



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:**

**ANÁLISIS JURÍDICO ACERCA DEL ABUSO DE DERECHO POR PARTE  
DE QUIEN POSEE LA TENENCIA DEL MENOR EN CASOS DE PENSIONES  
ALIMENTICIAS**

**AUTOR:**

**ROJAS OBANDO, GABRIELA KATHERINE**

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de  
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA  
DEL ECUADOR**

**TUTOR:**

**ESTARELLAS VELASQUEZ, ENRIQUE ELOY**

**Guayaquil, Ecuador**

**10 de Febrero del 2020**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLITICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **ROJAS OBANDO, GABRIELA KATHERINE**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**

**TUTOR**

f. \_\_\_\_\_  
**Dr. Estrellas Velasquez, Enrique Eloy, Mgs.**

**DECANO DE LA FACULTAD**

f. \_\_\_\_\_  
**Dr. García Baquerizo, José Miguel, Mgs.**

**Guayaquil, a los 10 del mes de febrero del año 2020**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLITICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Yo, **ROJAS OBANDO, GABRIELA KATHERINE**

**DECLARO QUE:**

El Trabajo de Titulación, **ANÁLISIS JURÍDICO ACERCA DEL ABUSO DE DERECHO POR PARTE DE QUIEN POSEE LA TENENCIA DEL MENOR EN CASOS DE PENSIONES ALIMENTICIAS**, previo a la obtención del Título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

**Guayaquil, a los 10 del mes de febrero del año 2020**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**AUTORIZACIÓN**

Yo, **ROJAS OBANDO, GABRIELA KATHERINE**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **ANÁLISIS JURÍDICO ACERCA DEL ABUSO DE DERECHO POR PARTE DE QUIEN POSEE LA TENENCIA DEL MENOR EN CASOS DE PENSIONES ALIMENTICIAS**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, 10 del mes de febrero del año 2020**

**LA AUTORA:**

f. \_\_\_\_\_  
**ROJAS OBANDO, GABRIELA KATHERINE**

## REPORTE URKUND

The screenshot displays the URKUND report interface. On the left, a summary section includes the following details:

- Presentado** (D62034930) 2020-01-08 12:10 (-05:00)
- Presentado por** maritzareynosodewright@gmail.com
- Recibido** maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com
- Mensaje** Tesis Gabriela Rojas [Mostrar el mensaje completo](#)

A summary statement indicates: "1% de estas 11 páginas, se componen de texto presente en 2 fuentes."

On the right, a sidebar titled "Lista de fuentes" (List of sources) is visible, with a sub-tab "Bloques" (Blocks). It contains a table with the following structure:

Categoría	Enlace/nombre de archivo
[Icon]	<a href="https://docplayer.es/36460630-Universidad-c...">https://docplayer.es/36460630-Universidad-c...</a>
[Icon]	proyecto - Jhonny - Jurisprudencia.docx
Fuentes alternativas	
Fuentes no usadas	

At the bottom of the interface, there are navigation and action buttons: "Reiniciar", "Exportar", and "Compartir".

**Dr. Enrique Eloy Estarellas Velasquez, Mgs.**  
Docente-Tutor

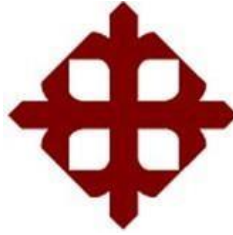
**Gabriela Katherine Rojas Obando**  
Estudiante

## **AGRADECIMIENTO**

Son muchas las personas que han formado parte de mi vida profesional a las que me encantaría agradecerles por sus consejos, apoyo, ánimo y compañía en los momentos más difíciles de mi vida, quiero darles las gracias por formar parte de mí, por todo lo que me han brindado y por todas sus bendiciones. Primeramente me gustaría agradecerle a ti Dios por bendecirme para llegar hasta donde he llegado A mi tutor de tesis, Dr. Enrique Estarellas por su esfuerzo y dedicación, quien con sus conocimientos, su experiencia, su paciencia y su motivación ha logrado en mí hacerme entender que la justicia se enmarca en los principios del ser humano y fundamentalmente para servir como profesional a la sociedad.

## **DEDICATORIA**

Dedico este proyecto de tesis a Dios, a mis padres y a mis abuelitos. A Dios porque ha estado conmigo a cada paso que doy, cuidándome y dándome fortaleza para continuar, a mis padres, y abuelitos quienes a lo largo de mi vida han velado por mi bienestar y educación siendo mi apoyo en todo momento, y a quien ha sido mi compañero de lucha Santi. Depositando su entera confianza en cada reto que se me presentaba sin dudar ni un solo momento en mi inteligencia y capacidad. Es por ello que soy lo que soy ahora. Los amo con mi vida.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS**

**CARRERA DE DERECHO.**

**TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN**

f. \_\_\_\_\_

**DR. JOSE MIGUEL, GARCIA BAQUERIZO, MGS**  
DECANO DE LA FACULTAD

f. \_\_\_\_\_

**DRA. MARITZA GINETTE, REYNOSO DE WRIGHT.**  
COORDINADORA DEL ÁREA

f. \_\_\_\_\_

**DRA. NURIA, PÉREZ PUIG-MIR.**  
OPONENTE





UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**Facultad:** Jurisprudencia  
**Carrera:** Derecho  
**Periodo:** UTE B-2019  
**Fecha:** 10 de febrero del 2020.

