

relevo
oduto y dos

8270

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE MANABI. - TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO CON SEDE EN EL CANTÓN PORTOVIEJO. Portoviejo, jueves 27 de abril del 2017, las 16h26. 13801-2013-0037.-

VISTOS: El señor **COLBERT GUILLERMO ROBALINO LARREA**, luego de consignar sus generales de ley, con fecha 18 de enero de 2013, de fs. 5 a fs. 6 vta., demanda en la vía contencioso administrativa, acción de plena jurisdicción o subjetiva, al **GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO DEL CANTON MUISNE, PROVINCIA DE ESMERALDAS**, en las personas de sus representantes legales, señor **CARLOS PAUL VELEZ COLORADO** en su calidad de **ALCALDE** del cantón Muisne y, al Dr. Dubal Guisamano Pantoja, en su calidad de Procurador Síndico. Además, solicita se cite al señor Procurador General del Estado, en la persona del Delegado Provincial Dr. Jaime Robles Cedeño. El accionante en su demanda manifiesta:

UNO: a) *Que el acto que impugna es el contenido en el Memorandum No. 04-2012-GADMCM de fecha 12 de septiembre de 2012, notificado el 19 de septiembre de 2012, mediante el cual se le notificó con el cesé de sus funciones de Secretario del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Muisne;* b) Indica que fue designado Secretario del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Muisne en sesión inaugural el 31 de julio de 2009, para un período de cuatro años, hasta mayo de 2014; c) manifiesta que cumplió sus funciones con esmero y profesionalismo, hasta que por una agitación política, fue removido en forma ilegal el Alcalde del cantón Muisne y, no le permitieron al accionante el ingreso a su oficina, siendo notificado con el cese de sus funciones de Secretario General, el 19 de septiembre de 2012.- **DOS:** El accionante con la demanda pretende, conforme lo determina en el literal f) a fs. 6 y 6 vta. de su demanda: a) La restitución de su cargo como Secretario General del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Muisne, provincia de Esmeraldas; b) La declaración de nulidad del acto impugnado; c) Se le cancelen las remuneraciones que dejó de percibir desde el mes de junio de 2012 hasta diciembre del mismo año; todo el año 2013; y, por el año 2014, hasta el mes de mayo. Solicitada el pago de todos los adicionales con ocasión del cese ilegal de sus funciones, con los respectivos intereses hasta el pago vía liquidación; d) Que se declare pecuniariamente responsable de los valores a erogar al señor Carlos Paúl Pérez Colorado y, en consecuencia, el Estado ejercerá el derecho de repetición de los valores pagados. **TRES:** Calificada la demanda y admitida a trámite, mediante auto de

fecha 14 de febrero de 2013 (fs. 7) se ordena citar a los demandados y, al Director Provincial de la Procuraduría General del Estado; citados y notificado en legal y debida forma, comparece a fs. 10, el Dr. Jaime Andrés Robles Cedeño, en su calidad de Director Regional de la **Procuraduría General del Estado**, quien, al referirse a la demanda, comparece en atención a lo prescrito en el Art. 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y, deduce las siguientes excepciones: **a.-** Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda; **b.-** Improcedencia de la demanda; **c.-** Falta de derecho del demandante para proponer esta acción; **d.-** No se allana a las nulidades procesales existentes, ni a las que sobrevengan; **e.-** Se adhiere a cada una de las excepciones que deduzca la Institución accionada. Solicita se declare sin lugar la demanda. De fs. 26 del proceso, consta la razón de fecha 23 de julio de 2013, sentada por el Secretario Relator, en la que manifiesta que los demandados han sido legalmente citados, por lo que, a petición de parte, mediante auto de fecha 30 de septiembre de 2013, fs.27, se abre la causa a prueba por el término de diez días. **CUATRO:** Se recibió la causa a prueba a fs. 27 por el término legal y, atendidas y proveídas las pruebas en su momento procesal, mediante auto de fecha 16 de enero del 2014, fs. 42, se declaró concluido el término de prueba. **CINCO:** Consta a fs. 43 del proceso, el escrito presentado el 26 de agosto de 2014, por los señores Eduardo Proaño Gracia y, Dr. Ítalo Chávez Ortiz, en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Muisne, provincia de Esmeraldas, respectivamente, conforme lo justifican con la documentación adjunta de fs. 44 a 48 del proceso, quienes manifiestan que el Gad Municipal del cantón Muisne, ha sido objeto de desmanes, robos, hurtos de documentos administrativos y, amenazas en contra de sus personeros Municipales; encontrando a la entidad en malas condiciones administrativas, sin contar con documentación del señor COLBERT GUILLERMO ROBALINO LARREA, actor en esta causa, por lo que solicitan ser escuchados en audiencia de estrados. **SEIS:** Mediante auto de fecha 16 de septiembre de 2014, a fs. 51, el Juez de Sustanciación de aquella época, señaló para el día 15 de octubre de 2014, a las 14h30, a fin de que se lleve a cabo la audiencia de estrados solicitada por la entidad accionada, diligencia que fue realizada conforme consta de la razón sentada por el señor Secretario Relator a fs. 53 del

