

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS. - TERCERA SALA DE LO PENAL, COLUSORIOS Y TRANSITO. Guayaquil, jueves 27 de junio del 2013, las 13h47. **VISTOS:** Ha llegado a conocimiento de esta Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, la presente Acción de Protección en virtud del recurso de Apelación interpuesto por el legitimado activo Lcdo. Xavier Oswaldo Pacheco Pérez, de la sentencia dictada por el Juez Noveno de Garantías Penales del Guayas, dentro de la presente acción de protección propuesta por el prenombrado recurrente contra el Dr. Carlos Cedeño Navarrete, Rector de la Universidad de Guayaquil, Ing. Martha Aguilera Ordoñez, Jefa de la Unidad de Administración de Talento Humano y Dr. Diego García, Procurador General del Estado; y por encontrarse radicada la competencia en esta Sala (fs. 2 cdno. Insta.), se considera; **PRIMERO:** Este proceso ha sido tramitado de conformidad al procedimiento establecido en la Constitución de la República del Ecuador Arts. 86 y 88; en concordancia con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de la Constitucional (ley de la materia) Arts. 6 y siguientes; sin que se advierta afectación sustancial alguna al procedimiento que pudiera influir en la decisión de la causa, por lo que se confirma su plena validez; **SEGUNDO:** El recurso de apelación ha sido interpuesto dentro del término legal, de conformidad a lo que dispone el art. 86, num. 3, segundo inciso de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el Art. 24 de la LOGJCC, por lo que es admisible; **TERCERO:** La Constitución establece en su Art. 88: "...La Acción de Protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales, y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación...". De la misma manera, la LOGJCC, en su Art. 39 determina: "...Objeto.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena..."; consecuentemente el Art. 40 de la Ley de la materia establece los requisitos que debe cumplir la acción de protección, señalando: "... La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado..."; Referencias: el Art. 41 de la LOGJCC estipula la procedencia y legitimación pasiva en este tipo de acciones, y estatuye que: "...La acción de protección procede contra: 1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio. 2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías. 3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías. 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias: a) Presten servicios públicos impropios o de interés público; b) Presten servicios públicos por delegación o concesión; c) Provoque daño grave; d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión

frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo; 5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona...”; y específicamente establece los casos de improcedencia de la misma, Art. 42.- “... Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede: 1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales. 2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación. 3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos. 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz. 5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. 6. Cuando se trate de providencias judiciales. 7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral. En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma...”; CUARTO: Antecedentes: A) De fs. 1 a 15 de los autos, el accionante XAVIER OSWALDO PACHECO PÉREZ, comparece señalando que habiendo ingresado a prestar sus servicios lícitos y personales bajo la relación de dependencia bilateral y directa para la Universidad de Guayaquil, desde el 1 de Mayo del 2001 ininterrumpidamente hasta la fecha de presentación de la demanda, y al haber resultado ganador del concurso interno de méritos y oposición como ayudante de computación, a partir de la posesión de su cargo el 8 de Abril del 2011 siguió laborando con normalidad, y, desde el 1 de enero del 2012 se le ha privado su derecho a percibir su remuneración mensual, así como también se ha incumplido su afiliación al IESS, y que todo obedece a que la jefa de la unidad de administración de talento humano, no ha cumplido con las funciones de realizar la reforma web para regular su situación, pese a las solicitudes interpuestas por parte del accionado sin que tenga contestación alguna, por lo que solicita se declare la vulneración y la reparación de sus derechos, su permanencia y estabilidad como ayudante de computación, el pago de todos sus haberes, sueldos, remuneraciones, emolumentos y estipendios que ha dejado de percibir desde el 1 de enero del 2012; que la Ingeniera Martha Aguilera Ordoñez, Jefa de la Unidad Administradora del Talento Humano, de manera inmediata proceda a realizar la respectiva reforma Web o gestión necesaria para que se acredite de manera normal el sueldo y aportaciones al IESS del accionante. B) La entidad accionada señaló que el legitimado activo no se ha visto vulnerado en ningún derecho; que en el presente caso la Universidad de Guayaquil ha cumplido con la estabilidad laboral y el pago de emolumentos al actor de la presente causa; el Lcdo. Xavier Pacheco Pérez participó en un concurso de méritos y oposición resultando ganador del mismo, por lo que se le extendió el respectivo nombramiento con fecha 7 abril del 2011, declarando no tener impedimento legal para desempeñar el cargo para el que había sido nombrado, no obstante, es ahí que se configura el engaño a las autoridades de la Universidad de Guayaquil, puesto que se encontraba inmerso en el art. 6 de la Ley Orgánica de Servicio Público que señala se prohíbe a toda autoridad nominadora, designar, nombrar, posesionar y contratar en la misma entidad, institución, organismo o persona jurídica, de las señaladas del art. 3 de esta ley, a sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, a su cónyuge o que mantenga unión de hecho. La prohibición señala se extiende a los parientes de los miembros de cuerpos colegiados o directivos de la respectiva institución, disposición que es concordante con el art. 230 num. 3 de la Constitución que prohíbe el nepotismo en las entidades del sector público. Con fecha 11 de noviembre del 2011, mediante oficio No. 230-VRG-2011 el Vicerrector General Ab. Oswaldo Pacheco Gil, solicita se realice la reforma web para que su hijo el Lcdo. Oswaldo Pacheco Pérez, conste en la nómina como servidor con nombramiento legítimamente otorgado por la Universidad de Guayaquil, como consta en

