JUEZ PONENTE: ENRIQUE DONOSO B.

CORTE DE JUSTICIA DE RIOBAMBA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL. Riobamba, viernes 7 de diciembre del 2012, las 15h32. VISTOS: El señor Juez Primero Temporal de lo Civil y Mercantil de Chimborazo, de fs. 744 a 749 vta. y ampliación y aclaración de fs. 753, dicta sentencia declarando sin lugar la Acción Ordinaria de Protección presentada por Segundo Rufino Cuenca Choto, José Ignacio Cuenca Choto, María Cruz Cuenca Choto, Segundo Manuel Cuenca Choto, Segundo Manuel Cuenca Choto, María Magdalena Cuenca Miranda, Segundo Roberto Cuenca Miranda, Juan Fermín Cuenca Ortega, Segundo Antonio Cuenca, Segundo Casimiro Cuji, Carlos Choto Ortega, Segundo Carlos Choto Reino, Segundo Eusebio Choto Reino, Josefina Choto Reino, María Dolores Choto Reino, Reimundo Choto Reino, Juan Carlos Choto, Luis Segundo Choto Guaina, Eliza Choto Reino, Teodoro Eusebio Donoso Romero, Victoria Guamán Siza, Julio Eduardo Guaina Morocho, Sara Esperanza Guaina Morocho, Juan Francisco Guaila Tenemaza, Matías Morocho Choto, Clara Claudina Morocho Reino, Ramiro Matías Morocho Reino, Ángel Vinicio López Quiguirí, María Manuela Ortega, Juan Baltazar Pilco Chacha, José Fernando Puma Choto, Segundo Juan Puma Choto, Juan Puma Paguay, Juan Manuel Puma Paguay, Pedro Alberto Puetate Villarreal, María Mercedes Reino Chacha, Dolores Reino Choto, Juan Pedro Reino Guamán, Segundo Francisco Reino Guaina, Segundo Pedro Reino Guaina, Segundo Manuel Reino López, Segundo Ángel Reino López, Dolores Reino Choto, Daniel Baltazar Reino Choto, Julio Gaspar Reino Ortega, Juan Reino Pilco, Segundo Daniel Reino Puma, Carmen Emilia Reino Reino, Darío Fabián Reino Reino, Juan Francisco Reino Yasaca, Francisca Reino Yasaca, Agustín Reino Morocho, Luis Patricio Reino Ortega, Rafael Reino Saulag, Eliberto Saulag Reino, Olga María Tene Ortega, Juan Clemente Tene Choto, Manuel Tene Choto, Ángel Gabriel Tene Reino, Abel Tene Reino, Segundo Mariano Tene Chota, José Tene Ortega, Manuel Tenemaza Miranda, Brenda Elena Tenemasa Tene, José Manuel Tenemasa Yasaca, Anselmo Villa Villa, Narcizo Villa Villa, Francisco Villa Yasaca, Juan Manuel Yasaca Chacha, Anselmo Yasaca Chariguamán, Juan Domingo Yasaca Ortega, Segundo Francisco Yasaca Ortega, José Alberto Yasaca Tene, Juan Segundo Yasaca Reino, de fs. 106 a 120 en contra de Jorge Eudoro Romero Oviedo y Jorge Lenin Gavilánez Obregón, en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico Municipal del Cantón Chambo y de los Ingenieros Patricio Catagna y Rogelio Latorre Andrade, Cecilia Parra Hernández y Dr. Ángel Rivera, en sus calidades de Concejales de mayoría; en la acción presentada, los prenombrados exponen que: El 21 de enero del 2005, mediante resolución Municipal tomada en sesión ordinaria, el Doctor Iván Rodrigo Pazmiño Núñez y Dorian Oviedo Andino, Alcalde y Procurador Sindico del Municipio de Chambo, en estricto cumplimiento a lo resuelto por unanimidad por el Consejo Cantonal de Chambo, dan en COMODATO a favor de la Comunidad de San Francisco, legalmente representada en aquel entonces por Carlos Choto Ortega, 87.914 m cuadrados, cuyos linderos constan en la sentencia del 6 de noviembre del 2002, a las 08H35, emitida por señor Juez Cuarto de lo Civil de Chimborazo y confirmada por la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Chimborazo, el 24 de junio del 2004 a las 10H00. El Comodato alcanzaba a todas las construcciones, servicios e instalaciones relativas a las piscinas, vestidores y baños que actualmente existen dentro de terreno que fue materia de la litis, construidas por el Municipio de Chambo, posibilitando a los Comuneros de San Francisco usar gratuitamente el predio durante el plazo de 499 años, con la facultad de edificar, construir, adecuar, readecuar y reconstruir las obras que existían, para hacer realidad las legítimas aspiraciones de todos y para resolver un problema social , cultural, económico, ecológico y turístico de la Comunidad,