*revisado y firmado
el 12 de julio de 2012*

*H.
83*

proceso; el informe en derecho presentado por el accionante se encuentra incorporado al proceso a fs.63.- Encontrándose el proceso para resolver, este Tribunal, CONSIDERA: PRIMERO: La competencia se encuentra radicada, de acuerdo con la ley, en este Tribunal, de conformidad con los Arts. 216, 217 del Código Orgánico de la Función Judicial; Art. 10 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y, Resolución No. 373-2015 publicada en la Edición Especial del Reg. Of. No. 416 de viernes 11 de diciembre de 2015, tomada por el Pleno del Consejo de la Judicatura, que crea el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Portoviejo, Provincia de Manabí. **SEGUNDO:** No se advierte violación de trámite, ni omisión de solemnidades sustanciales, en consecuencia, se declara válido todo lo actuado. **TERCERO:** De conformidad con lo dispuesto en el Art. 114 del Código de Procedimiento Civil, le corresponde a cada parte probar los hechos que alega. Al efecto, la entidad demandada, no compareció a juicio contestando la demanda sin proponer excepciones, ni presentó prueba alguna; la Procuraduría General del Estado, compareció a juicio, presentó excepciones, pero no presentó prueba. La parte **actora**, a fojas 28 y 32, presenta sus escritos de prueba, quien solicitó: **1)** Que se reproduzca y se tenga como prueba a su favor todo lo de autos le sea favorable especialmente su demanda, sus habilitantes; y, por impugnado lo adverso, especialmente la contestación a la demanda presentada por la Procuraduría General del Estado; **2)** Que se agregue al proceso como prueba de su parte, copia notariada de la acción de personal, mediante la cual incrementan su sueldo como Secretario General del Gad Municipal de Muisne; **3)** Que se agregue al proceso como prueba de su parte, el oficio s/n de 13 de septiembre de 2012, dirigido a los señores Director Regional del Ministerio de Relaciones Laborales y Servicio Público de Esmeraldas y, con copia al Gobernador de la Provincia de Esmeraldas; **4)** Que se reproduzca como prueba de su parte la falta de comparecencia, contestación y actuación de prueba por parte del Gad Municipal del cantón Muisne; **5)** Impugna la prueba actuada y que llegare actuar la entidad demandada y de la Procuraduría General del Estado; **6)** Que se reproduzca a su favor los originales del deprecatorio devuelto con las citaciones a los representantes de la entidad demandada; **7)** Que se reproduzca como prueba de su parte el acto impugnado, esto es el Memorandum No. 04-2012-GADMCM de fecha 12 de septiembre de 2012, notificado el 19 de septiembre

de 2012; **8)** Que se reproduzca como prueba de su parte, la acción de personal con la que le designaron Secretario del Gad Municipal del cantón Muisne; **9)** Que se oficie al Gad Municipal del cantón Muisne a fin de que informen si se le inició un sumario administrativo por alguna sanción administrativa, previo a su ilegal separación; e informen, documentadamente, si le cancelaron oportunamente los meses de junio a diciembre de 2012, así como los meses de enero a septiembre de 2013, indicando si se cancelaron los aportes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. **CUARTO:** La traba de la Litis se establece con la demanda y las excepciones propuestas, sobre la cual se circunscribe los puntos que este Tribunal debe tratar en su resolución, siendo obligación de actor y demandado, probar los fundamentos de la demanda o las excepciones, respectivamente, conforme así lo dispone los Arts. 114, 116 y 117 del Código de Procedimiento Civil.- Analizadas las pruebas en su conjunto, a la luz de la sana crítica, como lo prescribe el Art. 115 Ibídem, se establece que **el accionante** impugna el memorándum mediante el cual cesaron de sus funciones como Secretario General del GAD Municipal del cantón Muisne, provincia de Esmeraldas, el mismo que fue notificado el 19 de septiembre de 2012; y, pretende: **a)** La restitución de su cargo como Secretario General del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Muisne, provincia de Esmeraldas; **b)** La declaración de nulidad del acto impugnado; **c)** Se le cancelen las remuneraciones que dejó de percibir desde el mes de junio de 2012 hasta diciembre del mismo año; todo el año 2013; y, por el año 2014, hasta el mes de mayo. Solicita el pago de todos los adicionales con ocasión del cese ilegal de sus funciones, con los respectivos intereses hasta el pago vía liquidación; **d)** Que se declare pecuniariamente responsable de los valores a erogar al señor Carlos Paúl Pérez Colorado y, en consecuencia, el Estado ejercerá el derecho de repetición de los valores pagados. **QUINTO:** La **Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa**, vigentes en la presente causa, en atención a la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos, determina textualmente lo siguiente: *"Art. 1.- El recurso contencioso - administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante. Art. 2.- También puede interponerse el recurso contencioso administrativo contra resoluciones administrativas*

