

REGISTRO OFICIAL

Organo del Gobierno del Ecuador



Suplemento del Registro Oficial

Año I- Quito, Viernes 23 de Noviembre de 2007 - N° 218



Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República
Responsabilidad de la Dirección del Registro Oficial



REGISTRO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Año I -- Quito, Viernes 23 de Noviembre del 2007 -- N° 218

DR. RUBEN DARIO ESPINOZA DIAZ
DIRECTOR

Quito: Avenida 12 de Octubre N 16-114 y Pasaje Nicolás Jiménez
Dirección: Telf. 2901 - 629 -- Oficinas centrales y ventas: Telf. 2234 - 540
Distribución (Almacén): 2430 - 110 -- Mañosca N° 201 y Av. 10 de Agosto
Sucursal Guayaquil: Calle Chile N° 303 y Luque -- Telf. 2527 - 107
Suscripción anual: US\$ 300 -- Impreso en Editora Nacional
1.700 ejemplares -- 56 páginas -- Valor US\$ 1.25

SUPLEMENTO

SUMARIO:

	Págs.		Págs.
FUNCION EJECUTIVA		tratarse de una objeción por inconstitucionalidad prevista en el artículo 154 de la Constitución Política del Estado,	
DECRETO:			
756	Dispóngase al Ministerio de Economía y Finanzas para que, con cargo al Fondo de Ahorro y Contingencias entregue al Banco Nacional de Fomento la suma de US \$ 20'000.000,00 para el programa de crédito destinado a la reactivación productiva de la zona afectada por el proceso eruptivo del volcán Tungurahua	sino de una objeción total al Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Tránsito y Transporte Terrestres	5
		SEGUNDA SALA:	
	2	291-2006-RA Confírmase la resolución adoptada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo y niégase la acción de amparo propuesta por el señor Mario Recalde Maldonado	9
		0310-2006-RA Confírmase la resolución adoptada por el Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 3, y recházase el amparo solicitado por el Ab. Cayo Cabrera Vélez	11
		0317-2006-RA Confírmase la resolución adoptada por el Juez de instancia, y niégase el amparo constitucional solicitado por el señor Oscar Almeida Delgado, Presidente de la Compañía Cargo Service S. A. "CARAIR"	13
RESOLUCIONES:			
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL			
0546-06-RA	Confírmase en todas sus partes la resolución venida en grado y acéptase la acción de amparo constitucional planteada por la ingeniera comercial María Augusta Caicedo Llaguno		3
0001-2007-OI	Devuélvese el expediente al H. Congreso Nacional en virtud de no		

