

Juicio No. 2013-4343

**JUEZ PONENTE: DR. RAMIRO FERNANDO ORTEGA CARDENAS, JUEZ DEL TRIBUNAL  
DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N**

**TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NO.1.**

Quito, viernes 13 de junio del 2014, las 12h01. VISTOS: El demandante FRANCISCO EUDORO LEMA CARRASCO, presentan recurso de plena jurisdicción o subjetivo contra el Alcalde y el Procurador Síndico del Ilustre Municipio de Guano con el objeto de impugnar la Resolución Administrativa N° 025-SCM-2009 de 28 de diciembre de 2009 suscrita por el Alcalde del Cantón Guano mediante la que se ha procedido a desvincularle ilegítimamente de su puesto de trabajo por una supuesta violación a lo dispuesto en el artículo 230, numeral 2°, de la Constitución de la República y el artículo 7 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa (LOSCCA).- Que ingresó el 27 de julio de 2001 en calidad de Jefe de Personal.- Que siempre fue merecedor de reconocimiento pero que las autoridades municipales actuales han emprendido una persecución en su contra por lo que le iniciaron 3 sumarios administrativos; dos de los cuales fueron resueltos a su favor.- Que el sumario iniciado por nepotismo se sustenta en el hecho que ha enrolado dentro del Cabildo a su cónyuge, la Lcda. Piedad Elena Chiliquina, como "Ayudante General de la Municipalidad del Cantón Guano" mientras fue la autoridad nominadora que designó a su cónyuge.- Que el contrato que tenía su cónyuge estaba regulado por el Código del Trabajo y no por la LOSCCA por lo que nunca ejerció cargo público alguno y en consecuencia no existe nepotismo.- Que no se ha emitido la respectiva Acción de Personal previo a la destitución sino que tan solo con la Resolución se le separó de sus funciones de forma inmediata.- Que existe nulidad por la forma toda vez que el artículo 20 de la LOSCCA establece que todo movimiento o Acción de Personal se lo hará en el formulario establecido por la SENRES.- Que también existe nulidad por el fondo pues no existe norma legal que establezca que el JEFE DE PERSONAL del Municipio de Guano sea la Autoridad Nominadora y más bien existe norma que establece que tal función corresponde al Alcalde según lo estatuido en el artículo 69 numeral 23° de la Ley de Régimen Municipal.- Que además el contrato que mantuvo su cónyuge era de tipo laboral por lo que jamás fue nombrada para un cargo público.- Por tanto, solicita la restitución al puesto específico que ostentaba, las remuneraciones más los respectivos intereses que dejó de percibir durante el tiempo de la cesación así como todos los derechos y beneficios que se encuentren vigentes en la entidad demandada al momento de la desvinculación hasta su reincorporación.- Además exige el pago de los aportes patronales al IESS y el de los intereses que cause la mora.- Que se declare la responsabilidad del Municipio de Guano de emprender la acción de repetición en contra de los funcionarios responsables de la nulidad del acto administrativo.- Calificada la demanda por la Jueza de Sustanciación el 18 de mayo de 2010, se procede a citar al Alcalde y Procurador Síndico del Municipio del cantón Guano así como al Procurador General del Estado.- A fojas 29 comparece el doctor Rubén Alfredo Gallardo Aguirre en calidad de Procurador Judicial del Lcdo. Edgar Eduardo Alarcón Pancho y del Doctor Joselito Ramiro Salazar Almeida, Alcalde y Procurador Síndico del Municipio del cantón Guano, respectivamente; e indica que el actor se desempeñó como Jefe de Recursos Humanos del Ilustre Municipio del Cantón Guano hasta el 7 de agosto de 2009.- Que la señora Piedad Elena Chiliquina, cónyuge del hoy actor quien a su vez era Jefe de Recursos Humanos del Municipio de Guano, suscribió un contrato de trabajo para desempeñar las funciones de Ayudante General en el Municipio.- Que el artículo 7 de la LOSCCA establecía como causa de destitución la configuración de esta figura llamada nepotismo.- Que "el Señor Francisco Lema Carrasco, en su calidad de Ex - Jefe de Personal del Municipio del Cantón Guano, por cuanto por su cargo de Jefe de Personal en el Municipio de Guano era el responsable de calificar las carpetas de los aspirantes a