el oficio No. 533-SL-2011, de fecha 14 de noviembre del 2011, suscrito por el Ab. Henry Campuzano Jefe de la Sección Legal, encargado de la Unidad de Administración de Talento Humano de la Universidad de Guayaquil, quien al intentar hacer la reforma web a favor del Lcdo. Oswaldo Pacheco Pérez, para legalizar el nombramiento, se desprende que es hijo de Oswaldo Alfredo Pacheco Gil y Ana Del Rosario Pérez, es decir, hijo del Vicerrector General que se encuentra en funciones desde el año 2009, conforme certificación de Secretaría General adjunto. La prohibición de nepotismo prevista en los art. 6 de la Ley Orgánica de Servicio Público y 6 del Reglamento de la misma ley, se extiende a los miembros del máximo organismo colegiado de las instituciones de educación superior, consultas adjuntas. El Ministerio de Relaciones Laborales, mediante oficio No. 044-VSP-MRL-2011, de fecha 22 de noviembre del 2011, reitera este criterio. La presente acción de protección es improcedente por cuanto de los hechos no se desprende que ha existido violación de derechos constitucionales, además el acto administrativo de que se habla en la presente acción de protección puede ser impugnado en la vía judicial, por lo que solicito que se declare la improcedencia de la garantía jurisdiccional accionada en esta instancia. Por otra parte la Procuraduría General del Estado ha señalado de la misma manera que no cabe la presente acción de protección, alegando que la legitimidad de un acto administrativo no puede ser impugnada en la presente vía. QUINTO: A efectos de resolver, la Sala hace el siguiente análisis con sujeción a la sana crítica: El objetivo principal de la acción de protección en lo sustancial se circunscribe al otorgamiento de la tutela judicial efectiva, que permite a los jueces constitucionales adoptar medidas de suspensión o reparación tendientes a cesar o remediar de manera inmediata un acto u omisión ilegítimo atribuible a una autoridad de la administración pública que haya causado un daño grave o irreparable. La Acción de Protección contemplada en el Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador, conlleva en virtud de su propio contenido garantista, una concurrencia de condicionamientos para su procedibilidad, toda vez que de no existir requisitos congruentes para su interposición el Estado de Derechos sufriría una vulneración de su propio ordenamiento jurídico, generando una violación al debido proceso también garantizado constitucionalmente. Esta concurrencia de requisitos consta también individualizada en el Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que detalla "La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.". En la presente causa el legitimado activo considera vulnerados sus derechos constitucionales como lo son: "...el derecho a la igualdad, estabilidad laboral, y el derecho al trabajo..."; esto, debido a que a pesar de haber trabajado bajo relación de dependencia bilateral con la Universidad de Guayaquil, desde el 01 de mayo del 2001, hasta la presente fecha; se ha sometido al respectivo concurso de méritos y oposición resultando ganador en el mismo, haciéndose acreedor al respectivo nombramiento como ayudante de computación, con cargo a la partida No 5101015 (oficio No 077-DS-2010, suscrito por el Lic. Héctor Chávez Villao, Decano de la Facultad de Comunicación Social). De la misma manera, en el acta del concurso (méritos y oposición), se estableció que no se evidencia nepotismo, puesto que quienes concursaron, no tienen relación consanguínea o de afinidad con la autoridad nominadora. El 08 de abril del 2011, suscribió su nombramiento el accionante, posesionándose así en el cargo de ayudante de computación de la Facultad de comunicación Social FACSO. Sin embargo, a pesar de que el actor de la presente causa constitucional cumplió con todos y cada uno de los parámetros administrativos y legales que se le imponían para laborar de manera lícita y hacerse acreedor al respectivo nombramiento, la Universidad de Guayaquil, ha omitido a