<p>0029-2007-HD Confírmase la resolución del Juez de instancia e inhíbese del conocimiento de la presente causa en la acción de hábeas data presentada por Arturo Martín Heredia Martínez Págs. 16</p>	<p>el Juez Primero de lo Civil de Imbabura, Dr. Luis Germán Changotasi y niégase el amparo constitucional planteado por el Ec. Marcos Ludwing Iván Moreno Ubidia 40</p>
<p>0143-2007-HC Confírmase la resolución adoptada por la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Quito y niégase el recurso de hábeas corpus interpuesto por el Dr. Pablo César Farinango Pavón Págs. 17</p>	<p>1042-2007-RA Revócase la resolución adoptada por el Juez Noveno de lo Civil del Guayas el veintitrés de agosto del dos mil siete y niégase la acción de amparo constitucional propuesta por varios ingenios azucareros en contra del Ministro de Agricultura y Ganadería Págs. 43</p>
<p>0157-07-HC Confírmase la resolución venida en grado y niégase el recurso de hábeas corpus propuesto a favor de Tania Tamara Tito Sarcos Págs. 18</p>	<p>1069-2007-RA Confírmase la resolución adoptada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, Segunda Sala y concédese el amparo solicitado por Luis Harvey Rivadeneira Galiano 54</p>
<p>0231-2007-RA Confírmase la resolución expedida por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Cuenca y niégase el amparo solicitado por el Ing. Homero Aurelio Torres y otros por improcedente Págs. 20</p>	<p>ORDENANZA METROPOLITANA: 3704 Concejo Metropolitano de Quito: Que reforma a la Ordenanza No. 3629, reformada antes por la Ordenanza No. 3686 de Reconocimiento, Registro y Actualización Catastral de las Construcciones Informales del Distrito 55</p>
<p>0324-2007-RA Revócase la resolución adoptada por la Jueza Octava de lo Civil de Pichincha y niégase el amparo solicitado por Laura Hortensia del Pozo Pasquel Págs. 30</p>	<p style="text-align: center;">No. 756 Rafael Correa Delgado PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA Considerando:</p>
<p>0361-2007-RA Revócase la resolución adoptada por el Juez Primero de lo Civil de Pichincha y niégase el amparo solicitado por Carlos Marcelo Ayala Nicolalde Págs. 31</p>	<p>Que determinados sectores de las provincias de Tungurahua y Chimborazo han resultado sumamente afectados en estos últimos 8 años del proceso eruptivo del volcán Tungurahua y de manera especial en la reactivación ocurrida en el mes de agosto del 2006;</p>
<p>0499-2007-RA Confírmase la resolución adoptada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, Segunda Sala y niégase el amparo solicitado por los integrantes del Consorcio Yanuncay Págs. 33</p>	<p>Que es obligación del Gobierno Nacional asumir la responsabilidad de trabajar en forma efectiva para atender a la población afectada y propiciar su reactivación integral, económica y productiva;</p>
<p>0539-2007-RA Revócase la resolución adoptada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, Primera Sala y niégase el amparo solicitado por Guillermo Fernando Bustos Rosero Págs. 36</p>	<p>Que para la recuperación de la zona de influencia del volcán Tungurahua es indispensable dotar recursos para otorgar créditos de reactivación productiva e inclusive para la adquisición de tierras, con intereses y plazos preferenciales, con períodos de gracia y condiciones especiales para los afectados que serán beneficiarios de los préstamos;</p>
<p>0540-2007-RA Revócase la resolución adoptada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, Primera Sala y niégase el amparo solicitado por Víctor Julio Cartagena Salazar Págs. 38</p>	<p>Que el artículo 5 de la Ley reformativa a la Ley que favorece a la población y sectores turístico, artesanal, comercial, agrícola, avícola, pecuario y ganadero de las zonas de influencia del volcán Tungurahua, publicada en Registro Oficial 429 de 3 de enero del 2007 dispuso que de los recursos depositados en la cuenta especial denominada "Reactivación Productiva y Social, del Desarrollo</p>
<p>0850-07-RA Revócase la resolución adoptada por</p>	

Científico - Tecnológico y de la Estabilización Fiscal”, se destinará, no menos de veinte millones de dólares para la ejecución de planes integrales de reconversión productiva, elaborados por la Municipalidad de cada cantón, por intermedio de la Corporación Financiera Nacional o del Banco Nacional de Fomento, de tal modo que puedan recuperarse y rehabilitarse las actividades turísticas, artesanales, comerciales, agrícolas, avícolas, pecuarias, ganaderas, industriales y agro industriales, gravemente deterioradas por el proceso eruptivo del volcán Tungurahua;

Visto el informe favorable del Ministerio de Economía y Finanzas para la expedición de este Decreto Ejecutivo, contenido en el oficio No. MEF-ST-FAC-2007-019 de octubre 17 del 2007; y,

En uso de las atribuciones que le confiere el artículo 16 de la Ley de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal,

Decreta:

Artículo 1.- Dispóngase al Ministerio de Economía y Finanzas para que, con cargo al Fondo de Ahorro y Contingencias entregue al Banco Nacional de Fomento la suma de veinte millones de dólares de los Estados Unidos de América 00/100 (US \$ 20'000.000,00), para el programa de crédito destinado a la reactivación productiva de la zona afectada por el proceso eruptivo del volcán Tungurahua.

Artículo 2.- De la mencionada cantidad se utilizarán quince millones de dólares de los Estados Unidos de América 00/100 (US \$ 15'000.000,00) en la concesión de nuevos créditos para actividades productivas y cinco millones de dólares de los Estados Unidos de América 00/100 (US \$ 5'000.000,00) para la compra de tierras a favor de los afectados por la erupción del volcán Tungurahua. De igual forma, se podrán utilizar los recursos para los gastos administrativos que demanden el programa de crédito o la compra de tierras.