*sextos y dos
oduto y cuatro*

72
84

que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos. Art. 3.- El recurso contencioso administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo. El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata. El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal. Nota: Respecto a un acto administrativo de carácter general, puede interponerse recurso objetivo o de anulación, cuando se pretende únicamente el cumplimiento de la norma jurídica objetiva; o recurso de plena jurisdicción o subjetivo, cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente. Disposición dada por Resolución del Tribunal Contencioso Administrativo No. 00, publicada en Registro Oficial 722 de 9 de Julio de 1991." (Lo resaltado nos pertenece). **El Art. 65 de la misma norma *ibidem* establece:** "El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna. En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de garantizar la seguridad jurídica..." (Lo resaltado nos pertenece). **SEXTO:** De las normas antes señaladas, se colige que el accionante pretende que se reconozca un derecho subjetivo presuntamente negado, por lo que se configura que la **presente demanda se trata de un recurso de plena jurisdicción o subjetivo**; y, de la revisión del libelo de la demanda, se advierte que ésta fue presentada el 18 de enero de 2013 a fs.5 y 6 vta., y, el hecho impugnado fue notificado el 19 de septiembre del 2012, de lo que infiere que la demanda fue presentada dentro del término legal para hacerlo. **SEPTIMO:** La excepción de negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, esgrimida por la Procuraduría General del Estado, atribuye la carga de la prueba

al actor, quien ya la tenían por la presunción de legalidad y ejecutoriedad de que gozan los actos administrativos; presunción que tiene efecto iuris tantum, es decir hasta tanto una autoridad competente no determine lo contrario. Es preciso advertir que la entidad demanda, no compareció a juicio, no presentó excepciones dentro del término legal para hacerlo; conforme lo dispuesto en el **Art. 103 del Código de Procedimiento Civil, la falta de contestación a la demanda por parte de la entidad pública demandada, será apreciada como indicio en contra del demandado y es considerado como negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.** Esta negativa pura y simple atribuye la carga de la prueba al actor de los hechos afirmativos propuestos en el juicio, conforme lo establece el Art. 113 del Código de Procedimiento Civil, más sin embargo, el actor determina **hechos negativos** conforme consta en la demanda al manifestar que se le cancelen las remuneraciones que no le pagaron, por lo que la carga de la prueba se invierte y corresponde a la entidad demandada probar si le pagaron o no dichas remuneraciones, situación que la Municipalidad demandada no lo ha hecho en la presente causa.- **OCTAVO.-** Ante la excepción de falta de derecho de la parte actora para reclamar y proponer su demanda, alegada por la Procuraduría General del Estado, ésta no procede, debido a que el derecho de la accionante para plantear su demanda se encuentra plenamente consagrado y garantizado en los artículos 66 numeral 23, 75 y 173 de la Constitución de la República, en concordancia con los Artículos 2 y 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En efecto, el Art. 173 de la Constitución de la República establece como derecho ciudadano que los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial; lo que guarda consonancia con lo dispuesto en los artículos 31 y 217 numeral 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, y en el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado. En tal virtud, se rechaza dicha excepción.- **NOVENO.-** Al momento de calificar la demanda, el Juez de Sustanciación, la encontró clara y con los requisitos exigidos por la Ley, motivo por el cual se desestima la excepción de improcedencia de la demanda, esgrimido por la Procuraduría General del Estado.- **DECIMO.-** La entidad demandada al no comparecer a juicio, no presentar excepciones, ésta tampoco presentó prueba alguna dentro del término legal para hacerlo; el Art. 117 del Código de Procedimiento Civil,

*retrato y des
oculto y cinco*

85

determina que sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio, en tal virtud, se afirma que lo que no existe en el proceso, no existe en el mundo.- La Constitución del Ecuador, en su Art. 76, numeral 4 determina que: "Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria".

DECIMO PRIMERO. - El Art. 225 de la Constitución del Ecuador, determina que el sector público comprende, entre otros, las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. El Art. 229 de la misma Carta Magna, manifiesta que serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

DECIMO SEGUNDO.- La Ley de Régimen Municipal, norma vigente a la fecha de la designación del accionante como Secretario del Concejo, según acción de personal de fecha 3 de agosto de 2009, incorporado al proceso a fs. 2, en su Art. 81 determina que el Secretario será designado por el Concejo de una terna de fuera de su seno, presentada por el alcalde y, sus atribuciones serán las determinadas en los numerales constantes en dicho artículo; norma que, en su parte final, determina que para nombrar secretario en los concejos se preferirá a quien tenga título de doctor en jurisprudencia o de abogado y, el tiempo de duración del cargo de secretario, no excederá de la fecha en la cual el alcalde termine sus funciones, pudiendo ser reelegido.

De la demanda consta a fs.5, que el accionante, en las generales de ley, es Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República; y, según Memorando No. 04-2012-GADMCM de fecha 12 de septiembre de 2012, notificado el 19 de septiembre de 2012, fs. 4, se le notificó con el cesé de sus funciones de Secretario del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Muisne, firmando dicho documento el Sr. Carlos Paúl Vélez Colorado, nuevo Alcalde del Gobierno ADM del cantón Muisne.-

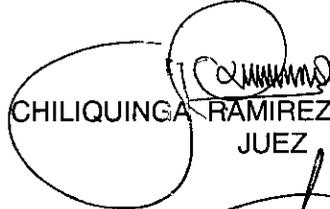
DECIMO TERCERO.- El Art. 69 del mismo cuerpo legal antes invocado, determina los deberes y atribuciones del Alcalde, entre ellos está, en su numeral 23, el de designar y remover con