### **ACTA DE INFORME PARCIAL**

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado ***“ANÁLISIS JURÍDICO ACERCA DEL ABUSO DE DERECHO POR PARTE DE QUIEN POSEE LA TENENCIA DEL MENOR EN CASOS DE PENSIONES ALIMENTICIAS”***, elaborado por la estudiante **ROJAS OBANDO GABRIELA KATHERINE**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de ( ), lo cual lo califica como ***APTO PARA LA SUSTENTACIÓN***

---

**Dr. Enrique Eloy Estarellas Velasquez, Mgs.**

## ÍNDICE

<b>RESUMEN</b> .....	XII
<b>ABSTRACT</b> .....	XIII
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	2
<b>Capítulo I</b> .....	3
Antecedente.....	3
Sobre el interés superior del menor.....	3
Sobre el abuso de derecho .....	3
Definición .....	5
Abuso de derecho .....	5
Derecho de alimentos .....	5
Características de derecho de alimentos .....	6
1.1 Naturaleza jurídica.....	7
1.2 Requisitos determinantes sobre el abuso de derecho .....	8
1.3 Criterio personal. ....	9
<b>Capítulo II</b> .....	10
2.1 Problema jurídico acerca del abuso de derecho en casos de pensiones alimenticias .....	10
2.2 Jurisprudencia .....	10
2.2.1 Caso SILVIA BANDA JACOME contra HERNAN BRAVO VILLACRES.....	11
2.2.2 Caso LIGIA DELGADO MERCHAN contra EDINSON MONAR SILVA .....	12

2.2.3 Caso PAULA SIZALIMA PIZARRO contra LUIS PUZHI FERNANDEZ.....	14
2.3 ¿Hay realmente un abuso de derecho?.....	15
<b>CONCLUSIONES</b> .....	18
<b>RECOMENDACIÓN</b> .....	20
BIBLIOGRAFÍA .....	22

## **RESUMEN**

Como es de conocimiento ante los que estudiamos y ejercemos el derecho, el juicio de pensiones alimenticias vela por los intereses del menor, para su óptimo desarrollo, tanto educacional, salud, vestimenta, entre otros. Pero así, me he encontrado con casos en la cual se comprueba la mala fe de quien posee la tenencia del menor.

En el desarrollo de la tesina, constataré la prueba jurisprudencial acerca de la mala fe en estos casos, así como sustentos doctrinales acerca del abuso de derecho. También, no solo que la pensión se beneficia el menor, sino, quien tiene el cuidado, aprovechando de pensiones exorbitantes.

De lo dicho, es menester iniciar con la definición general, tanto sobre el abuso de derecho, como el derecho de niñez, el principio del interés superior del menor, entre otros.

Lo que conllevaría en el desarrollo del segundo capítulo, el análisis debido del tema principal, así también de la jurisprudencia y el derecho comparado sobre el abuso de derecho. Se finalizaría con las conclusiones y recomendaciones debida, en la cual motivare mi criterio personal debidamente fundamentada.

### **Palabras claves**

Abuso de derecho, interés superior del menor, derecho de niñez, mala fe, pensiones alimenticias.

## **ABSTRACT**

As it is knowledgeable before which we study and exercise the right, the judgment of alimony is in the interests of the child, for its optimal development, both educational, health, and clothing, among others. But so, I have come across cases in which the bad faith of the possessor is checked.

In the development of the thesis, I will find the jurisprudential evidence about bad faith in these cases, as well as doctrinal sustenances on the abuse of rights. Also, not only that the pension benefits the child, but, who is careful, taking advantage of exorbitant pensions.

As a result, it is necessary to start with the general definition, both on the abuse of rights, as well as the law of children, the principle of the best interests of the child, among others.

This would entail the development of the second chapter, the proper analysis of the main subject, as well as the jurisprudence and comparative law on the abuse of rights. It would be finalized with the conclusions and recommendations due, in which it would motivate my duly informed personal judgment.

### **Key Word**

Abuse of rights, best interests of the child, children's rights, bad faith, maintenance pensions.

## INTRODUCCIÓN

El tema: *“ANÁLISIS JURÍDICO ACERCA DEL ABUSO DE DERECHO POR PARTE DE QUIEN POSEE LA TENENCIA DEL MENOR EN CASOS DE PENSIONES ALIMENTICIAS”* se tomaría en relevancia la explicación del abuso de derecho, más los temas de derechos alimenticios, como también acerca del principio superior del menor y el derecho de la niñez.

Como se sabe, el juicio de pensiones alimenticias tiene como objetivo principal, velar por el interés superior del menor. Mientras que el abuso de derecho, el titular teniendo derecho actúa a su facultad, pero hecha en práctica la mala fe de su actuar; es ahí el meollo del asunto, de investigar cómo se comprueba la mala fe y qué medidas se puede tomar en respuesta de aquello.

La investigación debida acerca del abuso de derecho en estos temas de pensión de alimentos, da mayor utilidad tanto al profesional del derecho, ya sea abogado defensor, como al juez. Pues el objetivo principal es lograr una resolución a lo más cercano de la justicia.

Dado así, de los elementos que se instruirá y se desarrollará, para una mejor explicación y conclusión debida; es menester constar con casos que representan tales motivos sobre la evidente mala fe al exigir un derecho que por ley es dada, pero a tal circunstancias de perjudicar u obtener lo requerido actuando fuera de derecho.