partir del 01 de enero del 2012 extenderle la respectiva remuneración mensual y de la misma manera, la afiliación en el Seguro Social ha sufrido una alteración, puesto que se lo mantuvo vinculado o afiliado a dicha institución hasta el mes de mayo del 2012; omisiones que se las atribuye a la Jefa de Administración de Talento Humano, y al Rector de la Universidad de Guayaquil, quienes no han atendido sus reclamaciones; todos estos elementos se encuentran debidamente acreditados dentro de los autos, por lo que, gozan de plena validez y aportan a la reclamación expuesta por el accionante. Frente a tales afirmaciones y documentación, los accionados alegaron que el legitimado activo Sr. Oswaldo Pacheco Pérez no ha podido ser ingresado en el sistema web por cuanto es hijo del Sr. Oswaldo Alfredo Pacheco Gil y Ana del Rosario Pérez, siendo vástago del Vicerrector General en funciones, lo que de conformidad al Art. 6 de la LOSEP, está prohibido. Bajo tales consideraciones es preciso dilucidar si se cumplen los tres requisitos básicos para advertir la anunciada violación de derechos por parte del accionante; así encontramos que.- I.- La OMISIÓN cometida por la Universidad de Guayaquil se concentra en el hecho de no cumplir con las referidas aportaciones por concepto de remuneración o salario, a favor del Sr. Oswaldo Pacheco Pérez, nombrado ayudante de computación de la FACSO; quien además ha venido cumpliendo con todas sus funciones, y laborando ininterrumpidamente hasta la fecha de presentación de la presente demanda constitucional (conforme se acredita en autos mediante los respectivos certificados laborales). II.- A consecuencia de dicha omisión, el derecho al trabajo garantizado universal y constitucionalmente sufre una directa vulneración al momento en el que un trabajador que cumple con todos los requisitos solemnes y formales para laborar legal y adecuadamente en el establecimiento o entidad designada para el efecto, se le priva inmotivada e injustificadamente de recibir su remuneración que por concepto de retribución le corresponde. La anunciada privación del pago de la remuneración en la persona del accionante y en cualquier otra persona no solo quebranta principios elementales del derecho al Trabajo; sino que también afecta otros derechos, considerándose tal acontecimiento una omisión con el carácter de pluriofensiva, pues limita a la persona a acceder a bienes y servicios necesarios para su desarrollo vital y para su consecuente convivencia en sociedad. Entonces claramente advertimos la concurrencia de una vulneración de derechos, teniendo como base las siguientes disposiciones legales: El Art. 33 de la Constitución trata sobre el derecho al trabajo, y determina que el estado garantizará a las personas trabajadores el pleno respeto a su dignidad a una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas; el Art. 327 de la CRE, también prohíbe toda forma de precarización, el artículo 328 de la norma suprema señala que la retribución debe ser justa, con respecto al trabajo que la persona desempeña; recordemos que el artículo 11 de la Constitución determina que los derechos constitucionales se desarrollaran de manera progresiva a través de la jurisprudencia, principio de progresividad y prohibición de regresividad de los derechos; esto quiere decir que cada vez que se le concede un derecho a alguien, estos no pueden ser reducidos, menoscabados o disminuidos. El Art. 326 de la CRE, en su numeral 2do, indicando que los derechos son irrenunciables; y 4to, que claramente estipula: "...El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: 4. A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración...". Recordemos además que el Art. 33 de la CRE, establece: "...El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado...". III.- Finalmente, concebida así una clara forma de precarización laboral, los mecanismos alternativos frente a ésta vía no cumplirían con garantizar adecuada y eficazmente la pronta interrupción de la vulneración de derechos, ni su justa reparación; está claro que la vía contencioso administrativa demanda un extenso