Artículo 3.- Podrán beneficiarse con crédito para la compra de tierras las personas naturales y jurídicas con domicilio permanente en las provincias de Tungurahua y Chimborazo, dedicados a actividades turísticas, artesanales, comerciales, agrícolas, avícolas, pecuarias, ganaderas, industriales y agroindustriales, cuyas tierras de trabajo se encuentren en zonas de influencia del volcán Tungurahua de alto riesgo.

Artículo 4.- El Banco Nacional de Fomento emitirá la correspondiente regulación y las normas operativas y técnicas necesarias para la aplicación de este decreto, en coordinación con el Ministerio de Coordinación de Seguridad Interna y Externa, inclusive las políticas de calificación de riesgo.

Para la concesión de créditos con este fondo a los afectados por el proceso eruptivo del volcán Tungurahua, no se requerirá consultar su calificación en la Central de Riesgos del Sistema Financiero Nacional, de conformidad con el artículo 14 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Banco Nacional de Fomento.

Artículo 5.- El Banco Nacional de Fomento será el encargado de administrar los recursos asignados en este decreto. Los valores que provengan de la recuperación del capital e intereses de los créditos concedidos que serán utilizados en la concesión de nuevos créditos para actividades productivas.

Artículo Final.- De la ejecución del presente decreto, que entrará en vigencia desde la presente fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial, encárguese a los ministerios de Economía y Finanzas y de Coordinación de Seguridad Interna y Externa y al Banco Nacional de Fomento.

Dado en Quito, a 15 de noviembre del 2007.

f.) Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República.

f.) Fausto Ortiz de la Cadena, Ministro de Economía y Finanzas.

f.) Fernando Bustamante Ponce, Ministro Coordinador de Seguridad Interna y Externa.

f.) Carlos Vallejo López, Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca.

Es fiel copia del original.- Lo certifico.

f.) Pedro Solines Chacón, Subsecretario General de la Administración Pública.

No. 0546-06-RA

Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales Vinueza

“EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el caso signado con el **No. 0546-06-RA**

ANTECEDENTES: María Augusta Caicedo Llaguno, comparece ante el Juzgado Vigésimo Tercero de lo Civil de Pichincha, y fundamentado en el artículo 95 de la Constitución Política del Estado, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional, deduce acción de amparo constitucional en contra del Director Ejecutivo del Instituto Geográfico Militar, a fin de que se deje sin efecto el contenido de la Acción de Personal de 4 de Julio del 2005. La accionante, en lo principal señala lo siguiente:

Manifiesta que bajo la modalidad de concurso público se presentó a la convocatoria y prueba realizada por el IGM, resultando ganadora entre cinco participantes, habiendo obtenido el primer lugar, con un puntaje de 72,15 en la prueba que comprendía los campos de presión, dominio y conocimientos.

Que por esta razón firmo un contrato de prueba de tres meses de duración, contados desde el 1 de Febrero de 2005 hasta el 30 de Abril de 2005, con la Dirección del IGM, según el cual debía desempeñarse como Jefe de Producto del Departamento de Mercadotecnia. Posteriormente celebró un contrato vigente desde el 1° de mayo de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2005.

Que el día 5 de Julio de 2005, recibió la notificación de cancelación del contrato del cargo, por lo que reclamó ante el Director, el mismo que argumentó que no cumplía con ninguna de las expectativas de la Institución.

Que de conformidad con los artículos: 18; 23 numerales 3, 5, 8, 17, 26 y 27; 24 numerales 10 y 13; 118; 119; 163; 272; 273 y 274 de la Constitución Política del Ecuador, y en virtud de la violación de las garantías constitucionales, solicita se suspendan definitivamente los efectos del acto administrativo impugnado, consistente en la Acción de Personal de 4 de Julio del 2005.

La audiencia pública se realizó el 4 de Octubre del 2005, con la concurrencia de las partes, quienes presentaron sus exposiciones por escrito. El accionante, en lo principal se afirma y ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho de su pretensión. El accionado argumenta que sin lugar a dudas la acción de personal que se pretende dejar insubsistente, es totalmente motivada por cuanto se sustenta en lo dispuesto en la cláusula sexta del contrato suscrito el 20 de abril de 2005 entre la recurrente y el IGM, la misma que determina que por convenir los intereses institucionales se puede dar por terminado unilateralmente y de manera anticipada el plazo contractual acordado, por lo mismo existe causa justa para terminar el contrato sin dejar de lado que el acto administrativo es legítimo.