# Capítulo I

## Antecedente

### Sobre el interés superior del menor

En este tema, quiero comenzar explicar sobre el principio del interés superior del menor, derecho que se defiende en los juicios de pensiones alimenticias. Tenemos que bajo la corriente filosófica de Victorhugo Montoya que nos ilustra en su obra "*Derechos Fundamentales de los niños y adolescentes*" que en debida forma el menor recién en el siglo XX se da la revolución en reconocerle y proteger al menor reforzando así el principio del interés superior del niño, recordemos que en aquel siglo se dio (Montoya, 2007, págs. 50-53):

1924: la Declaración llamada de Ginebra

1948: la Declaración de los derechos del Hombre

1959: la Declaración de los derechos del Niño

1989: la Convención de las Naciones Unidas relativa a los derechos del niño.

Entre otras

Es menester que sea una exigencia en el cumplimiento de este principio, para que las autoridades no solo sirvan para dictar normas o políticas gubernamentales, sino que deban velar y hacer cumplir en estricta forma protegiendo al más vulnerado.

### Sobre el abuso de derecho

Hay tratadistas como Emilio Romero o Lino Rodríguez, entre otros, que el tema sobre el origen del abuso de derecho lo atribuye en la época del derecho romano. Lino expresa lo siguiente: "*es tan poco moderna que sobre ella reposa toda la evolución del Derecho Romano, yendo del derecho estricto hasta la equidad*" (Rodríguez, 1971, pág. 13), pero la explicación con la palabra adecuada, abuso de derecho, aun no se lo expresaba así.

Lo que nos comparte Emilio Romero, son aforismos usados en sentencias romanas, pues tenemos como: *summum jus, summa injuria*, que al español sería “el supremo derecho es la suprema injusticia”, lo que explica esa frase es que la estricta del derecho positivo puede en determinadas ocasiones causar más daño que provecho, pues es necesario dejarlo en el árbitro judicial. Así tenemos un sin número de frases usadas en aquella época como: *male enim nostro jure uti non debemus o non omnia quod licet honestum est*, que sus significados son: no debemos hacer mal uso de nuestro derecho, y no todo lo que es lícito es honesto. (Romero, 1993, págs. 11-12).

Esto fue más desarrollado en temas de propiedades de tierras, aprovechándose del derecho, en las relaciones de vecindades o de quien se pensaba en tener derecho de aquello.

Pero el verdadero cuerpo legal que reconoció la teoría del abuso de derecho fue el Código Prusiano de 1794, que expresamente dice:

*“El que ejerce su derecho en el interior de sus límites propios, no está obligado a reparar el daño que resulte para otro. Pero debe repararlo cuando resulta claramente que, entre varios modos posibles de ejercer su derecho, ha elegido el que es dañoso, con la intención de producir un perjuicio”*

También expresa *“nadie puede abusar de su propiedad para lesionar a otro y producirle perjuicio”* (Boffi, 1985, pág. 457), así hay otras expresiones similares.



## **Definición**

### **Abuso de derecho**

El abuso de derecho es

*“El ejercicio del mismo más en perjuicio ajeno que en beneficio propio. El empleo antisocial de alguna facultad jurídica. Acción u omisión jurídica, positivamente protegida, que lesiona un legítimo interés, desprovisto de correlativa o concreta defensa.”* (Cabanellas, 2001, pág. 15)

Cabanellas al definir esta figura jurídica también explica, como antecedentes históricos, que nace bajo el aforismo romano como *“jure suo utitur, naeminem laedit”* lo que en nuestro idioma significaría: quien usa de su derecho, a nadie perjudica.

En cambio el colombiano Guillermo Ospina menciona que el abuso de derecho es constituido como delito cuando hay intención de dañar, o sea, se actúa con dolo; y es un cuasidelito o culpa cuando el uso indebido del derecho obedece a negligencia o descuido (Ospina, 1976, pág. 51).

### **Derecho de alimentos**

Iniciando con la referencia en la legislación ecuatoriana tenemos lo siguiente:

*“Art (2).- Del derecho de alimentos.- El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios que incluye:*

- 1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente;*
- 2. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas;*

3. *Educación;*
4. *Cuidado;*
5. *Vestuario adecuado;*
6. *Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos;*
7. *Transporte;*
8. *Cultura, recreación y deportes; y,*
9. *Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)*

Diferentes tratadistas concuerdan que el derecho de alimentos es uno de los más importantes que la ley otorga, debido a ello, es necesario dar facilidades y poder reclamar a quien esté obligado ante la ley; por lo tanto estamos hablando de un derecho irrenunciable. (Andrade F. , 2008, pág. 105).

Para el tratadista Efraín Torres, del análisis al artículo del cuerpo legal antedicho, menciona como titulares del derecho, los niños y adolescentes no emancipados, los adultos de hasta 21 años, siempre y cuando estén estudiando y las personas con discapacidades reducidas, tanta físicas como psicológicas, además que este nace por el efecto relación parento-filial (Torres, 2003, pág. 97).

De lo que se puede apreciar en lo dispuesto en nuestra legislación y del comentario del tratadista Fernando Andrade; concuerda lo primordial que es este derecho en favor del menor, pero es también un instrumento para abusar de aquello.

