3 tes

**JUEZ PONENTE: DR. FREDDY ESPINOZA CHIMBO.**

**CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE BOLIVAR. - SALA ESPECIALIZADA DE GARANTIAS PENALES.** Guaranda, viernes 24 de febrero del 2012, las 15h44. VISTOS.- En nuestras calidades de Conjueces Provinciales, Dr. Freddy Espinoza Chimbo, continúo con el conocimiento de la presente causa, y Dr. Manuel Astudillo Albán y Dra.Nelly Núñez Núñez, avocamos conocimiento de la misma. En lo principal en la acción de protección No. 006-2012, el señor Juez Noveno de lo Civil de Bolívar el día jueves 12 de enero de 2012, a las 15h30, dicta sentencia mediante la cual, "se acepta la Acción de Protección deducida por la legitimada pasiva señora ANA BEATRIZ ARTEAGA SÁNCHEZ y como reparación integral material e inmaterial se deja sin efecto jurídico legal la Resolución Administrativa No 005-2011-A-GAD-LGC, expedida con fecha veintinueve de Diciembre del año dos mil once, por parte del señor Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Caluma, Ing. LEÓN ARTURO GARÓFALO CHÁVEZ. Ordenándose la restitución inmediata al trabajo...." (fs. 105 y vta.). Los demandados Ing. León Arturo Garófalo Chávez y Abg. Raúl Ebelardo Mestanza Aguilar, en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Caluma, respectivamente, con fundamento en lo que dispone el Art. 282 del Código de Procedimiento Civil, solicitan la aclaración y ampliación de la sentencia, respecto a los puntos que se contrae el escrito impugnatorio (fs. 107 y vta.), recursos horizontales taxativos son sustanciados conforme a lo dispuesto en el inciso final del Art. 282 citado (fs. 108), mismos que son rechazados mediante auto expedido el 24 de enero del 2012, a las 08h05 (fs. 109). Los demandados inconforme con la sentencia, la impugnan mediante la interposición del recurso de apelación, que lo hacen dentro del término establecido en el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (fs. 117 a fs. 122), recurso que es concedido mediante auto de fecha 31 de enero de 2012, a las 08h10 (fs. 123), radicándose la competencia en esta Sala por la razón del sorteo electrónico, por lo que, avocamos conocimiento y es el estado de resolver el recurso por el mérito del expediente, tal como lo dispone el Art. 24, inc. 2° de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para hacerlo se fundamenta en los siguientes considerandos: PRIMERO.- Jurisdicción y competencia.- Por mandato de los Arts. 76, num. 7, lit. m) y 86, num. 3, inc. 2° de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los Art. 24 y 168, num. 1° de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esta Sala tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver sobre los recursos de apelación que se interponen de las sentencias dictadas en las acciones de protección. SEGUNDO.- Trámite.- La presente acción ha sido tramitada de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional y aplicable al caso. TERCERO.- La identificación de la demandante: Ana Beatriz Arteaga Sánchez, de 43 años de edad, de estado civil casada, empleada pública, con cédula de ciudadanía No. 0201119369, con domicilio en la ciudad de Caluma. La identificación de los demandados o accionados: La presente acción de protección es dirigida en contra de los señores: Ing. León Arturo Garófalo Chávez y Abg. Raúl Abelardo Mestanza Aguilar, Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Caluma, quienes justifican sus calidades con las copias certificadas de la credencial de Alcalde del Cantón Caluma (fs. 11) y con la acción de personal No. 003, de fecha 1 de julio de 2011 (fs. 13 y vta.), respectivamente; y, el Dr. Luis Cargua Ríos, Director Regional de Chimborazo de la Procuraduría General del Estado, calidad que lo justifica con la copia certificada de la Acción de Personal No. 207-Dari, de fecha 2 de mayo de 2007 (fs. 17), quien es Delegado del señor Procurador General del Estado (fs. 16). CUARTO.- Los fundamentos de hecho.- Comparece la señora Ana Beatriz Arteaga Sánchez, ante el señor Juez Noveno de lo Civil de Caluma, e interpone la acción de amparo constitucional en contra de los señores Ing. León Arturo Garófalo Chávez y Abg. Raúl Abelardo Mestanza Aguilar, Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Caluma. La compareciente en lo