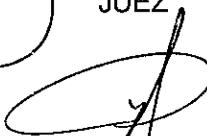
causa justa a los directores, procurador síndico y tesorero municipal. Podrá así mismo, designar y sancionar hasta con la destitución a los demás funcionarios y empleados de la administración municipal, de acuerdo con la ley. De las normas antes citadas y, del Memorando antes señalado, acto que impugna el accionante, se colige que el tiempo de duración del cargo de Secretario será hasta cuando el Alcalde termine sus funciones y, en virtud de que, de los hechos contenidos en su demanda, el Alcalde que lo nombró como Secretario, terminó sus funciones, terminada también sus funciones de Secretario, con lo que cesaron sus funciones mediante Memorando No. 04-2012-GADMCM de fecha 12 de septiembre de 2012, notificado el 19 de septiembre de 2012. - **DECIMO CUARTO.**- A la fecha del cese de funciones del accionante, esto es 12 de septiembre de 2012, estuvo vigente el **Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD)**, que en su **Art. 60**, dentro de las atribuciones del alcalde literal i), está el de nombrar y remover a los funcionarios de dirección, procurador síndico y demás servidores públicos de libre nombramiento y remoción; de otra parte, la **Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP)**, en su **Art. 83**, excluye del sistema de la carrera del servicio público, en su literal a.3 y a.7, a los secretarios y subsecretarios comprendidos en el nivel jerárquico superior; y, a los secretarios generales y prosecretarios; así mismo el **Art. 85**, **determina las servidoras y servidores públicos de libre nombramiento y remoción y, dice:** *“Las autoridades nominadoras podrán designar, previo el cumplimiento de los requisitos previstos para el ingreso al servicio público, y remover libremente a las y los servidores que ocupen los puestos señalados en el literal a) y el literal h) del Artículo 83 de esta Ley. La remoción así efectuada no constituye destitución ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza”.* **RESOLUCION:** Por los antecedentes y consideraciones expuestas y, de conformidad a lo prescrito en los Arts. 75, 76 de la Constitución de la República, que se establecen las garantías básicas que debe asegurar todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones y, guiados por las reglas de la sana crítica, este Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Portoviejo, sin más consideraciones que realizar, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, acepta parcialmente la demanda ordenando únicamente, a la entidad

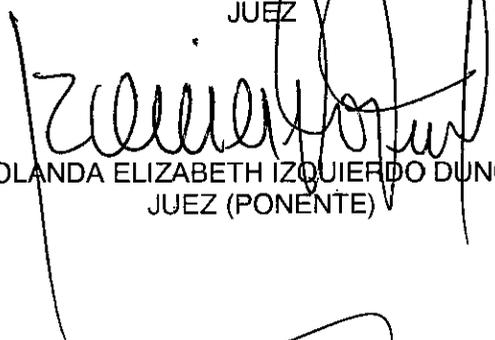
*relato y cuentas
oduta y ris*

77
86

demandada, **GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO DEL CANTON MUISNE, PROVINCIA DE ESMERALDAS**, page a favor del accionante, en el término de 30 días contados desde que se ejecutorie el presente fallo, las remuneraciones que dejó de percibir, desde el mes de junio de 2012, hasta la fecha que cesó en sus funciones, es decir hasta el 12 de septiembre de 2012 (4 meses), tomando como valor de su remuneración la última percibida, en atención a la acción de personal de fecha 3 de enero de 2011, conforme consta a fs. 3 y 29 del expediente; más los beneficios de ley (incluidos los aportes al IESS), e intereses legales calculados hasta la fecha de su liquidación, la misma que será calculada y detallada pericialmente. Se deja a salvo a la entidad demandada de iniciar las acciones que pudiera tener en contra de los ex personeros demandados en esta causa. Sin costas ni honorarios que regular. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. -**


CHILQUINGA RAMIREZ JUAN CARLOS
JUEZ


AVILES CEVALLOS OSWALDO REMIGIO
JUEZ


YOLANDA ELIZABETH IZQUIERDO DUNCAN
JUEZ (PONENTE)

Certifico:


MARTINEZ BURBANO JORGE VINICIO
SECRETARIO

VOTO SALVADO DEL CHILIQUINGA RAMIREZ JUAN CARLOS, JUEZ DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO CON SEDE EN EL CANTÓN PORTOVIEJO.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE MANABI. - TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO CON SEDE EN EL CANTÓN PORTOVIEJO.

Portoviejo, jueves 27 de abril del 2017, las 16h26. (13801-2013-0037).- **VISTOS:** El señor **COLBERT GUILLERMO ROBALINO LARREA**, luego de consignar sus generales de ley, con fecha 18 de enero de 2013, de fs. 5 a fs. 6 vta., demanda en la vía contencioso administrativa, acción de plena jurisdicción o subjetiva, al **GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO DEL CANTON MUISNE, PROVINCIA DE ESMERALDAS**, en las personas de sus representantes legales, señor **CARLOS PAUL VELEZ COLORADO** en su calidad de **ALCALDE** del cantón Muisne y, al Dr. **Dubal Guisamano Pantoja**, en su calidad de Procurador Síndico. Además, solicita se cite al señor Procurador General del Estado, en la persona del Delegado Provincial Dr. **Jaime Robles Cedeño**.