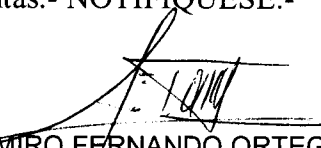
cargos municipales, de conformidad con lo ordenado en el Art. 163 del Reglamento a la LOSCCA,...” (fjs. 29 vta.); por lo que en uso de su función seleccionó la carpeta de su cónyuge para el cargo de Ayudante General por lo que su argumento de no conocer que su esposa había sido contratada es falso y carece de fundamento jurídico.- Que un elemento fundamental del nepotismo es que la contratación se produzca dentro de la misma entidad en la cual labora el funcionario encargado de la designación del personal y que ese contrato de Piedad Elena Chilingua ha dado lugar a la afiliación al IESS por los meses de octubre y noviembre de 2009.- Que efecto de lo indicado se instauró un sumario administrativo en contra del actor en el que se le respetaron todas las garantías constitucionales.- Por lo que expone las siguientes excepciones: 1) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho; 2) Improcedencia e inadmisibilidad de la demanda; 3) Falta de derecho del actor; 4) Prescripción de la acción según el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; 5) Causa y objeto ilícito al haberse demostrado el nepotismo; 6) Nulidades procesales a las que no se allana; y 7) Ilegitimidad de personería y falta de legítimo contradictor.- Por lo que solicita se rechace la demanda.- A fojas 34 comparece el Director Nacional de Patrocinio Delegado del Procurador General del Estado quien se limita a fijar domicilio judicial.- En la etapa probatoria el demandante presenta varios documentos.- De su parte el propio Municipio requiere se oficie al GAD del cantón Guano solicitando copias certificadas de varios documentos así como la confesión judicial del actor, que tuvo lugar el día 8 de abril de 2013. (fjs. 75 y 75 vta.).- Cabe indicar que los oficios remitidos por el Tribunal en atención a la prueba solicitada por la demandada han sido debidamente entregados conforme obra de autos de fojas 91 a 99, sin que la Municipalidad de Guano haya dado respuesta pese al requerimiento judicial con providencia de 31 de marzo de 2014, a las 11h42, en donde también se insiste en solicitar, con prevenciones del artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la remisión del expediente administrativo que fue requerido en la calificación a la demanda con insistencia de providencia de 20 de noviembre de 2012, sin que se haya dado cumplimiento hasta la presente.- Trabada así la litis, la causa se encuentra en estado de dictar sentencia, por lo que el Tribunal realiza las siguientes consideraciones: PRIMERA.- Este Tribunal es competente para el conocimiento y resolución de este asunto conforme lo dispuesto en los artículos 173 de la Constitución de la República del Ecuador; 217 del Código Orgánico de la Función Judicial; 1, 2, 3 y 10 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; 38 de la Ley de Modernización del Estado, 15 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial publicada en el Registro Oficial N° 38 de 17 de julio de 2013 y por el resorteo de causas dispuesto mediante resoluciones N° 054 de 11 de junio de 2013 y 061 de 28 de junio de 2013 dictadas por el Pleno del Consejo de la Judicatura.- SEGUNDA.- En la sustanciación del presente proceso no se observa omisión de solemnidad o procedimiento alguno que pueda incidir en su decisión, por lo que se declara su validez procesal.- En la etapa probatoria las partes han solicitado varias pruebas que han sido oportunamente evacuadas conforme lo mencionamos anteriormente, las cuales constan del proceso.- TERCERA.- La negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho hace que la carga de la prueba recaiga sobre el actor, en virtud de la presunción de legitimidad de la que goza el acto administrativo; razón por la que corresponde al demandante probar la ilegitimidad del acto.- CUARTA.- La excepción de prescripción la trataremos en primera instancia en razón de que si existen los presupuestos que la configuran impediría que se proceda al análisis del thema decidendum.- Entiéndase en este sentido que se hace referencia a la prescripción de la acción que tiene el actor para plantear su reclamo ante el órgano judicial; siendo la prescripción de carácter sustantivo y no adjetivo como es el caso de la caducidad.- En el Derecho Administrativo no se habla de prescripción de la acción sino de caducidad de la acción contencioso administrativa.- En razón de la aludida