principal manifiesta: Que, laboró como servidora pública, bajo relación de dependencia del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Caluma, en calidad de Jefa de la Sección de Recursos Humanos, habiéndoseme otorgado el nombramiento definitivo de dicho cargo en acción de personal del 9 de junio del 2010, nombramiento por el que me hallo amparada por la carrera administrativa, como lo determinaba en su momento el Art. 92 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, así como también en concordancia con la Disposición Final de la invocada ley, en concordancia con lo establecido en el Art. 83 y Disposición Final Primera de la Ley Orgánica de Servicio Público, y por ende no soy funcionaria de libre remoción.- En este orden, para precedente a la remoción de mi cargo debe tramitarse el respectivo sumario administrativo, o el trámite respectivo como derecho a la defensa, tal como lo señalan los numerales 1, 2 y 7 literales a, b, c de la Constitución de la República en armonía con lo dicho en el Art. 229 segundo inciso. Es el caso que con fecha 29 de diciembre del 2011 el Alcalde León Arturo Garófalo Chávez del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Caluma dictó la Resolución No 005-2011-A-GAD-MC-LGC por la que se me remueve de mi cargo y cuya vigencia es inmediata, haciéndose constar en tal resolución una supuestas violaciones a mis funciones en contra de las cuales jamás pude presentar descargo alguno violándose mi derecho a la defensa transgrediendo normas básicas del debido proceso así como trastocando lo señalado en el Art. 82 de la Constitución de la República, por lo que tal acto administrativo contenido en la resolución de marras es inconstitucional, ilegal e improcedente atentando a mis derechos constitucionales. Lo más grave de esto es que los fundamentos de la resolución mencionada son meramente enunciativos y no son debidamente motivados conforme lo dispone el Art. 76 numerales 7 literal L de la Constitución de la República, por lo que carece de valor, sin embargo me ocasionan, como ya he dicho, un perjuicio irreparable que debe ser evitado, más aún si el Art. 11 numeral 3 primer inciso de la Constitución de la República expone: "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:---3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte..."; por su parte, en su orden, los numerales 5, 6 y 9 (de este último el primer inciso) del Art. 11 de la Constitución prescriben: "...5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia; 6.- Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía...; 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la constitución. ..." (....); por lo que, en el caso presente la resolución que hago mención es absolutamente improcedente e ilegal, violatorio a mis derechos constitucionales y en consecuencia nulos. La petición concreta.- Por lo expuesto, con fundamento en lo establecido en los Arts. 86 y 88 de la Constitución de la república, así como con sustento en lo señalado en los Arts. 39, 40 y más pertinentes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, concurro ante usted y deduzco la correspondiente acción de protección en contra del Ing. León Arturo Garófalo Chávez Alcalde y Abg. Raúl Abelardo Mestanza Aguilar, Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Caluma, con el objeto de que se deje sin efecto la resolución N° 005-2011-A-GAD-MC-LGC de 29 de diciembre del 2011, por lo que se remueve de mi cargo, por cuanto el mismo transgrede (sic) y viola mis derechos establecidos el Arts. 82, 226 y 229 de la Constitución de la República; y, en consecuencia se me ocasiona indefensión máxime si los referidos acuerdos me impiden acceder a recibir la atención que necesito: atención médica que si no la recibo me causaría la muerte, precisando que tales acuerdos son absurdos e inmotivados y lo más grave arbitrarios por lo que son nulos y carecen de validez para su plena eficacia jurídica. La compareciente manifestando que, Por las consideraciones expuestas señor Juez, se dejará

4 cuatro

sin efecto el Acto Administrativo emitida por el señor Ing. León Arturo Garófalo Chávez Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Caluma mediante acción de personal No 001 del 29 de diciembre del 2011 por las violaciones constitucionales que presenta y que, sin duda afectan a la compareciente permitiéndole continuar laborando. QUINTO.- La audiencia pública celebrada en la presente causa.- La demandante reproduce el contenido del libelo de la acción de protección, y hace entrega en copias certificadas de las acciones de personal emitidas por el señor Alcalde del Cantón Caluma, así como también la consulta hecha al señor Ministro de Relaciones Laborales de fecha 21 de junio del 2011, con oficio GAD-NC-A-0244-2011-LGC y el oficio de respuesta a esta consulta dirigido por el señor Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado de Caluma, firmado por el señor Abg. Juan Fernando Salazar Viceministro del Servicio Público, de fecha 24 de octubre del 2011 y recibido el 27 de octubre del 2011 y pide que se tenga como prueba a su favor. Los demandados Ing. León Garófalo y Abg. Raúl Mestanza como representantes legales del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Caluma, manifiestan que, refiriéndonos a los supuestos fundamentos de hecho y de derecho de la presente acción de amparo de protección signada con el número 006-2012 que propone la ex funcionaria de esta Entidad señora Ana Beatriz Arteaga Sánchez, en lo principal impugnamos el contenido íntegro de la demanda de la misma manera impugnamos los dichos por la parte actora dentro de esta audiencia oral pública. Señor Juez la parte actora bajo su cuenta y responsabilidad demanda el amparo de protección engañando a su Autoridad ya que presenta acciones de personal que quedaron caducas al instante de hacerse acreedora a una acción de personal de libre nombramiento y remoción para asesorar en el área de recursos humanos a la autoridad nominadora de la Municipalidad de este cantón me refiero a la acción de personal No. 004 de fecha 1 de julio del año 2011, según decreto No. 002-A-GAD.MC-LGC, la misma que consta suscrita, aceptada, reconocida con la firma y rúbrica del señor Alcalde Ing. León Garófalo Chávez de la nombrada señora Ana Beatriz Arteaga Sánchez que en el anverso de este documento jura en la posesión al cargo lealtad al cargo y que es registrado por su inmediato superior Jerárquico el Ing. Heackl Guevara Director Administrativo de la entidad, en tal virtud señor Juez queda comprobado señor juez que la presente acción adolece de falsedad, señor Juez para la procedencia de la remoción a la hoy actora, la Autoridad nominadora supo cumplir con apego a la ley dos resoluciones motivadas e aplicación estrictamente de la normativa legal establecida en la Ley de Servicio Público, Reglamento General del servicio público, COOTAD y fundamentalmente de la Constitución de la República del Ecuador, en consecuencia no existe violación alguna para el ejercicio del acto administrativo de remoción manifestando por la hoy demandante, acatando su disposición señor Juez de fundamentar tan solo lo que consta en los fundamentos de la demanda es menester darle a conocer que la demandante refiere que se le ha ocasionado indefensión por acuerdos que le impiden acceder a recibir atención médica que la necesita, atención médica que si no la recibe le causaría la muerte, al respecto señor Juez, la Directora Financiera emite un instrumento en el que consta que hasta la presente por no concluir la totalidad de la entrega recepción de los bienes y demás efectos puestos bajo su responsabilidad, continúa con el registro de seguro social, por lo que no entendemos de que reclamo en tal sentido expone en el numeral cuarto de su petición, no sin antes hacerle saber a su Autoridad que en la carpeta de la ex funcionaria no aparece un solo permiso médico, licencia con sueldo o sin sueldo para tal efecto, lo que si consta es que la Municipalidad a partir del año 2009 y hasta el año 2011 momentos de la cesación ha recibido más de trece cursos y seminarios solventados por el estado a fin de que dichos conocimientos sean revertidos en beneficio de la Institución. Señor Juez es nuestra obligación fundamentar la potestad que como Autoridad nominadora le corresponde al señor Alcalde en base a los Arts. 85 de la Ley Orgánica de Servicio Público en concordancia con el Art. 5 y 60 del COOTAD para ver ejecutado la facultad de remoción la que en ningún momento constituye destitución o sanción por cuanto la hoy