DEMANDA

El accionante en su demanda manifiesta: **UNO:** *a) Que el acto que impugna es el contenido en el Memorandum No. 04-2012-GADMCM de fecha 12 de septiembre de 2012, notificado el 19 de septiembre de 2012, mediante el cual se le notificó con el cesé de sus funciones de Secretario del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Muisne;* *b)* Indica que fue designado Secretario del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Muisne en sesión inaugural el 31 de julio de 2009, para un período de cuatro años, hasta mayo de 2014; *c)* manifiesta que cumplió sus funciones con esmero y profesionalismo, hasta que por una agitación política, fue removido en forma ilegal el Alcalde del cantón Muisne y, no le permitieron al accionante el ingreso a su oficina, siendo notificado con el cese de sus funciones de Secretario General, el 19 de septiembre de 2012.- **DOS:** El accionante con la demanda pretende, conforme lo determina en el literal f) a fs. 6 y 6 vta. de su demanda: *a)* La restitución de su cargo como Secretario General del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Muisne, provincia de Esmeraldas; *b)* La declaración de nulidad del acto impugnado; *c)* Se le cancelen las remuneraciones que dejó de percibir desde el mes de junio de 2012 hasta diciembre del mismo año; todo el año 2013; y, por el año 2014, hasta el mes de mayo. Solicitada el pago de todos los adicionales con ocasión del cese ilegal de sus funciones, con los respectivos intereses hasta el pago vía liquidación; *d)* Que se declare pecuniariamente responsable de los valores a erogar al señor Carlos Paúl Pérez Colorado y, en consecuencia, el Estado ejercerá el derecho de repetición de los valores pagados.

~~estrito y cinco~~
odito y siete

75
87

CONTESTACION DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES

Calificada la demanda y admitida a trámite, mediante auto de fecha 14 de febrero de 2013 (fs. 7) se ordena citar a los demandados y, al Director Provincial de la Procuraduría General del Estado; citados y notificado en legal y debida forma, comparece a fs. 10, el Dr. Jaime Andrés Robles Cedeño, en su calidad de Director Regional de la **Procuraduría General del Estado**, quien, al referirse a la demanda, comparece en atención a lo prescrito en el Art. 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y, deduce las siguientes excepciones: **a.-** Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda; **b.-** Improcedencia de la demanda; **c.-** Falta de derecho del demandante para proponer esta acción; **d.-** No se allana a las nulidades procesales existentes, ni a las que sobrevengan; **e.-** Se adhiere a cada una de las excepciones que deduzca la Institución accionada. Solicita se declare sin lugar la demanda. De fs. 26 del proceso, consta la razón de fecha 23 de julio de 2013, sentada por el Secretario Relator, en la que manifiesta que los demandados han sido legalmente citados, por lo que, a petición de parte, mediante auto de fecha 30 de septiembre de 2013, fs.27, se abre la causa a prueba por el término de diez días.

TERMINO DE PRUEBA

Se recibió la causa a prueba a fs. 27 por el término legal y, atendidas y proveídas las pruebas en su momento procesal, mediante auto de fecha 16 de enero del 2014, fs. 42, se declaró concluido el término de prueba. - **Entidad Demanda.**- Consta a fs. 43 del proceso, el escrito presentado el 26 de agosto de 2014, por los señores Eduardo Proaño Gracia y, Dr. Ítalo Chávez Ortiz, en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Muisne, provincia de Esmeraldas, respectivamente, conforme lo justifican con la documentación adjunta de fs. 44 a 48 del proceso, quienes manifiestan que el Gad Municipal del cantón Muisne, ha sido objeto de desmanes, robos, hurtos de documentos administrativos y, amenazas en contra de sus personeros Municipales; encontrando a la entidad en malas condiciones administrativas, sin contar con documentación del señor COLBERT GUILLERMO ROBALINO LARREA, actor en esta causa, por lo que solicitan ser escuchados en audiencia de estrados. **Audiencia de Estrados.**- Mediante auto de fecha 16 de septiembre

de 2014, a fs. 51, el Juez de Sustanciación de aquella época, señaló para el día 15 de octubre de 2014, a las 14h30, a fin de que se lleve a cabo la audiencia de estrados solicitada por la entidad accionada, diligencia que fue realizada conforme consta de la razón sentada por el señor Secretario Relator a fs. 53 del proceso; el informe en derecho presentado por el accionante se encuentra incorporado al proceso a fs.63.

CONSIDERACIONES

PRIMERO: La competencia se encuentra radicada, de acuerdo con la ley, en este Tribunal, de conformidad con los Arts. 216, 217 del Código Orgánico de la Función Judicial; Art. 10 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y, Resolución No. 373-2015 publicada en la Edición Especial del Reg. Of. No. 416 de viernes 11 de diciembre de 2015, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, que crea el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Portoviejo, Provincia de Manabí.

SEGUNDO: No se advierte violación de trámite, ni omisión de solemnidades sustanciales, en consecuencia, se declara válido todo lo actuado.