El Juez Vigésimo Tercero de lo Civil de Pichincha, resolvió aceptar el presente amparo Constitucional, por no existir motivo alguno para la destitución del cargo.

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- El Tribunal Constitucional es competente para conocer y resolver el presente caso de conformidad con lo que disponen los Arts. 95 y 276, número 3, de la Constitución Política de la República, en concordancia con lo dispuesto en el Art. 62 de la Ley Orgánica del Control Constitucional;

SEGUNDA.- La presente causa ha sido tramitada de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional y legal vigente;

TERCERA.- La acción de amparo procede, entre otros aspectos, ante lo concurrencia simultánea de los siguientes elementos: a) que exista de un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública; b) que el acto viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, convenio o tratado internacional vigente; c) que el acto u omisión de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También procede el amparo constitucional ante actos de particulares que prestan servicios públicos;

CUARTA.- Que la accionante pretende a través de esta acción de amparo, que se suspenda definitivamente el acto administrativo impugnado, en el que da por terminado de manera anticipada el Contrato de Trabajo a partir del 19 de julio del 2005, según consta a fojas 20 del expediente, expedida por el Crnl. Ing. Mario Leiva Monteros, Director del Instituto Geográfico Militar el 04 de julio del 2005;

QUINTA.- Que del estudio del expediente se establece que la accionante suscribió un contrato de trabajo con el Instituto Geográfico Militar, por haber ganado un Concurso de Merecimientos, según consta a fojas 01 del proceso, en

el cual, se detalla el "Informe de Evaluación Técnica Aplicada a los Postulantes a Ocupar la Vacante de Jefe de Producto en el Departamento de Marketing"; informe que indica quienes fueron los ganadores del mencionado Concurso y que se menciona claramente que entre los ganadores se encuentra la accionante;

SEXTA.- Que, la Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado e interpretado de tal manera que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, debiendo excluirse, definitivamente, cualquier interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia a algunos de sus preceptos. Por ello, el Amparo, como proceso cautelar de derechos subjetivos constitucionales, no se encuentra previsto en la Constitución como un mecanismo para reemplazar otros procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico, pero sí para tutelar el derecho de las personas cuando han sido violados, en tal virtud, la accionante se encuentra perjudicada porque no se cumplió lo establecido en el Art. 35 numeral 4 de la Constitución Política de la República del Ecuador, así como también no se cumplió el debido proceso, se faltó a la Seguridad Jurídica y no hubo la respectiva motivación para separarla del ejercicio de sus funciones;

SEPTIMA.- Que, por lo señalado anteriormente la presente acción tiene por objeto remediar el daño causado a la accionante, es decir, que el Acto Administrativo que impugna la accionante se deje sin efecto por violar los derechos constitucionales establecidos en el Art. 23 numerales 15, 20, 26 y 27; también el Art. 24 numerales 13 y 17. Además éste Tribunal es del criterio, que la Autoridad nominadora una vez que renovó el contrato de la accionante y que regía desde el 01 de mayo hasta el 31 de diciembre del 2005, debió de respetar el tiempo establecido y si la accionante no cumplía con las expectativas que interesaba a la Institución, debió de someterla a una evaluación para poder calificar el desempeño de la actora, y ahí sí, poder rescindir el contrato con que se comprometieron las partes a respetar;

OCTAVA.- Que, en relación al considerando anterior, para la Autoridad Nominadora, no sólo basta que en el contrato se señale la causal de dar por terminada la relación laboral lo que se indica en la cláusula Sexta, sino que, debió de evaluarse su desempeño, para que exista la respectiva motivación del por qué da por terminado el contrato de manera anticipada, por lo que éste Tribunal es del criterio que se reintegre a la accionante en los términos que indica la Ley y la Constitución Política de la República;

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional,

RESUELVE:

- 1.- Confirmar en todas sus partes la Resolución venida en grado; en consecuencia aceptar la acción de Amparo Constitucional planteada por la Ingeniera Comercial María Augusta Caicedo Llaguno; y,
- 2.- Devolver el proceso al Juez de Instancia Constitucional para los efectos determinados en los artículos 55 y 58 de la Ley de Control Constitucional.- **NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE.-**

f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente.