accionante no es funcionaria de carrera, en conclusión señor Juez y en virtud de las normas legales y constitucionales expuestas, se dignará rechazar la presente acción de protección propuesta por la señora Ana Beatriz Arteaga, por carecer de fundamentación jurídica y por no ser la vía correcta; además señor Juez de acuerdo a su experiencia como Juzgador y al amparo de la sana crítica se sirva declarar y ratificar como legal y legítima la resolución No. 005-2011-A-GAC de fecha 29 de diciembre del año 2011. Como elemento de prueba instrumental de acuerdo a este nuestro formal alegato, me permito adjuntar setenta y ocho fojas útiles que darán cuenta cierta de lo que estamos manifestando. En la réplica los accionados en la parte pertinente manifiestan: "....lo que se ha podido apreciar es de que en su intervención la parte actora en nada ha podido aportar a su ilegal escrito de demanda inicial, en consecuencia una vez más nos ratificamos en el escrito que en tres fojas que contienen setenta y ocho fojas útiles para el estudio respectivo que formule su autoridad y que servirán para los efectos de su formal resolución, además señor Juez nos ratificamos que el Art. 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público en su literal h) manda y sanciona que por ingresar al sector público sin ganar el concurso de méritos y oposición que es concordante con el literal e) de la misma Ley, que la remoción de trámite a los servidores de libre nombramiento y remoción, queda claro que la demandante quien tenía la obligación de asesorar al señor Alcalde en la administración de Talento Humano entre sus obligaciones lo que dice el Art. 52 de la Ley Orgánica de Servicio Público en el Literal j) realizar la evaluación del desempeño una vez al año, considerando la naturaleza institucional y el servicio que prestan las servidoras y servidores a los servidores internos y externos así como también consta el Literal k) su publicación de asesora y prevenir sobre la aplicación de la ley, su reglamento general y las normas emitidas por el Ministerio de Relaciones Laborales a las servidoras y servidores públicos de la Institución, esta situación señor Juez no se ha dado bajo la responsabilidad de la ex –funcionaria Ana Beatriz Arteaga Sánchez, por lo expuesto nuestra final petición, que se deseche la presente demanda de protección No. 006-2012 del 4 de enero del 2012 y admitida a su trámite el 6 de enero del 2012, no sin antes condenar en costas procesales a la parte actora por obligarnos a litigar sin justa causa. La serie de actos de ineficiencia constan claramente enunciados en el escrito que hacemos, entregamos y los adjuntos respectivos, lo que servirá de mérito para que su autoridad deseche la presente acción." La parte demandante en la contestación a la réplica, realizada por intermedio de su defensor, en lo principal manifiesta: " ...Ha manifestado que su hoja de vida de Ana Beatriz Arteaga Sánchez no existe certificaciones médicas, ni permisos, lo que demuestra señor Juez, que mi defendida ha sido fiel cumplidora de su trabajo, que ni siquiera por enfermedad ha requerido permisos, pero no ha dicho en ningún momento si se ha iniciado acciones administrativas en contra de mi cliente por los supuestos incumplimientos de las disposiciones emanadas por los superiores. Se ha dicho que ha recibido una serie de seminarios de adiestramiento y adquisición de conocimientos que van en beneficio mío y por obvias razones a favor a la entidad a la que pertenezco toda vez que en ningún instante ha sido llamada la atención en forma verbal que tiene que ser por escrito señor para que quede constancia, no he sido multada ni he retenido fondos de mis sueldos por incumplimiento a mi trabajo, señor Juez lo que demuestra globalmente que he sido una eficiente servidora pública y no se ha podido demostrar lo dicho en esta audiencia que he sido dueña de actos ineficientes..." El Dr. Luis Cargua Ríos, Director Regional de Chimborazo de la Procuraduría General del Estado, en su escrito de comparecencia a juicio (fs. 16), en el numeral 2 dice: " El Acto impugnado es claramente administrativo frente al cual existe la correspondiente vía contencioso administrativa para su reclamación, de tal manera que en base al numeral 4 del Art: 42 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que establece que las acciones de protección no proceden cuando el acto administrativo puede ser impugnado por la vía judicial, la presente acción debe ser inadmitida." SEXTO.- Los actos de autoridad pública.- Para mejor enfoque del tema a tratarse , debemos destacar los