tiempo en el litigio para alcanzar los fines que mediante la presente vía se pueden reparar de manera directa y procedente. Cumplidos así los tres requisitos claves que invoca la acción de protección para su ejercicio efectivo, es preciso indicar además que el accionante a pesar de no recibir su remuneración ha continuado laborando en el puesto de trabajo al que fue designado; de la misma manera, ha pasado más un año y medio bajo esta perecedera condición laboral; circunstancias por las que, esta Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, resuelve aceptar el recurso de apelación interpuesto por el accionante Xavier Oswaldo Pacheco Pérez, y revocar la sentencia subida en grado; en consecuencia se declara con lugar la acción de protección propuesta por el referido legitimado activo, debido a la evidente vulneración de derechos que se ha producido, disponiéndose en consecuencia que la entidad accionada (Universidad de Guayaquil), a través de su rector Dr. Carlos Cedeño Navarrete, cumpla con disponer el pago de todos los haberes, remuneraciones y/o emolumentos a favor del accionante, desde la fecha de su última cancelación (01 de enero del 2012), así como la equiparación de las aportaciones sociales adeudadas, debiéndose tomar para el efecto todas las medidas administrativas necesarias para dar fiel cumplimiento de esta resolución de carácter constitucional. Ejecutoriada la presente resolución remítase en el día el expediente completo al juzgado de origen para los fines de ley consiguientes. Dese cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 86, numeral 5 de la CRE. Notifíquese.-

~~DR. MORAN MORAN HENRY
JUEZ~~

AB. MARCO QUIMIS VILLEGAS
CONJUEZ


DR. FERNANDO GRAU ARÓSTEGUI
CONJUEZ

Certifico:


Ab. Nuriz Lettis Batalla Dueñas
SECRETARIA (E)

DILIGENCIA: Inmediatamente de dictada la sentencia anterior se dio cumplimiento a lo dispuesto en el art. 277 del Código de Procedimiento Civil.- Guayaquil, junio 27 de 2013.-


Ab. Nuriz Batalla Dueñas
SECRETARIA RELATORA (E)
TERCERA SALA DE LO PENAL Y TRANSITO
CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS

En Guayaquil, viernes veinte y ocho de junio del dos mil trece, a partir de las quince horas y cuarenta y cinco minutos, mediante boletas judiciales notifiqué el AUTO que antecede a: PACHECO PEREZ XAVIER OSWALDO LCDO. en la casilla No. 2998 y correo electrónico guillegabo@hotmail.com. CEDEÑO NAVARRETE CARLOS- RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL en la casilla No. 1662; PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO en la casilla No. 3002. No se notifica a AGUILERA ORDOÑEZ MARTHA ING.- JEFA DE LA UNIDAD DE TALENTO HUMANO, GARCIA DIEGO DR. P.L.D.Q.R., UNIDAD DE TALENTO HUMANO, UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL por no haber señalado casilla. Certifico:


Ab. Nuriz Lettis Batalla Dueñas
SECRETARIA (E)

SORIANO G