### **Características de derecho de alimentos**

En nuestra legislación actual, el código de la niñez y adolescencia, sin más dilaciones, son las siguientes:

*“Art (3).- Características del derecho. Este derecho es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado, salvo las pensiones de alimentos que han sido fijadas con anterioridad y no hayan sido pagadas y de madres que hayan efectuado gastos prenatales que no hayan sido reconocidos con anterioridad, casos en los cuales podrán compensarse y transmitirse a los herederos”..*

Agregándose una característica adicional “inembargable”, en comparación con el artículo 127 del mismo cuerpo legal (ya reformado el artículo).

### **1.1 Naturaleza jurídica**

Es claro que el artículo 16 del Código de la Niñez y Adolescencia, al señalar que los derechos y garantías de la niñez y adolescencia, son de orden público. Y no hay más explicación que el derecho de alimentos está garantizado dentro del mismo cuerpo legal y en la constitución, por lo tanto esta concordada dentro de este artículo mencionado, dando así su carácter de orden público.

Siendo lo más breve posible, algunos tratadistas mencionan que el abuso de derecho son actos abusivos, actos ilícitos, que por su conducta antisocial perjudica a un tercero o el patrimonio del tercero; que en otras palabras, es esa conducta del titular del derecho, o quien la ejerce a su nombre, que se vuelve fuera de la moral, por lo tanto su efecto debería no darle en derecho. Así tenemos como ejemplo que Condorelli expresa lo siguiente:

*“Si como se sabe, en cualquier ordenamiento jurídico no se conocen más que dos categorías de actos –o sea los permitidos o lícitos y los ilícitos-, es obvio que los actos abusivos constituyen un tertium genus, por cuanto*

*intrínsecamente son actos lícitos, pero susceptibles de que se les aplique una sanción” (Condorelli, 1971, pág. 147).*

Este tratadista lo pone al abuso de derecho en línea intermedia, lo cual en mi opinión, sería ilícita, lo que se amerita una aplicación en sanción, si se llegase a comprobar la mala fe del titular; esto lo digo ya que comparto que en el ordenamiento jurídico hay dos categorías, actos lícitos y actos ilícitos, no hay posiciones intermedias, si el tratadista solicita sanción, es porque es un acto ilícito.

## **1.2 Requisitos determinantes sobre el abuso de derecho**

Los requisitos que menciona el tratadista Emilio Romero, en la cual las comparto, son las siguientes:

1. *“Existencia de un derecho objetivo en cabeza de un titular*
2. *Uso de ese derecho objetivo externamente legal, mediante el ejercicio de la facultad o la abstención*
3. *Daño a un interés ajeno no protegido por una específica prerrogativa jurídica*
4. *Que el daño a terceros sea imputable al titular que usa el derecho, en vista de:*
  - a) *Haber hecho uso del derecho actuando con dolo o con culpa*
  - b) *Haber usado el derecho de una manera excesiva irrazonable, anormal, desacostumbrada, extraordinaria, extravagante, incoherente, irregular o agravante*
  - c) *Haber usado el derecho sin necesidad o sin un fin serio o legítimo, o sin utilidad propia*
  - d) *Haberlo usado en forma contraria a la moral, a las buenas costumbres, al orden público, al derecho natural, a la buena fe, a la solidaridad social, y a los fines sociales y económicos del derecho*
  - e) *Haberlo usado más allá de la necesidad dada por el destino del mismo*

- f) *Haber hecho uso del derecho desviándolo de los fines de la institución, o desviándolo de los fines para los cuales fue creado ;*
- g) *Haberlo hecho uso del derecho en forma anormal o innecesaria, pudiendo haberlo usado de otra forma para conseguir los mismos resultados; o,*
- h) *Haberlo usado provocando un daño excesivo con relación a las consecuencias normales de su uso.*

5. *Nexo causal entre el uso del derecho y el daño ocasionado.”*  
(Romero, 1993, págs. 52-53)

### **1.3 Criterio personal**

Determino y comparto con lo enseñado por Andrade, que el derecho de alimentos es un derecho fundamental que no debe ser marginada, por lo tanto se da facilidades para poder reclamarlos, pero es por ello que se vuelve un instrumento legal para proceder con tal abuso en su uso.

Entonces teniendo los conceptos necesarios entendidos y establecidos; concuerdo con el tratadista Ospina en darle al abuso de derecho esa tipicidad para que sea castigada, además establecer parámetros, como lo menciona correctamente Romero, los requisitos para establecer si es abuso de derecho o no.

## **Capítulo II**

### **2.1 Problema jurídico acerca del abuso de derecho en casos de pensiones alimenticias**

Como se analizó en el capítulo anterior, en la cual se explicó las generalidades de conceptos, principios y derechos fundamentales, principios que son los pilares fundamentales en los juicios de pensión de alimentos, toca el análisis correspondiente en detectar el problema jurídico de la hipótesis planteada.

El problema radica en los casos que veremos a continuación, en la cual una de las partes actúa de mala fe, y es esa la cuestión que a mi criterio para evitar tales abusos de derecho, se debe sancionar, o por lo tanto, exigir un análisis doctrinal y que conste en jurisprudencia el vacío legal del abuso de derecho cuando se exige pensiones alimenticias sin cumplir los requisitos establecidos en la norma.

Quiero recalcar, tal como lo expliqué en el primer capítulo, que en tales casos, el beneficiario es el menor, en la cual viendo los requisitos que nos enseña los tratadistas sobre el abuso de derecho, se cumple y no hay norma que tipifique el acto en pensiones alimenticias, es por eso que solo ha habido sentencias negando la demanda de pensión de alimentos, pero se sigue dando.