aspectos relevantes de la acción de protección que se puede imponer contra todo acto de autoridad pública no judicial, al respecto prescribe el Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador: "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 se supongan la privación 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". El Art. 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional enuncia: "Art. 39.- 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." De las disposiciones anotadas se destacan dos elementos configuradores de la garantía jurisdiccional y que le sirven de presupuesto: a) Actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, contra políticas públicas y actos particulares; y, b) Derechos reconocidos en la Constitución vulnerados. Por lo anotado, la Sala se interroga, ¿El señor Ing. León Arturo Garófalo Chávez, Alcalde del Gobierno Descentralizado del cantón Caluma, tiene la calidad de autoridad pública? Al respecto ha dicho el Tribunal Constitucional el 16 de agosto del 2007, en la Resolución No. 1095-06-RA, Segunda Sala, publicada en el Registro Oficial No. 167-S, 11 de septiembre de 2007, en la parte pertinente: " TERCERO.- Alegado como está por las partes, el asunto de la personería jurídica del legitimado pasivo, consideramos que el artículo 95 de la Constitución Política de la República da luces cuando señala claramente que la Acción de Amparo puede presentarse-como es el caso-:a) contra una autoridad pública que mediante acto u omisión ilegítimos, viole o pueda violar un derecho consagrado en la Constitución o en los tratados internacionales vigentes; entendiendo por autoridad pública, aquella que con acierto define el Dr. Jorge Zavala Egas en su obra "Derecho Constitucional" Editorial EDINO. Tomo II. Pp. 206 "tiene calidad de autoridad pública para efectos de amparo, aquellas personas, órganos o entidades que han asumido facultades de resolución, decisión o ejecución y que están dotados en consecuencia de la potestad para realizar actos de trascendencia jurídica que invaden al ámbito de acción de los particulares imponiéndoles su voluntad"; por lo tanto caen en esta definición las instituciones del Estado..." Y el acto realizado por el demandado, según el contenido del libelo de la demanda, la demandante en la parte pertinente manifiesta que: "Es el caso que con fecha 29 de diciembre del 2011 el Alcalde León Arturo Garófalo Chávez del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Caluma dictó la Resolución No 005-2011-A-GAD-MC-LGC por la que se me remueve de mi cargo y cuya vigencia es inmediata, haciéndose constar en tal resolución una supuestas violaciones a mis funciones en contra de las cuales jamás pude presentar descargo alguno violándose mi derecho a la defensa transgrediendo normas básicas del debido proceso así como trastocando lo señalado en el Art. 82 de la Constitución de la República, por lo que tal acto administrativo contenido en la resolución de marras es inconstitucional, ilegal e improcedente atentando a mis derechos constitucionales. Lo más grave de esto es que los fundamentos de la resolución mencionada son meramente enunciativos y no son debidamente motivados conforme lo dispone el Art. 76 numerales 7 literal L de la Constitución de la República, por lo que carece de valor, sin embargo me ocasionan, como ya he dicho, un perjuicio irreparable que debe ser evitado, más aún si el Art. 11 numeral 3 primer inciso de la Constitución de la República expone: "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:---3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos

humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte..."; por su parte, en su orden, los numerales 5, 6 y 9 ( de este último el primer inciso) del Art. 11 de la Constitución prescriben: "...5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia; 6.- Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía...; 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la constitución. ..." (....); por lo que, en el caso presente la resolución que hago mención es absolutamente improcedente e ilegal, violatorio a mis derechos constitucionales y en consecuencia nulos." De lo expuesto se desprende que la demandante sostiene que se ha violado su derecho a la legitima defensa, que es un derecho de protección, que en el Art. 76, num. 7, lit. a), b) y c) de la Constitución de la República dice: "Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1.- Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 7.- El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones...." Al respecto la Corte Constitucional, en la sentencia No. 028-10-SEP- CC de 10 de junio de 2010, publicada en el Registro Oficial (S) No. 290 de 30 de septiembre de 2010, dice en la parte pertinente: "En primer lugar, bajo la óptica de quienes sostienen la opinión antes mencionada, no cabe la acción contra actos de la administración pública, en los que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos; y, por lo mismo, deben ser demandados en sede judicial. Los actos de la administración pública surgen, generalmente, del denominado sector público, cuyas instituciones están detalladas en el Art. 225 de la Constitución vigente (.... El artículo 88 CRE) establece como situación primigenia que la acción de protección es de carácter tutelar; que procede contra actos de la autoridad pública, y que vulnere derechos constitucionales por acción u omisión. Así, la disposición no hace diferencia alguna en cuanto al alcance del acto, sino que su esencia es que exista violación constitucional. En conclusión, si la autoridad pública dicta un acto en que reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o suprima derechos, sin observar lo que determina el artículo 226 de la Constitución de la República, que fija el campo de las atribuciones de los funcionarios públicos, se estaría ante todo, frente a una violación de derechos. (...) En definitiva , en lo que atañe al tema, independientemente del contenido del acto de autoridad pública, la acción es procedente simple y llanamente si existe violación constitucional, caso contrario sería un acto de mera legalidad, en cuyo caso procede su reclamo en las vías a las que se refiere el artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial, particular que, necesariamente, debe realizarse a través de sentencia, en donde se resuelve el asunto de fondo(....)" Teniendo en cuenta el precedente anotado, de los actos realizados por el señor Ing. León Arturo Garófalo Chávez, Alcalde del Gobierno Descentralizado del cantón Caluma, tiene la calidad de autoridad pública, luego el accionado requerido por la Constitución comprende o reúne los siguientes elementos: a) órgano o persona; b) potestad pública; c) actos de decisión o ejecución; d) sobre la esfera de los derechos de personas que, necesariamente , se encuentran en relación de subordinación general o en relación de sujeción especial; y, además se debe tomar en cuenta que en la acción de protección existe mención de Derecho constitucional vulnerado, lo que se desprende de la descripción de los hechos, los que si se constata. Con respeto a lo que manifiesta el señor Director Regional de Chimborazo de la Procuraduría del Estado, que: " El Acto impugnado es claramente administrativo frente al cual existe la correspondiente vía contencioso administrativa para

