) fojas.

Justicia que garantiza democracia

José Manuel de Abascal N37-49 y Portete
PBX: (593) 02 381 5000
Quito - Ecuador
www.tce.gob.ec



1.4. El 3 de septiembre de 2019 a las 14h30, se admitió a trámite la presente causa; y, se dispuso que la práctica de la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento se la efectúe el viernes, 13 de septiembre de 2019 a las 10h30.

1.5. El viernes 13 de septiembre de 2019 a las 10h30 se llevó a cabo la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento dentro de la causa 519-2019-TCE.

2. ANÁLISIS DE FORMA

2.1 JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 221, numeral 2, confiere al Tribunal Contencioso Electoral la facultad de sancionar por incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y en general por vulneraciones de normas electorales.

La Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, en su artículo 70, numeral 13 determina como una competencia del Tribunal Contencioso Electoral: *"...Juzgar a las personas, autoridades, funcionarios o servidores públicos que cometan infracciones previstas en esta Ley..."*.

La misma Ley, en el artículo 72, incisos tercero y cuarto, en su orden, dispone:

"...para el juzgamiento y sanción de las infracciones electorales, así como para resolver los temas internos de las organizaciones políticas sometidos a su competencia, existirán dos instancias en el Tribunal Contencioso Electoral. (...) En caso de dos instancias, la primera será tramitada por una jueza o un juez por sorteo para cada proceso, la segunda y definitiva que corresponde al Pleno del Tribunal...".

Por su parte el artículo 278 del Código de la Democracia, señala:

"...Para el juzgamiento de las infracciones señaladas en esta Ley, existirán dos instancias en el Tribunal Contencioso Electoral. La primera instancia se tramitará en el plazo de treinta días, conforme al procedimiento establecido en los artículos 249 y siguientes del presente Código...".

La presente causa, corresponde a una denuncia por el supuesto cometimiento de una infracción de carácter electoral, cuya resolución en primera instancia le corresponde, por

Justicia que garantiza democracia



CAUSA No. 519-2019-TCE

sorteo al doctor Fernando Muñoz Benítez, en calidad de Juez del Tribunal Contencioso Electoral, en tal virtud este Juzgador cuenta con jurisdicción y competencia suficiente para sustanciarla.

2.2. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA PRESENTAR LA DENUNCIA

El artículo 25 del Código de la Democracia determina como funciones del Consejo Nacional Electoral, entre otras, la siguiente:

"...5. Controlar la propaganda y el gasto electoral, conocer y resolver en sede administrativa sobre las cuentas que presenten las organizaciones políticas y los responsables económicos y remitir los expedientes a la justicia electoral, si fuere del caso...".

El Reglamento de Trámites Contencioso Electorales del Tribunal Contencioso Electoral, determina en el artículo 82, numeral 3, que:

"...El Tribunal Contencioso Electoral, en el ejercicio de sus competencias, conocerá la comisión de una presunta infracción de carácter electoral o vulneración de normas electorales de las previstas en el Código de la Democracia, en los siguientes casos: (...) 3. Remisión de oficio por parte del Consejo Nacional Electoral o su delegado que contenga la relación de los hechos de la presunta infracción...".

De la revisión del expediente, se verifica que el ingeniero John Gamboa Yanza, en calidad de Director Provincial Electoral del Guayas, interpone una denuncia por el presunto cometimiento de una infracción electoral por parte de un medio de comunicación, por tanto, cuenta con legitimación activa para presentar la presente denuncia.

2.3. OPORTUNIDAD EN LA INTERPOSICIÓN DE LA DENUNCIA

El artículo 304 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, señala:

"...La acción para denunciar las infracciones previstas en esta ley prescribirá en dos años...".

La denuncia se recibió en este órgano de administración de justicia electoral, el 16 de agosto de 2019; y, según consta en la denuncia, el hecho presuntamente punible se habría

Justicia que garantiza democracia

José Manuel de Abascal N37-49 y Portete
PBX: (593) 02 381 5000
Quito - Ecuador
www.tce.gob.ec



CAUSA No. 519-2019-TCE

suscitado el 22 de marzo de 2019; por lo tanto, fue presentada dentro del tiempo establecido en la Ley para la sustanciación de este tipo de causas.