### **2.2 Jurisprudencia**

Los casos a continuación, son el motivo del cual mediante la investigación me conllevaron y motivaron a realizar este artículo jurídico, incluso en la actualidad apreciar aquello.

Es menester mencionar que estas sentencias a posteriori son en merito resueltas en interposición de recurso de casación solicitadas por una de las partes en caso de pensión de alimentos. En la cual en similar fundamentan el Tribunal a seguir la casación porque: *"cuando ello ha conducido a una*

*equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en el fallo impugnado; para lo cual en su fundamentación debe demostrar el error de derecho en que ha incurrido el Tribunal de instancia, ya que nuestro sistema no admite la alegación de error de hecho en la valoración de la prueba, como causal de casación, ya que pertenece al llamado sistema de casación puro..."* (Andrade S. , 2005, pág. 150). Son las siguientes:

### **2.2.1 Caso SILVIA BANDA JACOME contra HERNAN BRAVO VILLACRES**

El caso comienza con la demanda de pensiones alimenticias interpuesta por Silvia Banda Jácome, en representación de sus hijos menores, en contra del tío paterno Hernán Bravo Villacres.

En primera instancia el Juez Temporal Primero de la Niñez y Adolescencia de Cotopaxi acepta la demanda de pensión de alimentos, obligándolo al demandado a pagar tales obligaciones. En la segunda instancia, la Sala Especializada de lo Civil de Cotopaxi rechaza tal demanda, motivo por el cual la actora interpone recurso de casación y la Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de la familia, niñez y adolescencia no casa la sentencia por los siguientes motivos:

En primer lugar, fundamentando su decisión, explica que la prestación de alimentos es la satisfacción por una persona en favor de otra, los medios necesarios para la subsistencia de ésta, *"es uno de los medios por los cuales se hace efectivo una de los aspectos del derecho a la personalidad llamado derecho a la vida"* (Vardanovic, 1987, pág. 1). Pero el punto primordial y lo que es lo esencial es:

*"Derecho que se realiza a través de la fijación o regulación de la pensión de alimentos, para lo que se requiere cumplir tres requisitos copulativos: 1) título legal; 2) necesidad del alimentario; y, 3) solvencia del alimentante. Respecto del título para demandar alimentos, si bien en una persona pueden concurrir una pluralidad de títulos, solo puede utilizar uno de*

*ellos en el orden que la ley establezca, en contra de quien se encuentre en una posición preferente en relación con los demás obligados, es decir que entre varios parientes, se debe demandar primero a los padres, luego a los abuelos, los hermanos y los tíos según las circunstancias de cada caso. Respecto del segundo requisito, necesidad del alimentario, se debe considerar que procede la demanda de alimentos sólo cuando los medios de subsistencia con los que cuenta propios o de sus padres, son total o parcialmente insuficientes, es decir no le alcanzan para vivir modestamente, de un modo correspondiente a la dignidad de ser humano. Y, en relación a la solvencia del alimentante para determinar el monto de los alimentos, se deberá tener en cuenta sus facultades y más circunstancias domésticas al momento de establecer esta regulación.” (Pensión Alimenticia Silvia Banda, 2012)*

Por lo que la actora procedió a demandar directamente al tío paterno argumentando que *"goza de buena posibilidad económica"*, sin hacer mención a los demás obligados, y no fundamentó como es debido, de porque no se demandó a los otros obligados principales o subsidiarios.

Es evidente que la actora al ver que el tío paterno goza de buenos recursos económicos, se ciega en solo demandar al que posee dicha estabilidad económica, y toma como recurso el derecho de sus hijas a proceder a demandar. Pues la acción de pensiones alimenticias, siendo un "arma legal" en mi punto de vista, aprovecho de aquello, pero que en este no se salió con la suya; bien resuelto por parte de los jueces de la Corte Nacional.

### **2.2.2 Caso LIGIA DELGADO MERCHAN contra EDINSON MONAR SILVA**

El segundo caso a continuación es similar, estableciendo y reconociendo perfectamente los requisitos ante expuestos, lo que agrega es que la parte actora quien exige una pensión, que en mi punto de vista, es exagerada, no cumple con el requisito de necesidad alimentaria, al contrario, posee los recursos necesarios para solventar al menor.



En resumidas palabras, la primera instancia el juez acepta la demanda, pero la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Guayaquil revoca el auto resolutorio; a su efecto la Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia no casa la sentencia, negando la demanda.

La parte actora, quien es una profesional que trabaja como Doctora en medicina, al fallecer el padre de su hija, esta procede a demandar al tío paterno, quien también goza de estabilidad económica. En el caso anterior se nombra los requisitos previos para poder accionar, por lo que aquí también los nombra y agrega que el tío es un obligado subsidiario, no reemplaza la obligación del obligado principal que es del difunto padre de la menor. Lo que estable y argumenta el tribunal es:

*“Por otra parte el Tribunal de apelación también analiza, que el caso de la accionante no se adecúa a la previsión del segundo inciso de este artículo, si como indica, “... no existe ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de la madre de la menor reclamante para que pueda beneficiarse de la subsidiaridad del tío...”. Pues la madre como obligada principal, cuenta con recursos económicos propios provenientes de su trabajo profesional como doctora en medicina, así como con bienes inmuebles y derechos hereditarios que mantiene en común con su hija luego del fallecimiento del padre, ingresos y bienes que los jueces de instancia han estimado suficientes para satisfacer las necesidades de la niña, por lo que el caso no se enmarca dentro de la previsión legal contemplada en esta norma, para que la Sala precautelando el interés superior de la menor, justificado el estado real de necesidad en la que se encuentra, haya estado en el caso de regular la proporción en la que el tío paterno debe proveer la pensión de alimentos. Consiguientemente los cargos presentados a la resolución dictada, al no haberse perpetrado las infracciones anotadas no pueden ser aceptados, correspondiendo desestimarlos.” (Pensión Alimenticia LIGIA DELGADO MERCHAN contra EDINSON MONAR SILVA, 2012)*

Vemos que la parte actora, goza de buena estabilidad económica, siendo y ejerciendo su profesión de Doctora en medicina, lo cual es requisito sine qua non para proceder la acción de pensión de alimentos.

### **2.2.3 Caso PAULA SIZALIMA PIZARRO contra LUIS PUZHI FERNANDEZ**

Siendo breve, es similar a los casos anteriores, nombrando los requisitos copulativos para estos tipos de acciones, pero aquí se faltó al requisito acerca al "título legal" que no fue correctamente planteada en la demanda, pues omitió a los otros subsidiarios y demanda a un tío solamente, ya que teniendo un juicio ya ganado contra el padre del menor, este se dio a la fuga. El Tribunal fundamenta su decisión de la siguiente forma:

*"Por otra parte, la actora, sin haber demostrado la falta, impedimento o insuficiencia de recursos de los integrantes de los grupos de parientes, que antes de los tíos están llamados a la prestación de alimentos, demandó única y directamente al tío paterno de la niña Jennifer Jessenia Puzhi Sizalima, aduciendo que "El tío de mi hija LUIS ANTONIO PUZHI FERNANDEZ, conoce perfectamente donde está su hermano, y a pesar de tener grandes bienes como Finca, ganado, vehículos, caso, no ve por su sobrina a pesar de la obligatoriedad de prestación de alimentos que establece el Art. 129 del Código de la Niñez y Adolescencia, que establece una prelación en el orden de que a falta de los padres, como no tiene hermanos mi hija, y los abuelos el uno es difunto y el otro tiene carencia o insuficiencia de recursos económicos, por tanto le corresponde a su tío..." sin que haya tampoco probado que aquél era el único pariente de la niña dentro de ese grado de consanguinidad, contrariando así la propia norma que invoca como infringida y que establece que habiendo más de una persona obligada a la prestación de alimentos, el juez debe regular la contribución de cada una en proporción a sus recursos. En tal virtud y probado como está dentro del proceso (fs. 24 a 25) que la niña a favor de quien se solicita la fijación de una pensión de alimentos tiene otros parientes que pueden proveer a su sustento y respecto de los cuales la actora no ha demostrado falta, impedimento o insuficiencia de recursos, bien hizo el juzgador de instancia al*

*rechazar la demanda.*” (Pago de Pensión Alimenticia Paula Sizalima, 2012)

Aquí la parte actora reconoce que el obligado principal ya fue demandado por la misma causa, en la cual hay pensión establecida condenándolo al padre de la menor, pero alega que como el tío posee bienes, tiene una estabilidad económica buena, debe ocuparse de su sobrina. Omite los otros obligados subsidiarios y quiere que recaiga toda la responsabilidad al tío. La actora, además, no acredita lo aseverado, ni que logre justificar la imposibilidad de la actora para hacer efectivo el cobro de dicha pensión alimenticia.

Reitero la evidencia de la parte actora de siempre dirigirse del familiar de quien posee más riqueza, solo con el afán de poder percibir una buena pensión por parte de ellos. Pues se me hace inaudito estos hechos, sin contar que algunos casos, algunas de las partes actúan de mala fe, ya sea tratando de evadir su obligación u obtener un derecho que ni si quiera le corresponde a uno, aprovechándose de las circunstancias.

### **2.3 ¿Hay realmente un abuso de derecho?**

Para este análisis, me basaré de las enseñanzas del tratadista Emilio Romero, pues recordemos que para determinar si hay o no abuso de derecho se debe cumplir estos requisitos:

#### **1. Existencia de un derecho objetivo en cabeza de un titular:**

Para aquello si hay, pues seria los derechos alimenticios en beneficio del menor

**2. Uso de ese derecho objetivo externamente legal, mediante el ejercicio de la facultad o la abstención:** A pesar que ese derecho es para el menor, en la práctica quien se beneficia de aquello es quien representa al menor, quien inicia la demanda, sin contar los casos cuando se condena

pensiones exorbitantes, que es otro tema para investigar y realizar otro artículo jurídico.

**3. Daño a un interés ajeno no protegido por una específica prerrogativa jurídica:** Lo más evidente, es el patrimonio actual de quien lo obligan a pagar dichas pensiones, además que también habría daños colaterales por parte de las cargas familiares que tiene el obligado.