incorporando como clausula única para la REVOCABILIDAD, la prohibición de su enajenación o subdivisión, tornando al Comodato en IRREVOCABLE, teniendo como sustento el Art. 84 de la Constitución Política vigente a esa fecha; continúan y señalan que, en un claro abuso de poder, los accionados, el día jueves 04 de agosto del 2011, mediante sesión extraordinaria del Concejo Municipal, emiten la resolución No. 253-2011-SC, la que considerando: "...que es la oportunidad única e histórica para recuperar un bien municipal, luego con ese baluarte turístico podemos impulsar el desarrollo del cantón constituyendo una compañía o empresa de economía mixta, no sin antes realizar un examen de auditoría para saber en qué se invirtieron los ingresos por cobro de entradas al centro turístico; acogiendo los informes presentados por el departamento de obras públicas, departamento jurídico del GAD municipal de Chambo, por la comisión permanente de legislación, redacción y fiscalización del GAD municipal de Chambo, y considerando que hasta la presente fecha no se ha ejecutado el Comodato, al amparo de lo ordenado Art. 278 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal vigente a la fecha de la suscripción del comodato y hasta 18 de octubre del 2010, en armonía con el Art. 460 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, en calidad de legislador y fiscalizador que el pueblo me encomendó y siempre velando por el desarrollo y bienestar del mismo; estando a lo expuesto y en ejercicio de las atribuciones conferidas por la Constitución y el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización; RESUELVE: Con cinco votos a favor y tres votos en contra, dejar sin efecto el día de hoy el contrato de comodato celebrado el martes 13 septiembre del 2005, con la inmediata reversión del inmueble complejo turística AGUALLANCHI al Gobierno Municipal de Chambo para que de la misma manera en forma inmediata sea administrada por el GAP Municipal del Cantón Chambo". Al respecto, exponen que: a) Con fecha 28 de julio del año 2011, el Procurador Síndico Municipal del Cantón Chambo, mediante oficio N.-422-DSMCH-2011, emite un informe por demás ambiguo, en el cual manifiesta que a su criterio "es procedente que el Consejo Cantonal exija la restitución del bien inmueble materia del Comodato"; con fecha 29 de julio del 2011, mediante oficio N.-430-DSMCH-2011, amplía su limitado escrito, manifestando que por ser un bien de propiedad de la Municipalidad, es criterio del Procurador, revocar el Comodato, que fue entregado por Resolución del entonces Consejo Cantonal de Chambo, en sesión extraordinaria del 21 de enero del año 2005, sin al menos haber revisado las cláusulas contractuales que versaban sobre el instrumento; b) El 29 de julio del 2011, en sesión extraordinaria del Consejo Cantonal, disponen que se haga conocer a la Comunidad de San Francisco el informe del Procurador Síndico Municipal, para que ejerza su derecho a la defensa, a sabiendas de que la directiva de la Comunidad, en ese momento, estaba legalmente desconocida por todos los comuneros, conforme así consta del acta suscrita por la Asamblea General de socios de fecha 28 de julio del 2011, (adjunta) por lo que jamás fueron notificados personalmente ninguno de los comparecientes, lo que denota claramente, la violación al debido proceso, y la indefensión de la que fueron objeto, violando de esta manera lo dispuesto en los literales, a, b, c, d, h, k, l y m, del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con la disposición del Art. 1 ibídem. c) Ante la clara violación al debido proceso, ilegalmente el Consejo Municipal, sin la presencia mayoritaria de los accionantes, se reúne en sesión extraordinaria el 04 de agosto del 2011 y resuelve con cinco votos a favor y tres en contra, dejar sin efecto el Comodato, con la inmediata reversión del inmueble complejo Turístico "AGUALLANCHI", sin al menos referirse al instrumento como tal, sino por la simple vanidad de poder y abuso del mismo, al amparo ilegal de la disposición del Art. 278, de la Ley de Régimen Municipal vigente a esa fecha, DESCONOCIENDO que el instrumento se había perfeccionado por TRADICIÓN, conforme así lo determina el Art. 2104 del Código Civil, lo que denota claramente la trasgresión a sus derechos colectivos expuestos en los numerales, 4, 5, 6, y 17 del Art. 57 de la Constitución de la República, derechos que