Razón: Siento por tal, que la resolución que antecede fue aprobada por el Tribunal Constitucional con seis votos a favor, correspondientes a los doctores Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinuesa, Nina Pacari Vega y Edgar Zárate Zárate y tres votos salvados de los doctores Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire, en sesión del día martes treinta de octubre de dos mil siete.- Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

VOTO SALVADO DE LOS DOCTORES RUTH SENI PINOARGOTE, MANUEL VITERI OLVERA Y PATRICIO PAZMIÑO FREIRE, EN EL CASO SIGNADO CON EL Nro. 0546-06-RA.

Quito D.M., octubre 30 de 2007.

Con los antecedentes constantes en la resolución adoptada, nos separamos de la misma por las siguientes consideraciones:

PRIMERA.- El Tribunal Constitucional es competente para conocer y resolver el presente caso de conformidad con lo que disponen los Arts. 95 y 276, número 3, de la Constitución Política de la República, en concordancia con lo dispuesto en el Art. 62 de la Ley Orgánica del Control Constitucional.

SEGUNDA.- La presente causa ha sido tramitada de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional y legal vigente.

TERCERA.- La Acción de Amparo procede, entre otros aspectos, ante lo concurrencia simultánea de los siguientes elementos: a) que exista un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública; b) que el acto viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, convenio o tratado internacional vigente; c) que el acto u omisión de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También procede el Amparo Constitucional ante actos de particulares que prestan servicios públicos.

CUARTA.- Que la accionante pretende a través de esta Acción de Amparo, que se suspenda definitivamente, el Acto Administrativo impugnado, consistente en la Acción de Personal expedida por el Crnl. Ing. Mario Leiva Monteros, en cuanto ha dado por terminado el contrato de manera unilateral y anticipada; y, se la reintegre a su cargo.

QUINTA.- Que del estudio del expediente se establece que la accionante suscribió un Contrato de Trabajo con el Instituto Geográfico Militar, al que se sometieron las partes; y, en la cláusula sexta fs. 64 vta., se estipula que en cualquier tiempo el IGM podrá dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo. Siendo los contratos ley para las partes, estos sólo pueden ser resueltos por la justicia ordinaria.

SEXTA.- Que, la Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado e interpretado de tal manera que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, debiendo excluirse, definitivamente, cualquier interpretación que conduzca a

anular o privar de eficacia a algunos de sus preceptos. Por ello, el Amparo, como proceso cautelar de derechos subjetivos constitucionales, no se encuentra previsto en la Constitución como un mecanismo para reemplazar otros procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico. Por lo señalado, ni esta Magistratura tiene competencia ni es la Acción de Amparo la vía pertinente para determinar el cumplimiento o incumplimiento de contratos.

SEPTIMA.- Que por lo señalado anteriormente la presente acción se vuelve improcedente, tal como se reconoce en el número 6 del artículo 50 del Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional; ya que, las acciones derivadas del cumplimiento o incumplimiento de los contratos están determinadas en la Ley; es decir, los asuntos bilaterales atañen exclusivamente a la legalidad.

OCTAVA.- Que el Pleno del Tribunal Constitucional y sus diferentes Salas, mediante reiterados fallos, se ha pronunciado en el sentido de que los asuntos contractuales o de naturaleza bilateral, no son susceptibles de ventilación mediante la Acción de Amparo.

Por estas consideraciones, se debe:

- 1.- Revocar la Resolución venida en grado; en consecuencia negar la Acción de Amparo Constitucional planteada por la Ingeniera Comercial María Augusta Caicedo Llaguno.
- 2.- Devolver el expediente al inferior, para los fines legales consiguientes.- Notifíquese y publíquese.

f.) Dra. Ruth Seni Pinoargote, Vocal - Magistrada.

f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Vocal, Magistrado.

f.) Dr. Manuel Viteri Olvera, Vocal - Magistrado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por: f.) Ilegible.- Quito, a 19 de noviembre del 2007.- f.) El Secretario General.