TERCERO: De conformidad con lo dispuesto en el Art. 114 del Código de Procedimiento Civil, le corresponde a cada parte probar los hechos que alega. Al efecto, la entidad demandada, no compareció a juicio contestando la demanda sin proponer excepciones, ni presentó prueba alguna; la Procuraduría General del Estado, compareció a juicio, presentó excepciones, pero no presentó prueba. La parte **actora**, a fojas 28 y 32, presenta sus escritos de prueba, quien solicitó: **1.** Que se reproduzca y se tenga como prueba a su favor todo lo de autos le sea favorable especialmente su demanda, sus habilitantes; y, por impugnado lo adverso, especialmente la contestación a la demanda presentada por la Procuraduría General del Estado; **2.** Que se agregue al proceso como prueba de su parte, copia notariada de la acción de personal, mediante la cual incrementan su sueldo como Secretario General del Gad Municipal de Muisne; **3.** Que se agregue al proceso como prueba de su parte, el oficio s/n de 13 de septiembre de 2012, dirigido a los señores Director Regional del Ministerio de Relaciones Laborales y Servicio Público de Esmeraldas y, con copia al Gobernador de la Provincia de Esmeraldas; **4.** Que se reproduzca como prueba de su parte la falta de comparecencia, contestación y actuación de prueba por parte del Gad Municipal del cantón Muisne; **5.** Impugna la prueba actuada y que llegare actuar la entidad demandada y de la Procuraduría General del Estado; **6.** Que se reproduzca a su favor los originales del deprecatorio devuelto con las citaciones a los representantes de la entidad demandada; **7.** Que se reproduzca como prueba de su parte el acto impugnado, esto es el Memorandum No. 04-2012-GADMCM de fecha 12 de septiembre de 2012,

*Ante y más
oduto y odio*

76
88

notificado el 19 de septiembre de 2012; 8. Que se reproduzca como prueba de su parte, la acción de personal con la que le designaron Secretario del Gad Municipal del cantón Muisne; 9. Que se oficie al Gad Municipal del cantón Muisne a fin de que informen si se le inició un sumario administrativo por alguna sanción administrativa, previo a su ilegal separación; e informen, documentadamente, si le cancelaron oportunamente los meses de junio a diciembre de 2012, así como los meses de enero a septiembre de 2013, indicando si se cancelaron los aportes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

CUARTO: La traba de la Litis se establece con la demanda y las excepciones propuestas, sobre la cual se circunscribe los puntos que este Tribunal debe tratar en su resolución, siendo obligación de actor y demandado, probar los fundamentos de la demanda o las excepciones, respectivamente, conforme así lo disponen los Arts. 114, 116 y 117 del Código de Procedimiento Civil. Analizadas las pruebas en su conjunto, a la luz de la sana crítica, como lo prescribe el Art. 115 *Ibidem*, se establece que **el accionante** impugna el memorándum mediante el cual cesaron de sus funciones como Secretario General del GAD Municipal del cantón Muisne, provincia de Esmeraldas, el mismo que fue notificado el 19 de septiembre de 2012; y, pretende: **a)** La restitución de su cargo como Secretario General del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Muisne, provincia de Esmeraldas; **b)** La declaración de nulidad del acto impugnado; **c)** Se le cancelen las remuneraciones que dejó de percibir desde el mes de junio de 2012 hasta diciembre del mismo año; todo el año 2013; y, por el año 2014, hasta el mes de mayo. Solicita el pago de todos los adicionales con ocasión del cese ilegal de sus funciones, con los respectivos intereses hasta el pago vía liquidación; **d)** Que se declare pecuniariamente responsable de los valores a erogar al señor Carlos Paúl Pérez Colorado y, en consecuencia, el Estado ejercerá el derecho de repetición de los valores pagados.

QUINTO: La **Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa**, vigente en la presente causa, conforme a la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos, determina textualmente lo siguiente: *"Art. 1.- El recurso contencioso - administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante. Art. 2.- También puede interponerse el recurso contencioso administrativo contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos. Art.3.- El recurso contencioso administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo*

y de anulación u objetivo. El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata. El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal. Nota: Respecto a un acto administrativo de carácter general, puede interponerse recurso objetivo o de anulación, cuando se pretende únicamente el cumplimiento de la norma jurídica objetiva; o recurso de plena jurisdicción o subjetivo, cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente. Disposición dada por Resolución del Tribunal Contencioso Administrativo No. 00, publicada en Registro Oficial 722 de 9 de Julio de 1991." (Lo resaltado nos pertenece). **El Art. 65 de la misma norma ibídem establece:** "El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna. En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de garantizar la seguridad jurídica...". De las normas antes señaladas, se colige que el accionante pretende que se reconozca un derecho subjetivo presuntamente negado, por lo que se configura que **la presente demanda se trata de un recurso de plena jurisdicción o subjetivo**; y, de la revisión del libelo de la demanda, se advierte que ésta fue presentada el 18 de enero de 2013 a fs.5 y 6 vta., y, el hecho impugnado fue notificado el 19 de septiembre del 2012, de lo que infiere que la demanda fue presentada dentro del término legal para hacerlo.