Una vez que se ha constatado que la denuncia reúne todos los requisitos de forma, se procede a efectuar el análisis de fondo.

III. ANÁLISIS DE FONDO

3.1. Contenido de la denuncia

En su escrito de denuncia presentado ante el Tribunal Contencioso Electoral el 16 de agosto de 2019, el ingeniero John Gamboa Yanza, en calidad de Director Provincial Electoral del Guayas, manifestó:

"...En mérito a lo que consta en el Memorando N.- CNE – DTPPPG – 2019 - 073 de fecha 29 de marzo de 2019; suscrito por el Ing. John Vásquez Avilés quien para entonces ejercía las funciones de Director de Participación Política de la Delegación Provincial Electoral del Guayas – CNE y cursado al Director de esta misma Dependencia Electoral Ing. John Gamboa Yanza ; se le hace conocer que según el reporte generado por el portal de monitoreo de medios habilitado por el CNE-Proceso Electoral del 24 de Marzo del 2019 – Elecciones Seccionales y Para la Designación de Autoridades del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social ; sistema de monitoreo de medios administrado por la Empresa DI UNIVERSAL ; se presentaron evidencias de que la emisora RADIO ONDA POSITIVA – DIAL 94.1 F.M , inobservando la vigencia del llamado del PERIODO DE SILENCIO ELECTORAL ; EL 22 DE MARZO DEL 2019 transmitió pautas de publicidad relacionadas con proselitismo – promoción política de candidaturas que participaron en los Comicios efectuados el 24 de Marzo del 2019..."

"...QUINTA: DETERMINACIÓN DE LA INFRACCIÓN ELECTORAL.- Acorde a lo manifestado en la cláusula tercera del presente libelo de denuncia, se puede colegir que la emisora RADIO ONDA POSITIVA DIAL 94.1 F.M propiedad de la COMPAÑÍA FESTATI SA ; ha incurrido en la presunta ejecución de la contravención electoral estipulada en el numeral 3 del artículo 277 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador – Código de la Democracia ; al haber transmitido pautas publicitarias relativas a promoción de candidaturas el 22 de Marzo del 2019; estando vigente el denominado periodo de SILENCIO ELECTORAL ; el cual tuviera una vigencia que abarcó 48 horas antes y hasta las 17h00 del 24 de Marzo del 2019 en que tuvieron lugar los comicios para

Justicia que garantiza democracia

José Manuel de Abascal N37-49 y Portete
PBX: (593) 02 381 5000
Quito - Ecuador
www.tce.gob.ec



CAUSA No. 519-2019-TCE

la designación de Autoridades Seccionales y los Consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social ; ante lo cual y en mérito a lo manifestado en el presente libelo de denuncia ; debe imponerse como sanción por este hecho a la emisora radial en referencia ; la que consta determinada en el inciso final del **artículo 277 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones políticas de la República del Ecuador – Código de la Democracia...**".

3.2. Consideraciones Jurídicas

3.2.1. Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento

La Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento, mediante auto dictado el 3 de septiembre de 2019 a las 14h30, se llevó a cabo el viernes, 13 de septiembre de 2019 a las 10h30, en el auditorio del Tribunal Contencioso Electoral, conforme se verifica del acta y de las grabaciones que constan dentro del presente expediente.

Comparecieron a esa diligencia: El denunciante, representado por su patrocinador el doctor Alberto Lucero Avilés; y, por el presunto infractor compareció su patrocinador abogado el abogado Javier Andrés Freile Córdova, patrocinador del señor Javier Ricardo García Santos.

3.2.2. Interrogante jurídico a resolver

A este Juzgador, le corresponde resolver el siguiente problema jurídico:

¿Ha sido posible determinar el cometimiento de la infracción denunciada y la responsabilidad del medio de comunicación?

El artículo 207, inciso quinto de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas establece la siguiente prohibición:

"Cuarenta y ocho horas antes del día de los comicios y hasta las 17h00 del día del sufragio, queda prohibida la difusión de cualquier tipo de información dispuesta por las instituciones públicas, así como la difusión de publicidad electoral, opiniones o imágenes, en todo tipo de medios de comunicación, que induzcan a los electores sobre una posición o preferencia electoral; la realización de mítines, concentraciones o cualquier otro acto o programa de carácter electoral."