No. 0001-2007-OI

Magistrada Ponente: Dra. Nina Pacari Vega

“EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el caso signado con el **No. 0001-07-OI**

ANTECEDENTES: El economista Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República mediante Oficio No. T. 192-SGJ-07-401 de 22 de Febrero del 2007, dirigido al Arq. Jorge Cevallos Macías, Presidente del H. Congreso Nacional, en referencia al Oficio No. 257-PCN- de 8 de Febrero del 2007, recibido en el Palacio Nacional, le expresa lo siguiente: **Respecto al Proyecto de Ley**

Reformatoria a la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre: El artículo 1 del Proyecto de Ley Reformativa a la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre facultaría a los Municipios que hayan asumido y que en el futuro asuman la competencia de tránsito y transporte terrestre para que reciban recaudaciones por concepto de concesión de licencias, matrículas, permisos, títulos de propiedad, elaboración de placas y demás valores determinados inclusive en cada jurisdicción municipal. Dichos ingresos corresponden en la actualidad a la Dirección Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres, organismo al cual compete ejecutar, entre otros, los planes nacionales de tránsito, transporte y seguridad vial, y, actuar frente a los accidentes de tránsito en todo el país. Los egresos que generan los accidentes de tránsito y sus secuelas para el país se estiman actualmente entre 550 y 700 millones de dólares de los Estados Unidos de América, y también deben considerarse sus perniciosas consecuencias sociales: constituye la segunda causa de muerte en el país y afecta de manera particular a los grupos más vulnerables de la población: adultos, mayores, niños, niñas, adolescentes, discapacitados y mujeres. Por ello, constituye política prioritaria del Estado disminuir esta lacerante realidad. Para este año, la propuesta legal en referencia implicaría una disminución en el presupuesto institucional de la Dirección Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres, de un monto aproximado de 55.5 millones de dólares de los Estados Unidos de América, según estimaciones del Ministerio de Economía y Finanzas, tomando en cuenta que los recursos de la referida Dirección Nacional provienen de la denominada autogestión, esto es: especies fiscales, servicios, registros de matrículas entre otros, ello implicaría que las funciones que cumple dicho organismo se verían seriamente afectadas, y, sus efectos como ha quedado señalado, afectarían a la sociedad toda. Además, debe considerarse que, lamentablemente, por desfases administrativos provocados por un diseño concentrador del sistema socioeconómico, se ha generado una situación de subsidiaridad: la recaudación en las provincias más pobladas, que cuentan un mayor número de automotores susceptibles de ser objeto de los servicios y controles de la Dirección Nacional de Tránsito, frente a las provincias de menor desarrollo relativo. Esta situación de desproporción también se vería agravada si se viabiliza el proyecto de Ley que se analiza, en razón de que si las municipalidades van a ejercer las competencias de tránsito y transporte terrestre, también deben asumir los costos administrativos, no siendo posible que se establezcan normas que nos orienten a una inevitable duplicación de funciones, lo que conllevaría a una profunda reforma en cuanto a los recursos de todo tipo de la Dirección Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre y de las acciones que se ejecuta. Por otra parte, debe observarse que, por expreso mandato constitucional contenido en el segundo inciso del artículo 259 de la Constitución, ningún organismo público puede ser privado de los recursos necesarios para cumplir con los fines y objetivos para los que fue creado. Debe señalarse, que en un sano proceso de descentralización haría necesaria una Ley Marco que establezca parámetros generales para las actividades de planificación, organización, regulación y control del tránsito, transporte terrestre y seguridad vial; lo contrario significaría que cada cantón pudiese asumir desde su percepción particular, en todo caso válida, un esquema de gestión sin armonizar con el necesario proceso de continuidad que implica un manejo adecuado del tránsito, transporte terrestre y seguridad vial. Por lo tanto, no es viable que cada Cantón expida su normativa al asumir la competencia indicada, que se creen

sistemas aislados, frente a una actividad que necesariamente debe ser continua en todo el territorio y regiones del Ecuador. Se debería también estudiar la posibilidad de involucrar a los Consejos Provinciales en la temática, mediante la reforma de las leyes correspondientes, para mantener una necesaria unidad de tratamiento del tránsito.