motivaron de la Administración anterior un justo reconocimiento a los procesos de la lucha indígena por el derecho a la tierra; d) Con fecha 9 de agosto del 2011, mediante oficio N. 303-AMCH-2011, se le notifica con ésta Resolución de reversión del Comodato, a uno de los accionantes, Manuel Tenelema, socio de la comunidad, luego de cinco días de haberse emitido tal acto por parte del Consejo Cantonal de Chambo, por lo que al amparo del Art. 407 del COOTAD, presentaron Recurso de Reposición, el que, nuevamente de forma inmotivada es desechado, bajo el argumento de haber sido presentado extemporáneamente, acto que en definitiva viola nuevamente la seguridad jurídica y denota la forma como se conduce el Gobierno Municipal de Chambo; e) En uso de sus legítimos derechos, presentaron la apelación a dicha resolución, encontrándose con la desagradable sorpresa que quien resolvería el recurso interpuesto, por disposición del Alcalde, sería la misma persona que presentó el informe jurídico al Concejo Cantonal, Ab. Lenin Gavilánez, contraviniendo el principio de juez de natural, pues el servidor en mención no puede constituirse en juez y parte a la vez, en virtud de lo dispuesto en el literal k) del Art. 76 de la Constitución de la República; f) La interposición de un recurso suspende la ejecución del fallo, excepción jurídica, que le fue muy ajena al Consejo Municipal de mayoría, ya que con fecha 11 de agosto del 2011 nuevamente se reúnen de forma extraordinaria y se emite la Resolución N.- 054-SCMCH-054-201, ordenando el desalojo del predio materia del comodato, al amparo del Art. 458 del COOTAD, Resolución Municipal ilegal y dolosa, que aplica otras circunstancias y hechos como innovaciones y asentamientos ilegales y no a su caso en particular; sostienen que se han violado los siguientes derechos constitucionales: debido proceso; tutela judicial efectiva; a la defensa; al trabajo; a la réplica; continuando con el contenido de su acción, afirman que, la motivación de los actos de los poderes públicos, enunciados en el literal i) del Art. 76 de la Constitución de la República, reviste una importante innovación a nuestro ordenamiento jurídico; en tal virtud, su observancia debe ser estricta, más aun cuando se refieran a los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, constituyendo esta sola omisión, un vicio que deja de ser meramente formal y se transforma en un elemento figurado de la voluntad administrativa, por lo cual la sanción jurídica es la nulidad; tal motivación exigente para estos actos sea avaramente resumida en tres líneas incoherentes que nada dicen al final y que denotan tan solamente el abuso y arbitrariedad del poder de parte de los accionados; en este caso particular se ha violado sus derechos a la seguridad jurídica, porque la resolución municipal que deja sin efecto el Comodato, fue resuelta sin certeza, sin legalidad, violando la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de la ley, la prohibición de la arbitrariedad en las resoluciones administrativas, logrando desequilibrar de esta manera el orden, la justicia, la equidad, y la igualdad en libertad, establecida en la Constitución; se violan convenios y tratados internacionales, la no restricción de derechos, particularmente los derechos colectivos, que sirvieron como base y sustento legal para el Comodato entre el Municipio y la Comunidad; por intermedio de la Resolución N.- 253-2011 y Resolución N. 054-SCMCH-2011, vulneran gravemente las disposiciones legales de los numerales 1 y 2 de los Arts. 7 y 8, numerales 1, 2 y 3 del Art. 14 del Convenio 169 de la O.I.T; contradicen además gravemente las disposiciones legales de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 13 de septiembre del 2007, y ratificada por el Estado Ecuatoriano; con los antecedentes expuestos, solicitan que en sentencia se declare que se han vulnerado sus derechos constitucionales y se ordene la reparación integral material e inmaterial del daño causado, solicitando concretamente que: de forma inmediata se imponga las siguientes medidas cautelares: 1) Se deje sin efecto y se suspenda la Resolución Municipal del Consejo N.-253-2011-SC, del 04 de agosto del 2011, la misma que deja sin efecto el Comodato suscrito para los 499 años a favor de la Comunidad de San Francisco del Cantón Chambo, debiendo oficiar posteriormente al señor Registrador de la Propiedad del Cantón Chambo, para cumplir con los efectos de la medida ordenando su inscripción; 2) La suspensión de la Resolución N.-