Respecto del incumplimiento la misma disposición determina:

Justicia que garantiza democracia



"El incumplimiento de estas disposiciones constituirá infracción electoral que será sancionada de conformidad con el artículo 277 de esta Ley."

En el presente caso, el Director de la Delegación de Guayas del Consejo Nacional Electoral denuncia el cometimiento de la infracción electoral prevista en el artículo 277 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, que señala:

"...Art. 277.- Constituyen infracciones por parte de los medios de comunicación social, las siguientes:(...) 3. Incumplir con las disposiciones referentes a propaganda durante la campaña electoral establecidas en esta ley..."

Como podemos inferir, de la lectura del precitado artículo, el cometimiento de esta infracción electoral solamente la pueden cometer los medios de comunicación social, por tanto, corresponde a este juzgador, verificar si del medio de comunicación denunciado incumplió con lo exigido en el inciso quinto del artículo 207 del Código de la Democracia.

En el desarrollo de la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento, el doctor Alberto Lucero Avilés, en calidad de patrocinador del ingeniero John Gamboa Yanza, en calidad de Director Provincial Electoral del Guayas, expuso que la Radio "Onda Positiva", propiedad de la Compañía FESTATI S. A., incumplió la normativa relacionada con la promoción electoral por cuanto, transmitió cuñas publicitarias el día 22 de marzo de 2019, día en el que se encontraba en vigencia el período de "Silencio Electoral".

En su exposición, el doctor Alberto Lucero Avilés, patrocinador del denunciante, manifestó:

"...(L)a emisora en referencia durante el periodo de silencio electoral quebrantó lo dispuesto en el Art. 9 de la Resolución expedida por el Pleno del Consejo Nacional Electoral, el 21 de noviembre del 2018, en virtud de la cual se convocaron a los comicios efectuados el 24 de marzo del 2019, ¿Qué nos dice el art. 9 de esta Resolución? Que el periodo de campaña electoral de 45 días relativo a los comicios del 24 de marzo del 2019, se iniciaba el martes 5 de febrero de este mismo año, y culminaba a las 23h59 del 21 de marzo del 2019, era el plazo hábil durante el cual los medios de comunicación debidamente autorizados por el CNE podían transmitir pautas de publicidad electoral relacionadas con las candidaturas que participaron en los comicios del 24 de marzo, toda publicidad transmitida fuera de ese plazo hábil

Justicia que garantiza democracia



caía en el marco de la ilegalidad y por tanto era y debe ser considerada al margen de la Ley...”.

Posteriormente agregó:

“...(Y)o tengo a bien nuevamente ratificarme en el contenido de la denuncia presentada al trámite en los elementos de hecho y derecho en los elementos probatorios que respaldan la denuncia presentada que es más que evidente que en la misma parte accionada admitido que se ha transmitido pautas de publicidad electoral el 22 de marzo del 2019 por parte de Radio Onda Positiva 94.1 FM, estando vigente ya el periodo de silencio electoral, al haber incurrido en este tipo de situaciones la emisora accionante violentó como ya lo dije hace un momento expresas disposiciones legales, el artículo 202 primer inciso del Código de la Democracia, en donde determina que el periodo de campaña electoral de manera improrrogable es de 45 días no más ni menos, los artículos 9 y 10 de la resolución expedida por el Pleno del CNE con fecha 21 de noviembre del 2018, a través de la cual se convoca a los comicios del 24 de marzo y también se ratifica el hecho de cuál es el periodo de lapso de tiempo que abarca los actos de promoción electoral y todo aquello que se ejecute como tal fuera de este lapso incurre en el hecho de haber transmitido o promovido la publicación de propaganda electoral no autorizada o al margen de la ley se ha configurado por parte de la accionada la contravención electoral determinada en el artículo 277 numeral tercero de la Ley Orgánica Electoral y Organizaciones Política de la República del Ecuador...”.