**4. Que el daño a terceros sea imputable al titular que usa el derecho, en vista de:**

**a) Haber hecho uso del derecho actuando con dolo o con culpa:** Como se sabe, la buena fe se presume, la mala fe se prueba, pues la intención aquí, en mi criterio, es buscar un beneficio propio más no solamente del menor, quien es el titular del derecho

**b) Haber usado el derecho de una manera excesiva irrazonable, anormal, desacostumbrada, extraordinaria, extravagante, incoherente, irregular o agravante:** Analizando los casos anteriores, en la cual en primera instancia se dieron a favor de la parte actora, pero por cuestiones de la parte demandada han decidido seguir e impugnar de tal garrafal injusticia, hay casos que se quedaron con la decisión de la primera instancia. Pues en tal caso, estamos ante un uso del derecho de manera irregular, agravante e irrazonable.

**c) Haber usado el derecho sin necesidad o sin un fin serio o legítimo, o sin utilidad propia:** De las jurisprudencias expuestas, la parte actora, como el caso de LIGIA MERCHAN VS EDINSON MONAR, tenía estabilidad económica, no tenía necesidad de usar el derecho de su hijo ya que nunca se ha vulnerado el principio del interés superior del niño, no ha pasado por necesidad.

**d) Haberlo usado en forma contraria a la moral, a las buenas costumbres, al orden público, al derecho natural, a la buena fe, a la solidaridad social, y a los fines sociales y económicos del derecho:** Es

evidente que han actuado contrario a la moral y las buenas costumbres, actuando de mala fe, faltando el fin social de la acción legal.

**e) Haberlo usado más allá de la necesidad dada por el destino del mismo:** Como he dicho anteriormente, aquí lo que se intenta buscar, mediante esta acción, es el beneficio propio, más allá del menor.

**f) Haber hecho uso del derecho desviándolo de los fines de la institución, o desviándolo de los fines para los cuales fue creado:** El derecho de alimentos y el principio superior del menor fue creado para el menor, mas no para en beneficio de quien posee la tenencia del menor.

**g) Haberlo hecho uso del derecho en forma anormal o innecesaria, pudiendo haberlo usado de otra forma para conseguir los mismos resultados:** En los casos que se explicó, han usado de manera inadecuada al demandar solamente al tío que mejores recursos económicos posee, la forma correcta era no omitir a los otros obligados subsidiarios, no confundirlos con el obligado principal.

**h) Haberlo usado provocando un daño excesivo con relación a las consecuencias normales de su uso:** este punto dependería del factor de si el accionante ganase el juicio y este perjudique a la vida crediticia del condenado, pues puede darse el caso de mora de las pensiones.

**5. Nexo causal entre el uso del derecho y el daño ocasionado:** Al hacer uso del derecho, en caso de ganarlo en el juicio, el daño que afectaría es a las cargas familiares que posee el obligado, además de las finanzas.

## CONCLUSIONES

Entonces tenemos como conclusiones que:

- En los casos de pensión de alimentos, prevalece en proteger el principio del interés superior del menor. El Estado garantiza dicho principio y velará sus derechos alimenticios que, son relacionados con el derecho a una vida digna, vestimenta, educación, recreación, salud, etc. Tal y como consta en la Constitución:
  - *“Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.”*  
(Constitución, 2008)
- Los requisitos copulativos en las acciones de pensiones alimenticias son: 1) título legal; 2) necesidad del alimentario; y, 3) solvencia del alimentante.
- Siguiendo con las enseñanzas del tratadista Emilio Romero, sobre el reconocimiento ante un abuso de derecho, en correspondencia a los casos expuestos, si se constituye como abuso de derecho por parte quien exige derechos alimenticios para el menor.
- Además, en mi criterio, esto podría llegar hacer ocasionado por una mala asesoría por parte del profesional del derecho, no explicar al usuario si en realidad estamos en un caso de pensión de alimentos, que por lo contrario, se estaría abusando de este ejercicio puesto en práctica.

- Otro punto que quiero acatar, es que he observado que los jueces en primera instancia, son quienes otorgan y aceptan la demanda en favor de la parte quien exige la pensión alimenticia; pues quienes en realidad profundizan al respecto, son los jueces superiores.

## RECOMENDACIÓN

Las recomendaciones, dadas las conclusiones, a mi criterio, son las siguientes:

- El asesoramiento sano y correcto a los usuarios, en la explicación acerca de los obligados principales y subsidiarios. Eso dependerá de cada profesional del derecho, es cuestión de uno mejorarse, pero también es cuestión de la Alma Mater de tener docentes capacitados al respecto para tratar de evitar estos casos.
- Explicar, mediante conferencias, los requisitos que hay que cumplir para poder acceder a una justa y conveniente juicio de pensión de alimentos, sin perjudicar a terceros; ya que este es el fin de todos, y más aun a los que estudiamos y ejercemos esta profesión.
- Que se desarrolle y sea motivo, para enriquecer la ciencia del derecho en materia de niñez, que los tratadistas opinen y cuestionen este punto.
- A su efecto, sea considerada en la fuente de la jurisprudencia, reconocida la mala fe, una vez probada, ante quien solicita la pensión de alimentos, que en su mayoría es quien posee la tenencia de los menores. Pues he encontrado casos en su mayoría, mencionado la mala fe de parte quien trata de evitar la obligación de pagar tales pensiones, pero ni una de la otra parte, solamente negando la demanda.
- Yendo más allá, reformar, ya sea en el Código Orgánico Integral Penal, sea considerada una infracción penal, tipificándolo como contravención, ya que mediante el juicio, se intenta beneficiarse de la riqueza producida por la víctima. Esto pararía los casos, algunos sin éxito, sobre tales abusos de derecho. El artículo, en mi opinión quedaría así:



- Art (...) abuso de derecho.- quien haga uso de una acción legal o reclamado un derecho, sea propio o de algún tercero, de forma anormal e innecesaria para el beneficio propio, y perjudique bienes jurídicos ajenos, será sancionado pecuniariamente con 3 salarios básicos unificados.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Andrade, F. (2008). *Diccionario Jurídico Educativo de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia con legislación ecuatoriana*. Cuenca: Fondo de Cultura ecuatoriana.