054-SCMCH-2011, emitida por el Consejo Cantonal en la que se resuelve disponer el desalojo inmediato del complejo Turístico "AGUALLANCHI"; 3) La prohibición de emitir por parte del Consejo Municipal, cualquier tipo de resolución que nuevamente pudiera afectar los derechos enunciados; 4) Se garantice la posesión pacífica tranquila e ininterrumpida de los predios del complejo Turístico "AGUALLANCHI" debiendo para el efecto oficiar al Comando Provincial de Policía, para que se abstenga de realizar cualquier operativo con estos fines, y particularmente al Consejo Municipal del Cantón Chambo, en su personero principal, el Alcalde, adjuntan documentos habilitantes que solicitan se consideren como prueba a su favor, en observancia al principio "pro homine": Resolución administrativa Municipal del Consejo Cantonal de Chambo Nº 253-2011, de fecha 4 de agosto del 2011.- Resolución Administrativa Municipal SCMCH-054-2011: comodato, otorgado por la Municipalidad del Cantón Chambo a favor de la comunidad de San Francisco, celebrada ante el Dr. Gonzalo Zavala Cuadrado, Notario Público de, Cantón Chambo el 13 de Septiembre del 2005; Copia certificada del Acta Asamblea General Extraordinaria de la Comunidad San Francisco de Chambo, efectuada el 28 de julio del 2011, en la que se designa la nueva directiva debido a la irregularidades que presentaba el anterior directorio, acto en el cual es designado como presidente Ángel Tene. De la sentencia dictada por el Juez de la causa, interponen recurso de apelación para ante el Superior los accionantes, visible en escrito de fs. 754 a 761 vta. La causa se encuentra en estado de resolver y para hacerlo, se considera: PRIMERO: La Sala es competente para conocer de la causa, sustanciar la misma y dictar la resolución que corresponda en derecho, acorde a lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 3 del Art. 86 de la Constitución Política del Estado vigente, que manifiesta: "Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la Corte Provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución", habiéndose radicado la misma, mediante sorteo, habiendo conocido previamente la misma, conforme consta de fs. 516 a 518 vta.- SEGUNDO: El Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador establece que la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando existe 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 público impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.- TERCERO: Para el pleno ejercicio de la acción de protección, como parte de las garantías jurisdiccionales de los derechos, se encuentra vigente la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuyo Art. 42 determina que, la acción de protección de derechos no procede en los siguientes casos: 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 conlleve 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.- CUARTO: Resulta evidente que los accionantes, una vez emitida la resolución en la que el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Chambo, con la que deja sin efecto el ya reseñado comodato, estaban facultados para plantear las acciones administrativas establecidas en los artículos 404 y siguientes de la sección quinta del capítulo VII del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, ante la autoridad competente de la entidad pública, a fin de que revea