su reclamación, de tal manera que en base al numeral 4 del Art. 42 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que establece que las acciones de protección no proceden cuando el acto administrativo puede ser impugnado por la vía judicial, la presente acción debe ser inadmitida." Al respecto el Dr. Jorge Zavala Egas, en su obra Teoría y Práctica Procesal Constitucional, pp. 142 y 143, expone: "Aceptamos que la opción no es plena, pues, queda cerrada la vía de la acción de protección cuando existe la vía judicial adecuada y eficaz para la protección de los derechos (Arts. 40.3 y 42.4 LOGJYCC), lo cual es objeto de control por parte del juez. Es decir, cuando exista una vía judicial ordinaria con un procedimiento igualmente específico que el proceso constitucional, o sea, que sea igual de flexible en las formas, no susceptible de incidentes dilatorios, de conocimiento sumario y con la misma efectividad, por ejemplo, previsión de medidas cautelares, no se puede optar por la acción de protección. Esto significa que ante igualdad de opciones en cuanto a las características de las acciones alternativas, se debe acudir a la ordinaria. Los casos en que el afectado puede elegir una u otra vía, la de protección o la ordinaria, es cuando no existe otro mecanismo adecuado de defensa judicial para reparar el Derechos constitucional violado, del cual pueda predicarse la misma inmediatez y eficacia para la protección efectiva, idónea y real del Derecho constitucional violado. En esta circunstancia surge la posibilidad de elección del afectado: va por la vía judicial ordinaria o va por la acción de protección. Misma circunstancia cuando se trata de un acto judicial lesivo de derechos constitucionales y se busca la acción extraordinaria de protección. También la alternavilidad del proceso constitucional deriva de la imposibilidad de proponer la acción de protección si se ha optado por la vía judicial ordinaria, lo que dimana de la norma previa en el número 3 del Art. 40 CRE: Aceptando que no existe en el Ecuador ningún proceso que tenga un procedimiento igualmente satisfactorio al de protección para la defensa y reparación de los derechos constitucionales, es obligado aceptar que la elección de una u otro proceso es una alternativa por el justiciable." Por lo anotado, no se acepta la tesis del señor Director Regional de Chimborazo de la Procuraduría del Estado. SÉPTIMO.- La relación de los hechos probados relevantes para la resolución.- La Corte Constitucional en la sentencia No. 040-10-SEP-CC, de 9 de septiembre de 2010, en la parte pertinente dice: "...Ya sustanciada la misma, para la aceptación de la demanda y su pretensión, "el juez debe examinar los soportes que presente el legitimado activo,. Como los aportados por el demandado, y en razón de ellos resolver, es decir, determinar si la acción es procedente o no. De estas opiniones se infiere que el juez deberá respetar también los derechos que tiene el demandado. Y, desde el punto de vista procesal, ambas partes entran en igualdad de condiciones en la contienda, bajo ese antiguo principio que rige el procedimiento...." 7. 1. Cumpliendo con el precedente anotado, la Sala entra analizar los soportes presentadas por las partes en contienda, así tenemos: a) En el caso, el acto de autoridad que se impugna está contenido en la Resolución Nº 005-2011-A-GAD-MC-LGC., suscita por el Sr. Ing. LEÓN ARTURO GARÓFALO CHÁVEZ. ALCALDE DEL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE CALUMA. En la parte de los considerandos, que contiene seis numerales, en el número 1, consta que, ha existido el incumplimiento de lo establecido en el artículo 52.- De las atribuciones y responsabilidades de la Unidad de Administración del Talento Humano de la Ley Orgánica de Servicio Público-LOSEP. Los incumplimientos se encuentran detallados en los literales a) hasta la i). En el número 2, consta que: ha existido el incumplimiento de lo prescrito en el literal g) del artículo 22 de la LOSEP. En el número 3, que ha existido el incumplimiento de los prescrito en el literal i) del mismo artículo 22 de la LOSEP. En el número 4, que ha existido el incumplimiento a lo establecido en el Art. 79 del Reglamento General a la LOSEP. En el número 5, que ha existido el incumplimiento a las disposiciones de la máxima autoridad, tal como se demuestra con el Oficio GAD-MC-A-0491-2011-LGC. En el número 6, consta: "Que se han presentado faltas graves en el desempeño de sus funciones según lo indicado en el Oficio No. 341-DJ-2011-GAD-MC