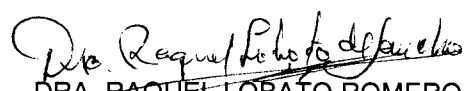
excepción es necesario que el Tribunal se pronuncie en primer término sobre ésta; pues de existir los presupuestos de la excepción de caducidad de la acción hace innecesario el análisis del fondo del thema decidendum, toda vez que al verificarse una situación jurídica que puede provocar una relación procesal viciada la misma debe ser declarada.- 4.1.- La caducidad es una institución del Derecho Administrativo, de orden público, llamada a dar vigencia al principio constitucional y procesal de la seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República; que comprende una sanción por la falta de ejercicio oportuno de una acción.- Es una figura de orden adjetivo, que tiene parangón con la prescripción que está en relación con el derecho sustantivo radicando en esto su diferenciación en términos doctrinarios (Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 7. Página 2193, Quito, 20 de noviembre de 2001, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Ex Corte Suprema de Justicia, Washington Vinelli vs. IESS).- 4.2.- El solo transcurso del tiempo sin que el administrado impugne el acto administrativo hace que éste pierda la facultad de hacer revisar el acto por la jurisdicción contencioso administrativa.- En otras palabras, la llegada del último día establecido por la Ley como el fijado para impugnar el acto administrativo deviene en la clausura irremediable de la puerta de la impugnación judicial en aras de mantener seguridad en la función administrativa, al impedir que permanezca en el tiempo la posibilidad de revisar un acto administrativo.- De esta manera se hace patente también el principio de legalidad y ejecutoriedad de los actos administrativos.- 4.3.- Por otro lado, la caducidad como indicamos, opera cuando de por medio existe un acto administrativo y se concede un término para poder impugnarlo, conforme así lo dispone el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.- En la especie el actor presenta su demanda el 26 de abril de 2010 y el acto administrativo impugnado data del 28 de diciembre de 2009, por lo que no existe la alegada prescripción o caducidad de la acción contencioso administrativa.- QUINTA.- Se aduce falta de derecho del actor que tiene correspondencia con la de ilegítimo contradictor, como dos caras de la misma moneda; ante lo cual el Tribunal observa que el demandante ha planteado un recurso de plena jurisdicción que busca precautelar un derecho subjetivo derivado del acto administrativo producido por la demandada del cual considera le provoca un daño.- Al amparo de la tutela judicial efectiva, que es un derecho constitucional consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República, el actor tiene expedita la vía para que su demanda sea analizada y resuelta por este Tribunal que es competente para conocerlo; pretensión, que reúne los requisitos de los artículos 30 y 31 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conforme fue calificada por la Jueza de Sustanciación con providencia de 18 de mayo de 2010, a las 10h58, la cual no ha sido impugnada por la demandada.- El derecho en discusión corresponde al actor y quien debe responder por ello es la Municipalidad de Guano, quienes configuran la relación procesal de la causa.- Consecuentemente, no tienen asidero las excepciones de falta de derecho y de ilegítimo contradictor.- SEXTA.- También se ha planteado la excepción de ilegitimidad de personería que comprende la incapacidad legal o la falta de poder para actuar en el proceso judicial.- En la misma línea de razonamiento del considerando anterior, es claro que el actor tiene capacidad plena para plantear el reclamo por sí solo, como lo ha hecho, por lo que es incontrastable que no existe fundamento para esta excepción.- SÉPTIMA.- La causa petendi en el presente caso se sustenta en que la Resolución Administrativa N° 025-SCM-2009 de 28 de diciembre de 2009 emitida por el Alcalde del Municipio del Cantón Guano es ilegítima e incluso contiene causas de nulidad.- En este sentido es necesario analizar el acto administrativo impugnado en relación a la normativa vigente a la fecha de su emisión.- 7.1.- La Resolución Administrativa objeto de esta acción judicial es fruto de un sumario administrativo seguido en contra del actor por supuesta infracción en particular a los artículos 230, numeral 2°, de la Constitución de la República y 7 de la LOSCCA.- El sumario administrativo es un