el acto que consideran les perjudica o por la vía judicial ante el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo; así lo han hecho, conforme consta del texto de la propia acción, cuando afirman que han presentado oportunamente recurso de reposición y también de apelación en la vía administrativa; además aparece, que se ha planteado la acción por la vía judicial, específicamente ante el Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, Primera Sala, conforme se observa de las boletas notificatorias y escrito de Segundo Manuel Cuenca Choto, visibles de fs. 675 a 677; por lo tanto, no les es permitido hacer uso de la acción ordinaria de protección, que no puede reemplazar a las acciones ordinarias establecidas en la ley, en virtud de lo dispuesto por el numeral 4 del Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que ya hemos citado; un pronunciamiento en contrario, desnaturalizaría los fines de la acción de protección. Por lo expuesto y resultando superfluo efectuar otras consideraciones de carácter objetivo y subjetivo, la Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechaza el recurso de apelación interpuesto por los accionantes y confirma la sentencia emitida por el señor Juez Primero Temporal de lo Civil y Mercantil de Chimborazo, en la que declara sin lugar la acción ordinaria de protección presentada, sin que esta resolución pueda considerarse como confirmatoria de los actos administrativos resueltos por la institución pública accionada. El juez de primer nivel cumplirá lo dispuesto por el Art. 86 numeral 5 de la Constitución de la República. La Sala deja constancia que la falta de celeridad en el despacho de la causa no se debe a actuaciones de la misma, sino de otras dependencias de esta jurisdicción, en donde se ha demorado la tramitación de la acción constitucional, sin considerar que la competencia ya estuvo radicada previamente en esta Sala. Notifíquese.-

DR. ENRIQUE DONOSO B.
JUEZ PROVINCIAL

AB. MARCOS DIAZ MERINO
JUEZ PROVINCIAL

DR. RODRIGO MIERA A.
JUEZ PROVINCIAL

Certifico:

DRA. ALICIA MEDINA R.
SECRETARIA RELATORA

En Riobamba, viernes siete de diciembre del dos mil doce, a partir de las dieciseis horas y treinta minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA CONFIRMADA que antecede a: SEGUNDO RUFINO CUENCA CHOTO Y OTROS en la casilla No. 98 y correo electrónico cyc.ch.09@gmail.com del Dr./Ab. DR. COELLO HERNANDEZ JORGE ROBERTO ; SEGUNDO RUFINO CUENCA CHOTO Y OTROS en la casilla No. 624 y correo electrónico pablocesar69@hotmail.com del Dr./Ab. DR. QUISHPE CAIZA PAULO CESAR . ANGEL RIVERA, LIBIA PARRA, ROGELIO LATORRE, SANTOS CATAGÑA en la casilla No. 752 y correo electrónico dr.robert-rivera@hotmail.com del Dr./Ab. RIVERA RODRIGUEZ ANGEL ROBERTO DR. ; JORGE EUDORO ROMERO, JORGE LENIN GAVILANEZ OBREGON ,

ALCALDE Y PROCUDOR SINDICO DEL CANTON CHAMBO en la casilla No. 475 y correo electrónico lennyn007@hotmail.com del Dr./Ab. MUNICIPIO DE CHAMBO ; PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO en la casilla No. 150 y correo electrónico lcargua@pge.gob.ec del Dr./Ab. PROCURADURIA . Certifico:

DONOSOE

RAZON: La resolución que antecede se halla Ejecutoriada por el Ministerio de la Ley. CERTIFICO.- Riobamba, 14 de Diciembre del 2012.

Dra. Alicia Medina R.
SECRETARIA RELATORA

RAZON: En esta fecha se remite el Proceso y el Ejecutorial Superior al JUZGADO PRIMERO DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE CHIMBORAZO.- Riobamba, 14 de Diciembre del 2012.

Dra. Alicia Medina R.
SECRETARIA RELATORA