Andrade, S. (2005). *La Casación Civil en el Ecuador*. Quito.

Boffi, L. (1985). *Tratado de las obligaciones. Tomo VI*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Cabanellas, G. (2001). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.

Código de la Niñez y Adolescencia. (julio de 3 de 2003). *Ley 100, Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003*. Quito, Pichincha, Ecuador: CEP.

Condorelli, E. (1971). *El Abuso del Derecho*. La Plata: Editorial Platense.

Constitución. (20 de Octubre de 2008). *Registro Oficial Nro. 449*. Montecristi, Manabí, Ecuador: CEP.

Montoya, V. (2007). *Derechos Fundamentales de los niños y adolescentes*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Ospina, G. (1976). *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis.

Pago de Pensión Alimenticia Paula Sizalima, Resolución No. 349-2012 (Corte Nacional de Justicia - Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia 16 de noviembre de 2012).

Pensión Alimenticia LIGIA DELGADO MERCHAN contra EDINSON MONAR SILVA, Resolución No. 252-2012 (Corte Nacional de Justicia Sala

Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia 21 de agosto de 2012).

Pensión Alimenticia Silvia Banda, Resolución No. 346-2012 (Corte Nacional de Justicia - Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia 16 de noviembre de 2012).

Rodríguez, L. (1971). *El abuso del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Romero, E. (1993). *El abuso del derecho*. Quito: EDINO.

Torres, E. (2003). *Breves comentarios al Código de la Niñez y la Adolescencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Vardanovic, A. (1987). *Derecho de Alimentos*. Santiago: Edil Jurídica Ediar-Conosur.

## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **ROJAS OBANDO, GABRIELA KATHERINE** con C.C: # **0202512497** autor del trabajo de titulación: **ANÁLISIS JURÍDICO ACERCA DEL ABUSO DE DERECHO POR PARTE DE QUIEN POSEE LA TENENCIA DEL MENOR EN CASOS DE PENSIONES ALIMENTICIAS**, previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **10** de **febrero** de 2020

f. \_\_\_\_\_

Nombre: **Rojas Obando, Gabriela Katherine**

C.C: **0202512497**

<b>REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA</b>			
<b>FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN</b>			
<b>TÍTULO Y SUBTÍTULO:</b>	<b>ANÁLISIS JURÍDICO ACERCA DEL ABUSO DE DERECHO POR PARTE DE QUIEN POSEE LA TENENCIA DEL MENOR EN CASOS DE PENSIONES ALIMENTICIAS</b>		
<b>AUTOR(ES)</b>	Gabriela katherine Rojas Obando		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES)</b>	Enrique Eloy Estarellas Velasquez		
<b>INSTITUCION:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>FACULTAD:</b>	<b>Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas</b>		
<b>CARRERA:</b>	<b>Derecho</b>		
<b>TITULO OBTENIDO:</b>	<b>Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador</b>		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	<b>DE</b> 10 de febrero de 2020	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	37
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	Derecho de familia, Derecho de niñez y adolescencia		
<b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>	Abuso de derecho, interés superior del menor, derecho de niñez, mala fe, pensiones alimenticias.		
<b>RESUMEN/ABSTRACT:</b>	<p>Como es de conocimiento ante los que estudiamos y ejercemos el derecho, el juicio de pensiones alimenticias vela por los intereses del menor, para su óptimo desarrollo, tanto educacional, salud, vestimenta, entre otros. Pero así, me he encontrado con casos en la cual se comprueba la mala fe de quien posee la tenencia del menor.</p> <p>En el desarrollo de la tesina, constataré la prueba jurisprudencial acerca de la mala fe en estos casos, así como sustentos doctrinales acerca del abuso de derecho. También, no solo que la pensión se beneficia el menor, sino, quien tiene el cuidado, aprovechando de pensiones exorbitantes.</p> <p>De lo dicho, es menester iniciar con la definición general, tanto sobre el abuso de derecho, como el derecho de niñez, el principio del interés superior del menor, entre otros.</p> <p>Lo que conllevaría en el desarrollo del segundo capítulo, el análisis debido del tema principal, así también de la jurisprudencia y el derecho comparado sobre el abuso de derecho. Se finalizaría con las conclusiones y recomendaciones debida, en la cual motivare mi criterio personal debidamente fundamentada.</p>		
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI		<input type="checkbox"/> NO
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	Teléfono: 0963413311	E-mail: <a href="mailto:gabys_05ro@hotmail.com">gabys_05ro@hotmail.com</a>	
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::</b>	<b>Nombre: Reynoso Gaute, Maritza</b>		
	Teléfono:0994602774		
	E-mail: <a href="mailto:maritzareynosodewright@gmail.com">maritzareynosodewright@gmail.com</a>		
<b>SECCION PARA USO DE BIBLIOTECA</b>			
<b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b>			
<b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>			
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>			