Respecto a estas aseveraciones, el abogado Javier Andrés Freile Córdova, patrocinador del señor Javier Ricardo García Santos, Gerente General y Representante Legal de la EMISORA RADIO ONDA POSITIVA DIAL 94.1 F.M, como presunto infractor dentro de la presente causa, indicó:

“...quisiera hacer una precisión por cuanto en este anuncio probatorio también se ha hecho una especie de práctica a la prueba, como bien indicó el doctor con fecha 27 de mayo del 2019, el señor Javier García Representante Legal de la Compañía y en consecuencia de la Radio estipulo que se pasaron estas 6 cuñas de manera involuntaria, a partir de las 12 de la noche, es decir, cuando empezaba el periodo de silencio electoral, precisamente mis únicas dos pruebas y en honor al tiempo y para la segunda fase que es la práctica de la prueba, es decir que como manifestamos por escrito se aceptó que se pasó...”.

Justicia que garantiza democracia

José Manuel de Abascal N37-49 y Portete
PBX: (593) 02 381 5000
Quito - Ecuador
www.tce.gob.ec



CAUSA No. 519-2019-TCE

En un proceso contencioso electoral, quien realiza una afirmación, se encuentra obligado a probar la razón de sus dichos; puesto que, así lo dispone el Reglamento de Trámites Contencioso Electorales del Tribunal Contencioso Electoral, en el artículo 32 que dice:

"...El recurrente o accionante deberá probar los hechos que ha señalado afirmativamente en el proceso. El accionado, de ser el caso, no está obligado a producir prueba, a menos que su contestación contenga una afirmación implícita o explícita..."

A fojas 99 del expediente, consta un CD que contiene 5 archivos en formato de "Audio MPEG Layer 3", en el que constan pautas publicitarias relativas a promoción de candidaturas, que fue adjuntado por el denunciante con la finalidad de probar sus aseveraciones.

En la audiencia oral de prueba y juzgamiento, este medio probatorio fue anunciado como prueba de la parte denunciante; ante lo cual, el abogado Javier Andrés Freile Córdova, en su primera intervención manifestó:

"...como manifestamos por escrito se aceptó que se pasó, pasada la hora, en consecuencia de la practica a la prueba, se podría incluso decir que es un acuerdo probatorio, para no tener en honor al tiempo no tener que reproducir todas esas pruebas por cuanto ya fueron aceptadas..."

En este mismo sentido, a fojas 172 del expediente, consta el oficio sin número de 27 de mayo de 2019, mediante el cual, el licenciado Javier García Santos, gerente general de la Radio, da contestación a un requerimiento de la Delegación Provincial Electoral de Guayas, aceptando que los hechos que se juzgan en el trámite de este expediente ocurrieron fruto a un corte de energía eléctrica, lo cual fue ratificado en la audiencia correspondiente.

En el caso *sub iudice*, el abogado patrocinador del señor Javier Ricardo García Santos, Gerente General y Representante Legal de la EMISORA RADIO ONDA POSITIVA DIAL 94.1 F.M; y, presunto infractor manifestó, en la audiencia oral de prueba y juzgamiento, que: *"...se pasaron estas 6 cuñas de manera involuntaria..."*

El presunto infractor ha manifestado en dos momentos que, efectivamente, el 22 de marzo se transmitieron, a través de su frecuencia, 15 pautas publicitarias, en el horario comprendido entre las 00h00 y 01h24 de la mañana,

Justicia que garantiza democracia

José Manuel de Abascal N37-49 y Portete
PBX: (593) 02 381 5000
Quito - Ecuador
www.tce.gob.ec



CAUSA No. 519-2019-TCE

Con estos antecedentes, este juzgador, considera que el medio de comunicación Radio "Onda Positiva", propiedad de la Compañía FESTATI S. A., incumplió con lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 207 de la Ley Orgánica de Elecciones y Organizaciones Políticas del Ecuador; y por tanto, cometió la infracción tipificada en el artículo 277, numeral 3, de la precitada norma.

Individualización de la pena

Se contemplan como sanciones a esta conducta la suspensión inmediata de la pauta; y, la imposición de una multa que oscila entre los cincuenta y los cien mil dólares.

La norma establece un rango bastante amplio entre el mínimo y el máximo de la multa que ha de imponerse, por lo que se hace necesario que este juzgador actúe bajo el principio de proporcionalidad.

La proporcionalidad es un principio básico para que el juzgador establezca la individualización de la pena tomando en cuenta las circunstancias del hecho, la gravedad de la infracción, y la responsabilidad del sujeto, en el marco de la lógica y la sana crítica.