SEXTO: La excepción de negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, esgrimida por la Procuraduría General del Estado, atribuye la carga de la prueba al actor, quien ya la tenían por la presunción de legalidad y ejecutoriedad de que gozan los actos administrativos; presunción que tiene efecto iuris tantum, es decir hasta tanto una autoridad competente no determine lo contrario. Es preciso advertir que la entidad demanda, no compareció a juicio, no presentó excepciones dentro del término legal para hacerlo; conforme lo dispuesto en el **Art. 103 del Código de Procedimiento Civil, la falta de contestación a la demanda por parte de la entidad pública demandada, será apreciada como indicio en contra del demandado y es considerado como negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda**. Esta negativa pura y simple atribuye la carga de la prueba al actor de los hechos afirmativos propuestos en el juicio, conforme lo establece el Art. 113 del Código de

~~retiro y veto~~
oduto y mas

72
89

Procedimiento Civil, más sin embargo, el actor determina **hechos negativos** conforme consta en la demanda al manifestar que se le cancelen las remuneraciones que no le pagaron, por lo que la carga de la prueba se invierte y corresponde a la entidad demandada probar si le pagaron o no dichas remuneraciones, situación que la Municipalidad demandada no lo ha hecho en la presente causa.

SEPTIMO.- Con el criterio "in fine" del numeral anterior, de la señora Jueza Ponente, en esta parte me aparto del mismo. En razón de que, la carga de la prueba, al no haber contestación de la demanda por la entidad accionada, conforme lo prevé la parte final del Art. 103 del Código de Procedimiento Civil, se la que considera como negativa simple de los fundamentos de la demanda, lo cual, atribuye la carga de la prueba al actor, quien ya la tenían por la presunción de legalidad y ejecutoriedad de que gozan los actos administrativos; presunción que tiene efecto iuris tantum. Así, "[...] Cuando la impugnación se dirige contra actos administrativos la prueba se dirige a demostrar la ilegalidad o nulidad del mismo [...]" Según opinión de Rafael Badell (2004), la administración no puede, en juicio, probar elementos distintos a los establecidos en el procedimiento administrativo y recogidos en la motivación del acto impugnado, según afirma al particular la Administración le niega un derecho por no haber acreditado los hechos en que fundamentó su solicitud, la prueba de ellos en sede jurisdiccional también resulta ineficaz. [...].¹ El actor en la etapa probatoria, no ha presentado documentación que justifique sus asertos, y que constituya prueba plena para acreditar sus pretensiones. Las copias simples, no constituye prueba, puesto que, conforme el Art. 121 del Código de Procedimiento Civil: "Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema." En la especie, el tratadista español Pera Verdaguer, sobre la prueba, define que "*La carencia de datos y documentos que justifiquen el derecho que el recurrente imputa como vulnerado por la resolución recurrida impide encontrar méritos suficientes para poder acoger las pretensiones del actor [...] Para que un recurso pueda prosperar se requiere que los interesados aporten pruebas relativas al hecho y al derecho que conceptúen pertinentes, a fin de apoyar sus propias manifestaciones y afirmaciones [...] al demandante incumbe probar los hechos fundamentales de su demanda, y la insuficiencia de prueba lleva consigo la indeclinable absolución del demandado.*"²

OCTAVO.- Ante la excepción de falta de derecho de la parte actora para reclamar y proponer su demanda, alegada por la Procuraduría General del Estado, ésta no procede, debido a que el derecho de la accionante para plantear su demanda se encuentra plenamente consagrado y garantizado en los artículos 66 numeral 23, 75 y 173 de la Constitución de la República, en

¹ <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoadministrativo/2016/03/01/la-prueba-en-el-proceso-contencioso>

² Francisco Pera Verdaguer, "Jurisdicción Contencioso-Administrativa", BOSCH, Casa Editorial - Urgel, 51 bis - Barcelona, p. 460.

concordancia con los Artículos 2 y 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En efecto, el Art. 173 de la Constitución de la República establece como derecho ciudadano que los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial; lo que guarda consonancia con lo dispuesto en los artículos 31 y 217 numeral 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, y en el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado. En tal virtud, se rechaza dicha excepción.-

NOVENO.- Al momento de calificar la demanda, el Juez de Sustanciación, la encontró clara y con los requisitos exigidos por la Ley, motivo por el cual se desestima la excepción de improcedencia de la demanda, esgrimido por la Procuraduría General del Estado.

DECIMO.- La entidad demandada, al no comparecer a juicio, no presentar excepciones, tampoco presentar prueba alguna dentro del término legal para hacerlo; así como del actor de la causa, no haber probado sus pretensiones, han inobservado el Art. 117 del Código de Procedimiento Civil, el cual determina que sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio, en tal virtud, se afirma que lo que no existe en el proceso, no existe en el mundo.- La Constitución del Ecuador, en su Art. 76, numeral 4 determina que: "Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria".

DECIMO PRIMERO.- El Art. 225 de la Constitución del Ecuador, determina que el sector público comprende, entre otros, las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. El Art. 229 de la misma Carta Magna, manifiesta que serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

DECIMO SEGUNDO.- La Ley de Régimen Municipal, vigente a la fecha de la designación del accionante como Secretario del Concejo, según acción de personal de fecha 3 de agosto de 2009, incorporado al proceso a fs. 2, en su Art. 81 determina que el Secretario será designado por el Concejo de una terna de fuera de su seno, presentada por el alcalde y, sus atribuciones serán las determinadas en los numerales constantes en dicho artículo; norma que, en su parte final, determina que para nombrar secretario en los concejos se preferirá a quien tenga título de doctor en jurisprudencia o de abogado y, el tiempo de duración del cargo de secretario, no excederá de la fecha en la cual