del 28 de diciembre del 2011, por parte de la Sra. Ana Beatriz Arteaga Sánchez en sus funciones de Jefa de Recursos Humanos del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Caluma, que incluye lo manifestado en los cinco numerales anteriores por parte de la misma funcionaria. Por los antecedentes anteriormente señalados, y que fueron informados y analizados por los señores Ing. Heackel Guevara Viteri, Director Administrativo; y, Ab. Raúl Mestanza, Procurador Síndico Municipal del GAD-MC, y de acuerdo con la acción de personal No. 004 de fecha 1 de julio de 2011, y que rige a partir del 11 de noviembre de 2009, según explicación que transcribo: "En mi calidad de Alcalde del Gobierno Municipal del Catón Caluma, en uso de las atribuciones que me confería el Art. 69 numeral 25 de la LORM, procedí a nombrar a la Sra. ANA BEATRIZ ARTEAGA SÁNCHEZ como JEFA DE RECURSOS HUMANOS DEL GAD-MC; Y, A PARTIR del 9 de junio de 2010 en aplicación a la Ordenanza que Reglamenta al Estructura Orgánica Funcional del Gobierno Municipal del Cantón Caluma, aprobada en sesión de Concejo el 21 de mayo de 2010 y sancionada el 7 de junio de 2010, se resolvió nombrar a la Sra. ANA BEATRIZ ARTEAGA SÁNCHEZ, como JEFA DE SECCIÓN RECURSOS HUMANOS DEL GMC, por la atribuciones que me confiere el Art. 60 literal a), i), w) del Código Orgánico de organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en armonía con los artículos 16, 17 literal c) y 22 de la Ley Orgánica del Servicio Público, así como de los artículos 16, 17 de su Reglamento General queda ratificado el nombramiento antes descrito. El presente cargo es de libre nombramiento y remoción al tenor de la normativa legal invocada en líneas anteriores. Déjese constancia que el ingreso a esta entidad por parte de la funcionaria antes nombrada es desde el 3 de agosto del año 2009, como tiempo a computarse para los fines pertinentes." En uso de la facultad establecida en el COOTAD, literal i) del artículo 60 "Resolver administrativamente todos los asuntos correspondientes a su cargo; expedir, previo conocimiento del concejo, la estructura orgánico-funcional del gobierno autónomo descentralizado municipal; nombrar y remover a los funcionarios de dirección, procurador síndico y demás servidores públicos de libre nombramiento y remoción del gobierno autónomo descentralizado municipal." RESUELVO: Art. 1.- REMOVER del cargo de JEFA DE RECURSOS HUMANOS DEL GAD-MC, a la funcionaria Sra. ANA BEATRIZ ARTEAGA SÁNCHEZ, para el efecto jurídico correspondiente elabórese la Acción de Personal de remoción del cargo. Art. 2.- Notifíquese la presente resolución a la Sra. Ana Beatriz Arteaga Sánchez. DISPOSICIÓN FINAL.- La presente resolución entrará en vigencia a partir de la presente fecha- ALCALDÍA DEL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE CALUMA.- Caluma, 29 de diciembre de 2011.- Firma el señor Ing. León Arturo Garófalo Chávez. Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Caluma".- En la razón consta lo siguiente: "Siento por tal, que la resolución que antecede fue emitida y suscrita por el ingeniero León Arturo Garófalo Chávez, Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Caluma, el 29 de diciembre de 2011.- Lo Certifico.- Caluma, 29 de diciembre de 2011.- Firma el Dr. Edwin José Núñez Ribadeneira. Secretario General del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Caluma. b) La Acción de Personal a la que se hace referencia en la resolución anotada, se encuentra a fs. 3 del proceso; c) Los nombramientos provisional y definitivo, se encuentra agregados a fs.5 y fs. 4 y 33, esta acción de personal tiene fecha 1 de julio de 2011; en la explicación en esta acción de personal consta que: "El presente cargo es de libre nombramiento y remoción al tenor de la normativa legal invocada en líneas anteriores. Déjese constancia que el ingreso a esta entidad por parte de la funcionaria antes nombrada es desde el 3 de agosto del año 2009, como tiempo a computar para los fines pertinentes; d) A fs. 42 hasta fs. 47, se encuentra el Informe No. 001-2012-DA-GADMC, de fecha, Caluma, 6 de enero de 2012, que es fecha posterior a la acción de personal de remoción, suscrito por el señor Ing. Heackel Guevara Viteri, Director Administrativo del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Caluma, en las conclusiones, en el inciso primero, anota:

" Se puede observar claramente la falta de acuciosidad y destreza en el manejo de la información lo cual evidencia un claro desconocimiento de las leyes laborales vigentes y la incapacidad en el desempeño de las funciones de Jefa de Sección de Recursos Humanos, al inducir al cometimiento de errores a la Autoridad Nominadora al elaborar acciones de personal para conceder vacaciones basada en lo dispuesto en la LOSEP a trabajadores contratados bajo la modalidad de Código de Trabajo."; e) En el escrito de comparecencia al juicio los demandados (fs. 30 a fs. 32 y vta.), en el numeral 1.4. manifiestan: "Ante esto, y luego de realizar el procedimiento administrativo previo, mediante Resolución No. 002-2011-A- GAD-MC-LGC de 24 de junio del 2011, notificada con la Acción de Personal No. 004 de 01 de junio del 2011, se informa a la señora Ana Arteaga que su cargo es de libre nombramiento y remoción. Dicha Resolución en su parte pertinente dice lo siguiente: (....) ARTICULO 1.- Disponer a la Sra. Ana Arteaga Sánchez en su calidad de Jefa de recursos Humanos del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Caluma, proceda a corregir todos y cada uno de los errores constantes en las acciones de personal que han sido emitidas a quienes ocupan el cargo de Jefe de recursos Humanos, (...). Toda vez que dichos funcionarios ingresaron cuando se encontraba vigente la Ley Orgánica de régimen Municipal y se trata de funcionarios d libre nombramiento y remoción que gozaban de la confianza de la autoridad nominadora para ejercer las actividades de trabajo encomendadas en aplicación de la normativa legal establecida en los artículos 69 numerales 23 al 26, 28, artículo 174, 175 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, ley vigente en ese entonces; y, por ende concluirán sus funciones en la misma fecha del Alcalde de no darse otras circunstancias.(...)". En numeral 1.5. manifiestan: "En virtud de que el cargo que ocupaba la señora Ana Arteaga es de libre nombramiento y remoción ya que se encuentra dentro de la escala jerárquica superior, y en virtud de que perdí la confianza en la accionante, una vez enterado sobre el contenido del informe suscrito por el Ing. Heackel y Abg. Raúl Mestanza Aguilar, Director Administrativo y Procurador Síndico del GAD-MC en su orden, con resolución No. 005–2011-A- GAD-MC-LGC de fecha 29 de diciembre del 2011, notificada con Acción de Personal No. 001 de la misma fecha, haciendo uso de mis facultades como Alcalde, se removió a la señora Ana Beatriz Arteaga de su cargo de Jefa de Recursos Humanos." 7.2. Por lo anotado corresponde a la Sala determinar si la accionante, tiene la calidad de funcionaria de libre nombramiento y remoción, para ello debemos referirnos a las siguientes piezas procesales: a) A fs. 24 hasta fs. 27, consta el Oficio –GAD-MC-A-0244-2011-LGC, de fecha, Caluma 21 de junio de 2011, dirigido al Dr. Richard Espinoza, Ministro de Relaciones Laborales, suscrita por los señores: Ing. León Garófalo Chávez, Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Caluma y por el Abg. Raúl Mestanza, Procurador Síndico. Quienes luego de los antecedentes y de un análisis, en la parte pertinente manifiestan: " Con los antecedentes expuestos, solicito a Usted muy respetuosamente se sirva emitir su criterio jurídico en el siguiente sentido: indicar si los servidores que ingresaron al entonces Gobierno Municipal del cantón Caluma hoy Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Caluma como son: Jefa de la Sección de Recursos Humanos; Jefe del Departamento de Agua Potable y Alcantarillado; y, Comisaría Municipal en los que sus nombramientos constan como definitivos conforme las acciones de personal que se adjuntan están o no expedidos de acuerdo a las disposiciones legales vigentes anteriormente invocados. Nuestra formal consulta de su se debe aplicar el artículo 47 literal e) de la LOSEP, esto es por falta de requisitos. O en su defecto se debería o no dejar insubsistentes dichas acciones de personal y convocar a un concurso de selección de méritos y posición de conformidad a lo que establece el artículo 228 de la Constitución de la República en actual vigencia, en armonía con el artículo 58, 65 de la LOSEP vigentes a partir del 6 de octubre de 2010.....";
b) En el Oficio No. MRL-AGTH-2011-EDT No. 01565, de fecha Quito, 2 de octubre de 2011, dirigido al Ing. León Garófalo Chávez, Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Caluma, suscrito por el señor Abg. Juan Fernando Salazar

G., Viceministro del Servicio Público (fs. 22 a fs. 23), que para mayor comprensión la Sala la reproduce en su totalidad, que dice: "En atención a su OFICIO- GAD-MC-A-0244-2011-LGC, de 21 de junio del 2011, por el cual consulta sobre la aplicación de la LOSCCA y la Ley de Régimen Municipal Interno, indicando si los servidores que ingresaron al Gobierno Municipal del Cantón Caluma, en calidad de Jefa de la Sección de Recursos Humanos, Jefa del Departamento de Agua Potable y Alcantarillado; y, Comisaría Municipal, cuyos nombramientos se adjuntan a la petición, están o no expedidos de acuerdo a la ley, teniendo en cuenta que inicialmente las acciones de personal de los referidos funcionarios constan como nombramientos provisionales y no con cargo de libre nombramiento y remoción, actualmente con nombramientos definitivos, al respecto me permito manifestar: El Art. 228 de la Constitución de la República determina que ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determina la Ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora. La Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de la Remuneraciones del Sector Público, en el Art. 58 literal d) establecía que la Unidad de Administración de Recursos Humanos. UARHS, era la responsable de administrar el sistema integrado de desarrollo de recursos humanos del servicio civil, y el de desarrollo institucional, de manera desconcentrada y descentralizada, bajo los lineamientos, políticas, normas e instrumentos emanados por la ex SENRES. De otro lado, el artículo 6 de la LOSCCA determina los requisitos para el ingreso al servicio público, precisando en su literal b) que para el ingreso al servicio público se debía cumplir con los requisitos de preparación académica, experiencia y demás competencias exigibles previstas en el Manual Genérico de Clasificación de puestos del Servicio Civil y en los Manuales de Clasificación de puestos de cada entidad. El Art. 18 literal b) de la ley íbidem, en concordancia con lo señalado en el artículo 11 literal a) del Reglamento a la LOSCCA al referirse al nombramiento provisional señalaba que este se extendía para los siguientes casos: durante el período de prueba para el funcionario declarado ganador dentro de un concurso de méritos y oposición; reemplazo de un funcionario destituido; reemplazo de un funcionario con licencia o comisión; y nombramiento a un servidor de carrera para que ocupe un puesto de libre nombramiento y remoción. El Art. 10 del Reglamento a la LOSCCA, señalaba que el nombramiento es un acto unilateral del poder público expedido por autoridad competente mediante la suscripción de un acuerdo o resolución, que otorga investidura para el ejercicio de una función pública, que constituye un servicio a la colectividad y que exige capacidad, honestidad, eficiencia y eficacia. La Ley Orgánica del Régimen Municipal en su artículo 174 establecía que la administración del personal se basaba en el sistema de mérito y para el acceso al servicio público sólo se tendrá en cuenta el régimen de personal adoptado por el concejo o, en su defecto, las regulaciones de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público. De otro la referida Ley en su Art. 175 refería que los directores, jefes departamentales, procurador síndico y tesorero, que son funcionarios de libre nombramiento y remoción concluirán sus funciones en la misma fecha del alcalde. Sin embargo, podrán ser removidos por éste, cuando así lo amerite, observado el procedimiento de Ley. Por lo expuesto, las disposiciones contenidas en la ex LOSCCA por tener el carácter de orgánica prevalecía sobre las ordinarias que se le oponían y las orgánicas expedidas con anterioridad a la vigencia de ésta, en el presente caso tenía supremacía legal sobre la Ley de Régimen Municipal que fue expedida con anterioridad a la LOSCCA, de conformidad con lo establecido en la Disposición Final Primera. En tal sentido el literal b) del Artículo 92 concordantemente con el artículo 93 de la Ley en referencia establecía con claridad cuáles eran los cargos de libre nombramiento y remoción, entre los cuales no constaban ni los Jefes Departamentales ni los Comisarios Municipales. Por lo anotado era responsabilidad