En el presente caso, en cuanto a las circunstancias del hecho y la gravedad de la infracción, del expediente del proceso se ha podido verificar que, la transmisión de las cuñas se dio en tiempo prohibido por la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas pero respondió a un inconveniente técnico. Además, se transmitieron únicamente la madrugada del día 22 de marzo de 2019, por lo que la conducta a sancionar no fue repetida en otros días, ni en otros horarios.

En cuanto a la responsabilidad del denunciado, este juzgador considera que el presunto infractor no pretendió deslindarse; y, al contrario, manifestó tanto en sede administrativa como judicial, que efectivamente las pautas fueron transmitidas por error.

En consecuencia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR LA AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, resuelvo:

PRIMERO.- Aceptar la denuncia presentada por el ingeniero John Fernando Gamboa Yanza, Director de la Delegación Provincial del Guayas del Consejo Nacional Electoral, en contra de la emisora Radio Onda Positiva, Dial 94.1 F.M., propiedad de la Compañía FESTATI S.A.

Justicia que garantiza democracia



CAUSA No. 519-2019-TCE

SEGUNDO.- Declarar la responsabilidad de la emisora denunciada, Radio Onda Positiva, Dial 94.1 F.M., propiedad de la Compañía FESTATI S.A., de la ciudad de Guayaquil, por haber incurrido en la infracción tipificada y sancionada en el artículo 277, numeral 3 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

TERCERO.- Imponer a la emisora Radio Onda Positiva, Dial 94.1 F.M., propiedad de la Compañía FESTATI S.A., una multa equivalente a USD \$ 500.00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA), de conformidad con lo previsto en el artículo 277 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

CUARTO.- Los valores correspondientes impuestos a la emisora Radio Onda Positiva, Dial 94.1 F.M., propiedad de la Compañía FESTATI S.A., deberán ser pagados en el plazo de treinta (30) días, contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia mediante depósito en la cuenta "Multas" perteneciente al Consejo Nacional Electoral, (Entidad Bancaria BANECUADOR; Cuenta Corriente N° 0010001726 – Otras infracciones, Código del Depósito No. 17.04.09 Infracción Ley de Elecciones; a nombre del Consejo Nacional Electoral.) bajo prevenciones de lo dispuesto en el artículo 299 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

QUINTO.- Una vez ejecutoriada la presente sentencia, notifíquese al Consejo Nacional Electoral para su estricto e inmediato cumplimiento, conforme lo dispuesto en el artículo 264 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

SEXTO.- Téngase en cuenta la autorización realizada por el señor Javier Ricardo García Santos, Representante Legal de la Compañía FESTATI S.A., al abogado Javier Freile Córdova.

SÉPTIMO.- Notifíquese con el contenido de la presente sentencia:

7.1. Al Denunciante ingeniero John Fernando Gamboa Yanza, y a su patrocinador, en los correos electrónicos: albertolucero@cne.gob.ec.

7.2. Al Consejo Nacional Electoral en la persona de su presidenta, en la forma prevista en el artículo 247 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República

Justicia que garantiza democracia

José Manuel de Abascal N37-49 y Portete
PBX: (593) 02 381 5000
Quito - Ecuador
www.tce.gob.ec



CAUSA No. 519-2019-TCE

del Ecuador, Código de la Democracia, y en los correos electrónicos franciscovepez@cne.gob.ec y dayanatorres@cne.gob.ec, y en la casilla contencioso electoral No. 003.

7.3. Al infractor Javier Ricardo García Santos, Representante Legal de la Compañía FESTATI S.A., y a su patrocinador, en los correos electrónicos: jfreile@lex.ec.

OCTAVO.- Siga actuando la doctora Paulina Parra Parra, Secretaria Relatora de este Despacho.

NOVENO.- Publíquese el contenido de la presente sentencia en la cartelera virtual-página web institucional www.tce.gob.ec.

CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-“ F) Dr. Fernando Muñoz Benítez, JUEZ DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL

Lo que comunico para los fines de Ley.-


Dra. Paulina Parra Parra
SECRETARIA RELATORA



Justicia que garantiza democracia

José Manuel de Abascal N37-49 y Portete
PBX: (593) 02 381 5000
Quito - Ecuador
www.tce.gob.ec