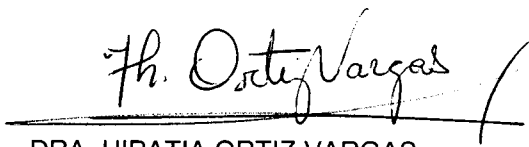
procedimiento que garantizando los derechos constitucionales del debido proceso permite que la Administración Pública establezca fehacientemente la comisión u omisión por parte de un funcionario público de una falta administrativa, la cual debe estar perfectamente establecida en la Ley.- Pese a los requerimientos de este Tribunal para que la entidad demandada remita el expediente administrativo, este jamás fue enviado por lo que es imposible realizar una valoración del mismo; y al tenor de lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa nos acogemos a las afirmaciones del administrado y las restantes pruebas que constan en autos.- 7.2.- Al analizar la Resolución impugnada vemos que ésta se sustenta en el hecho que: “2. Como se demuestra del Art. 163 del Reglamento a la LOSCCA, que taxativamente dice: 'De la ejecución de las etapas del proceso de selección.- Las UARHs de cada institución, de conformidad con las políticas, normas e instrumentos que señale la SENRES y su normatividad interna, serán responsables directas de diseñar y ejecutar el proceso de selección de personal.' Disposición concordante con la 'Ordenanza que Reglamenta la Estructura Orgánica Funcional por Procesos', que en su numeral 4.1.1, manifiesta: 'Subproceso de Recursos Humanos...efectuar recomendaciones para el escogitamiento de las diferentes modalidades contractuales en función al tipo de actividad y del tiempo.' Se deduce con precisión meridiana, que es el Sr. Francisco Eudoro Lema Carrasco Ex – Jefe de Personal, es quién (sic), haciendo uso de su función designó a su cónyuge para el cargo.”.- Como se puede colegir una presunción es la que determina que el funcionario ha cometido una falta disciplinaria sin que se haga mención a documento alguno en el que haya intervenido el actor en la selección de la señora Chiliquinga para ser contratada; pues no consta prueba alguna que demuestre que el actor haya calificado o se haya pronunciado sobre la carpeta de su cónyuge la señora Chiliquinga.- Por el contrario, existe a fojas 60 el Memorando S/N de 5 de mayo de 2009, emitido por el Lcdo. Oswaldo Estrada, Alcalde del Municipio del Cantón Guano, dirigido al Lcd. Byron Pazmiño en el que se le encarga la Jefatura de Personal hasta nueva disposición.- A reglón seguido con Memorando S/N de 5 de mayo de 2009, el mismo Alcalde del Cantón Guano se dirige al Jefe de Personal Encargado, y dispone: “...autorizo a usted sírvase realizar los trámites correspondientes para contratar por servicios ocasionales a la Lic. Piedad Elena Chiliquinga, quien ocupará el cargo de AYUDANTE EN GENERAL, a partir de hoy hasta el 31 de Diciembre del presente.” (fjs. 61).- Por tanto, es claro que el actor no ha tenido actuación en el proceso de designación y contratación de la señora Chiliquinga, más aún cuando él no es autoridad nominadora; pues solamente a ella corresponde la configuración de nepotismo y no a otra.- Se considera autoridad nominadora a aquel funcionario que tiene la facultad legal para realizar el nombramiento o contratación de un funcionario público.- Al decir facultad legal, debemos comprender que esa facultad solamente puede estar establecida en la Ley por el principio de legalidad sin que quepa interpretación extensiva por tratarse de Derecho Público.- En este orden de cosas, debemos determinar el funcionario público que legalmente tenía la potestad para contratar un Ayudante General del Municipio de Guano.- El artículo 69, que habla de las atribuciones de los Alcaldes, de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, publicada en el R.O. Suplemento N° 159 de 5 de diciembre de 2005, en su numeral 23° dice: “23. Designar y remover con causa justa a los directores, procurador síndico y tesorero municipal. Podrá así mismo, designar y sancionar hasta con la destitución a los demás funcionarios y empleados de la administración municipal, de acuerdo con la ley.”.- En consecuencia, la autoridad nominadora de los empleados y funcionarios del Municipio es el Alcalde y no otro funcionario.- Para mayor abundamiento debemos tomar en cuenta lo prescrito en el artículo 6 del Reglamento a la LOSCCA, en donde se establece claramente las responsabilidades derivadas de que la autoridad nominadora configure nepotismo en la designación de un funcionario.- El inciso tercero de la norma citada expresamente dice:

“El responsable de la Unidad de Administración de Recursos Humanos (UARH) y el servidor encargado de registrar el nombramiento o contrato, serán responsables solidariamente del pago indebido señalado en este artículo, siempre y cuando no haya advertido por escrito a la autoridad nominadora, a su delegado o a la SENRES, sobre la inobservancia de esta norma.”- De donde se colige que la responsabilidad del Jefe de Recursos Humanos es distinto al de la autoridad nominadora.- Por tanto, la aseveración de la Resolución Administrativa impugnada respecto a que Francisco Eudoro Lema Carrasco, en su calidad de Jefe de Personal ha contratado a su cónyuge y por tanto ha incurrido en nepotismo al contratarla está en contradicción con la normas antes invocadas toda vez que la única autoridad nominadora del Municipio es su Alcalde y no otra persona.- Esto hace ver que no se configura el aludido nepotismo entre el Jefe de Personal y la persona contratada bajo un contrato de trabajo.- Si bien podría existir algún tipo de infracción, que no podemos colegir de los elementos probatorios constantes en autos, ésta solo podría ir hasta la mencionada en el citado artículo 6 del Reglamento a la LOSCCA mas no a la configuración de nepotismo.- 7.3.- La infracción de un acto administrativo a la normativa vigente a la fecha de su emisión lo convierte en un acto ilegítimo e ilegal.- Sin embargo, para que esa ilegalidad sea considerada nulidad debe ser de tal gravedad que así esté establecido en la Ley.- La nulidad es un tipo de ilegalidad o en otras palabras esta es el género y aquella la especie; pues toda nulidad es ilegalidad mas no toda ilegalidad es nulidad.- El artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo establece: “Son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo: a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia.- b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión.”- Esto nos hace ver que para que la ilegalidad sea considerada nulidad debe ora ser dictada por autoridad incompetente ora existir una omisión o incumplimiento de formalidades legales que provoquen un gravamen irreparable.- Estos presupuestos no se constituyen en el presente caso por lo que si bien el acto administrativo impugnado es ilegal no es causa de nulidad.- OCTAVA.- La Municipalidad alega que el actor, en su función de Jefe de Personal conocía la contratación de su cónyuge e incluso es quien ha intervenido en el proceso de selección conforme lo prescribe el artículo 153 del Reglamento a la LOSCCA.- Efectivamente el proceso de selección está a cargo de la Unidad Administrativa de Recursos Humanos de cada entidad pública, pero eso jamás puede convertirla en autoridad nominadora, como ya indicamos anteriormente.- El principio de presunción de inocencia, consagrado en el artículo 76 numeral 2º de la Constitución de la República, establece que es la Administración Pública quien debe probar irrefutablemente que el demandante conoció y no informó de la contratación de su cónyuge.- Conforme hemos indicado, es imposible valorar el expediente administrativo para determinar si en él se logró probar que el hoy actor conoció de la contratación de su cónyuge.- Por el contrario, en la confesión judicial realizada el día 8 de abril de 2013 el actor expresa lo siguiente respecto a si conocía sobre la contratación de su cónyuge: “A LA QUINTA: Indique la participación como Jefe de Personal que tuvo usted en el proceso de selección y contratación de su esposa en el Municipio de Guano: Ninguna por cuanto la contratación la hizo el Jefe de Personal Encargado por orden de la autoridad nominadora Alcalde.” (fjs. 75).- Esto es concordante con los memorandos de fecha 5 de mayo de 2009, emitidos por el Alcalde de Guano, mencionados en líneas anteriores.- Sin que sean necesarios más análisis y por las consideraciones expuestas ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se acepta parcialmente la demanda y se declara ilegal la Resolución Administrativa N°

025-SCM-2009 de 28 de diciembre de 2009 suscrita por el Alcalde del Cantón Guano.- En consecuencia, se dispone que en el término de cinco días se reincorpore al actor a la función que venía desempeñando al momento del acto ilegal.-No ha lugar las demás pretensiones del actor conforme a lo establecido en el numeral 7.3 de la consideración SÉPTIMA.- Sin costas ni multas.- NOTIFÍQUESE.-

  
DR. RAMIRO FERNANDO ORTEGA CARDENAS  
JUEZ DEL TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NO.1

  
DRA. RAQUEL LOBATO ROMERO  
JUEZA DEL TRIBUNAL DISTRITAL DE LO  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NO.1

  
DRA. HIPATIA ORTIZ VARGAS  
JUEZA DEL TRIBUNAL DISTRITAL DE LO  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NO.1

En Quito, viernes trece de junio del dos mil catorce, a partir de las dieciseis horas y cincuenta y cinco minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA que antecede a: LEMA CARRASCO FRANCISCO EUDORO en la casilla No. 1474 del Dr./Ab. NAJERA VALLEJO SILVIO ALFONSO . ALCALDE Y PROCURADOR SINDICO DEL MUNICIPIO DEL CANTON GUANO en la casilla No. 834 y correo electrónico by\_alm@hotmail.com del Dr./Ab. ALVARO LUGO NARANJO ; PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO en la casilla No. 1200 del Dr./Ab. MARCOS ARTEAGA VALENZUELA . Certifico:

  
AB. MIGUEL PATRICIO ANDRADE HERNANDEZ  
SECRETARIO DEL TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NO.1

ORTEGARA

**RAZON:** Siento por tal que, la Sentencia constante en fojas 116-117-118, se encuentra ejecutoriado por el Ministerio de la Ley con esta fecha.- Quito 19 de junio del 2014.- Lo certifico.

  
Ab. Miguel Andrade Hernández  
SECRETARIO RELATOR