de la Autoridad Nominadora a la fecha de la expedición de los nombramientos de los servidores, el velar y observar el ordenamiento jurídico vigente." (Sic) (Las negrillas, cursiva y subrayado no son del texto). 7.3. De la prueba anotada se desprende muy claramente, que la accionante no ostenta la calidad de servidora pública de libre nombramiento y remoción, como también se puede determinar del Art.22 de la Ordenanza que Reglamenta la Estructura Orgánica Funcional del Cantón Caluma, en el que "Se establece el siguiente objetivo general y funciones para la Sección de Recursos Humanos: Área de Gestión: Recursos Humanos. Nivel: Apoyo. Nomenclatura: Sección. Subordinación: Dirección Administrativa. Áreas dependientes: Ninguna. ..." El referido Art. 92 literal b) de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa disponía: "Servidores públicos excluidos de la carrera administrativa.- Exclúyase de la Carrera Administrativa: (...) b) Los funcionarios que tienen a su cargo la dirección política y administrativa del Estado, los ministros, secretarios generales y subsecretarios de Estado; el Secretario Nacional Técnico de Recursos Humanos y Remuneraciones, los titulares y las segundas autoridades de las instituciones del Estado; los titulares de los organismos de control y las segundas autoridades de estos organismos; los secretarios generales; los coordinadores generales; coordinadores institucionales; intendentes de control; los asesores; los directores, gerentes y subgerentes que son titulares o segundas autoridades de las empresas e instituciones del Estado; los gobernadores, los intendentes, subintendentes y comisarios de policía; los jefes y tenientes políticos, que son cargos de libre nombramiento y remoción." OCTAVO.- Si bien el señor Alcalde del Gobierno Municipal Del Cantón Caluma, tiene entre sus atribuciones: nombrar, promover, sancionar y remover al personal del Gobierno Municipal, tales medidas disciplinarias deben realizarse "de conformidad con las leyes y Reglamentos sobre la materia, esto es, de conformidad con la Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento General, lo que no ha sucedido en el caso de la accionante. Un acto es ilegitimo cuando ha sido dictado por una autoridad sin competencia o que teniéndola no ha seguido los procedimientos previstos en la normativa que lo rige, o cuyo contenido contraviene la ley o la Constitución, o no se encuentra debidamente motivado o fundamentado. En el caso, la remoción de la accionante ha sido dictada, es ilegítima, pues transgrede el procedimiento previsto en el ordenamiento el ordenamiento jurídico y al removerla del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Caluma de manera como se lo ha hecho, sin darle oportunidad a defenderse o hacer uso a su legítimo derecho a la defensa, es un acto ilegitimo y arbitrario, porque se vulneró sus derechos garantizados en la Constitución de la República del Ecuador, como es el de defensa, a un debido y legal sumario administrativo, así como se vulneró el derecho al trabajo. Por las consideraciones anotadas, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, esta Sala de Garantías Penales, rechaza el recurso de apelación interpuesto por los demandados Ing. León Arturo Garófalo Chávez, Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Caluma y Abg. Raúl Abelardo Mestanza Aguilar, Procurador Síndico del indicado Gobierno, por lo que, en los términos anotados, se confirma la sentencia dictada por el señor Juez Noveno de lo Civil de Bolívar. Ejecutoriada que sea la presente sentencia, remítase copia certificada de la misma a la Corte Constitucional para el desarrollo de su jurisprudencia, así como devuélvase el proceso al juzgado de origen.- Notifíquese.-

DR. FREDDY ESPINOZA CHIMBO
CONJUEZ PROVINCIAL PONENTE

DR. MANUEL ASTUDILLO ALBAN
CONJUEZ PROVINCIAL

DRA. NELLY NUÑEZ NUÑEZ
CONJUEZA PROVINCIAL

Certifico:

Ab. María Velasco Dávila
SECRETARIA RELATORA ENCARGADA

En Guaranda, viernes veinte y cuatro de febrero del dos mil doce, a partir de las quince horas y cincuenta y nueve minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA que antecede a: ING. LEON ARTURO GAROFALO CHAVEZ Y ABG. RAUL MESTANZA AGUILAR, ALCALDE Y PROCURADOR SIN DICO MUNICIPIO DE CALUMA en la casilla No. 25 y correo electrónico g.vargasg@hotmail.com del Dr./Ab. MESTANZA AGUILAR RAUL. PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO en la casilla No. 41 y correo electrónico lcargua@pge.gov.ec. del Dr./Ab. PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO. No se notifica a ARTEAGA SANCHEZ ANA BEATRIZ por no haber señalado casilla. Certifico:

Ab. María Velasco Dávila
SECRETARIA RELATORA ENCARGADA