*releto y odia
noventa*

78
90

el alcalde termine sus funciones, pudiendo ser reelegido. De la demanda consta a fs. 5, que el accionante, en las generales de ley, es Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República; y, según Memorando No. 04-2012-GADMCM de fecha 12 de septiembre de 2012, notificado el 19 de septiembre de 2012, fs. 4, se le notificó con el cesé de sus funciones de Secretario del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Muisne, firmando dicho documento el Sr. Carlos Paúl Vélez Colorado, nuevo Alcalde del Gobierno ADM del cantón Muisne.-

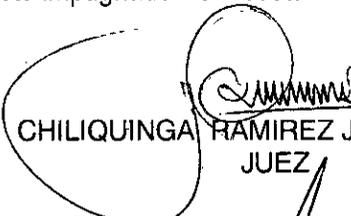
DECIMO TERCERO.- El Art. 69 del mismo cuerpo legal antes invocado, determina los deberes y atribuciones del Alcalde, entre ellos está, en su numeral 23, el de designar y remover con causa justa a los directores, procurador síndico y tesorero municipal. Podrá así mismo, designar y sancionar hasta con la destitución a los demás funcionarios y empleados de la administración municipal, de acuerdo con la ley. De las normas antes citadas y, del Memorando antes señalado, acto que impugna el accionante, se colige que el tiempo de duración del cargo de Secretario será hasta cuando el Alcalde termine sus funciones y, en virtud de que, de los hechos contenidos en su demanda, el Alcalde que lo nombró como Secretario, terminó sus funciones, terminada también sus funciones de Secretario, con lo que cesaron sus funciones mediante Memorando No. 04-2012-GADMCM de fecha 12 de septiembre de 2012, notificado el 19 de septiembre de 2012.

DECIMO CUARTO.- A la fecha del cese de funciones del accionante, esto es 12 de septiembre de 2012, estuvo vigente el **Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD)**, que en su **Art. 60**, dentro de las atribuciones del alcalde literal i), está el de nombrar y remover a los funcionarios de dirección, procurador síndico y demás servidores públicos de libre nombramiento y remoción; de otra parte, la **Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP)**, en su **Art. 83**, excluye del sistema de la carrera del servicio público, en su literal a.3 y a.7, a los secretarios y subsecretarios comprendidos en el nivel jerárquico superior; y, a los secretarios generales y prosecretarios; así mismo el **Art. 85**, **determina las servidoras y servidores públicos de libre nombramiento y remoción y, dice:** "Las autoridades nominadoras podrán designar, previo el cumplimiento de los requisitos previstos para el ingreso al servicio público, y remover libremente a las y los servidores que ocupen los puestos señalados en el literal a) y el literal h) del Artículo 83 de esta Ley. La remoción así efectuada no constituye destitución ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza".

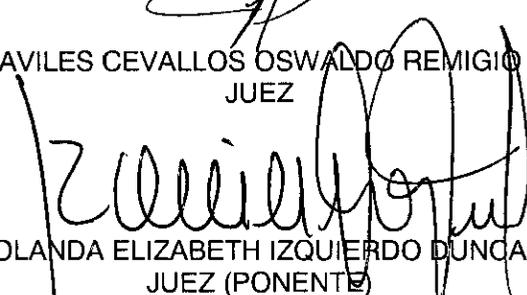
RESOLUCION

Por los antecedentes y consideraciones expuestas y, de conformidad a lo prescrito en los Arts. 75, 76 de la Constitución de la República, que se establecen las garantías básicas que debe asegurar todo proceso en el que

se determinen derechos y obligaciones y, guiados por las reglas de la sana crítica, este Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Portoviejo, sin más consideraciones que realizar, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, declara sin lugar la demanda presentada por el señor **Colbert Guillermo Robalino Larrea**, planteado en contra del **Gobierno Autonomo Descentralizado del Cantón Muisne, Provincia de Esmeraldas**, y declara legitimo el acto impugnado.- Sin costas.- **NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE.** -


CHILQUINGA RAMIREZ JUAN CARLOS
JUEZ

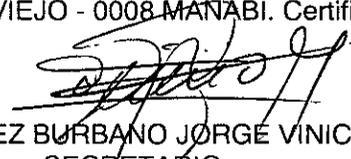
AVILES CEVALLOS OSWALDO REMIGIO
JUEZ


YOLANDA ELIZABETH IZQUIERDO DUNCAN
JUEZ (PONENTE)

9
Certifico:


MARTINEZ BURBANO JORGE VINICIO
SECRETARIO

En Portoviejo, jueves veinte y siete de abril del dos mil diecisiete, a partir de las dieciseis horas y veinte y seis minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA y VOTO SALVADO que antecede a: ROBALINO LARREA COLBERT GUILLERMO en la casilla No. 183 y correo electrónico pepegarciahidalgo@hotmail.com. MUNICIPALIDAD DEL CANTON MUISNE en la casilla No. 755 y correo electrónico ernestoeduardolopezrosado@yahoo.com; ichavez74@gmail.com; PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO en el correo electrónico fj-manabi@pge.gob.ec del Dr./Ab. PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO - MANABÍ - PORTOVIEJO - 0008 MANABÍ. Certifico:


MARTINEZ BURBANO JORGE VINICIO
SECRETARIO

YOLANDA.IZQUIERDO

~~retrato y un~~
retrato y un

~~79~~
91