Respecto a la Ley de Reforma Tributaria 2001-41: La reforma planteada está orientada a modificar el destino del impuesto anual sobre la propiedad de los vehículos motorizados, de manera que la totalidad de los valores recaudados por concepto de este tributo se destinen en forma automática e inmediata a las municipalidades que hayan asumido y asuman en el futuro la competencia en materia de tránsito y transporte terrestre. De la totalidad de la recaudación del impuesto a la propiedad de los vehículos motorizados, el 98.5% financian obligaciones del presupuesto general del Estado. Por tanto, la reforma planteada, en los términos del proyecto de Ley que se analiza, reduce los ingresos del Presupuesto del Gobierno Central en al menos 70 millones de dólares de los Estados Unidos de América, en relación al rendimiento fiscal del año 2006, según el Ministerio de Economía y Finanzas, lo cual incrementaría el déficit fiscal, ya que no se reduciría en igual monto los gastos del Gobierno Central, ya que este debería seguir asumiendo la Policía de Tránsito. Por lo señalado, el proyecto de Ley no cumple con el principio constitucional y doctrinal de que no hay transferencia de recursos sin transferencia de competencias, ya que los Municipios no se harían cargo de la Policía de Tránsito y tendrían una cantidad de recursos desproporcionada en relación a las competencias que recibirían. Los parámetros para determinar la capacidad operativa de las municipalidades para asumir las competencias en materia de tránsito y transporte terrestre, deben constar en el marco normativo aplicable, para evitar la duplicidad de funciones entre el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres y las municipalidades, situación prohibida por el artículo 236 de la Constitución; además que ello, generaría una presión sobre la carga fiscal y un insostenible e intolerable resultado de gestión. Por las consideraciones anteriores, en ejercicio de la atribución que le confieren los artículos 171 numeral 4 y 153 inciso tercero de la Constitución, **objeta totalmente** el proyecto de Ley Reformativa a la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre y a la Ley de Reforma Tributaria No. 2001-41. **Por su parte, el Abg. Vicente Taiano Basante, Secretario el Congreso Nacional**, mediante Oficio No. 366 DGSP, de 6 de marzo del 2007, expresa que por disposición del Presidente arquitecto Jorge Cevallos Macías, comunica que en sesión ordinaria matutina de 6 de marzo del presente año, el Congreso Nacional resolvió remitir al órgano supremo de control constitucional la Ley Reformativa a la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre; y a la Ley de Reforma Tributaria No. 2001-41, aprobada por la legislatura el 8 de febrero del 2007, junto con la objeción total del Presidente Constitucional de la República, constante en el oficio T. 192- SGJ-07-401 de 22 de febrero del 2007, a fin de que, de conformidad con el artículo 154 en concordancia con el numeral 4 del artículo 276 ibídem, se emita el “dictamen sobre la objeción por inconstitucionalidad” formulada por el Presidente de la República a las leyes de la referencia. **La Comisión de Recepción y Calificación del Tribunal**, mediante providencia de 12 de Marzo del 2007, admite la objeción de inconstitucionalidad planteada. **El Pleno del Tribunal Constitucional**, mediante providencia de 13 de Marzo del 2007, avoca competencia de la objeción y pasa el expediente a la Segunda Sala para que informe como

Comisión. **La Segunda Comisión del Tribunal Constitucional**, mediante providencia de 21 de Marzo del 2007, asume competencia de la causa. Encontrándose la causa en estado de ser resuelta, para hacerlo se hacen las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Que, el Tribunal Constitucional conforme al número 4 del artículo 276 de la Constitución Política, es competente para dictaminar sobre las objeciones de inconstitucionalidad **realizadas por el Presidente de la República** en el proceso de formación de las leyes; **SEGUNDA.-** Que el artículo 154 de la Constitución, establece que si la objeción **se fundamentare en la inconstitucionalidad total o parcial del proyecto**, éste será enviado al Tribunal Constitucional para que emita su dictamen, con lo cual, se configura el denominado control preventivo de constitucionalidad de las leyes, también llamado control directo; **TERCERA.-** Que, tal cual se desprende del Oficio T.192-SGJ-07-401 de 22 de Febrero del 2007, suscrito por el economista Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República, mediante el cual **OBJETA TOTALMENTE**, el proyecto de Ley reformativa a la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre y a la Ley de Reforma Tributaria No. 2001-41, con fundamento en la facultad que le conceden los artículos 171 número 4 y 153 inciso tercero de la Constitución Política, sin que ninguna referencia haya hecho del artículo 154 ibídem, que se refiere a cuestiones de inconstitucionalidad parcial o total de los proyectos de ley, razón por la cual el Presidente de la República no envió el proyecto para el conocimiento de este Tribunal, debiendo tener presente que la Constitución establece en el número 5 del Art. 277: "(...) *El Presidente de la República pedirá el dictamen establecido en los números 4 y 5 del mismo artículo (276)*". En tal virtud, la Norma Suprema le da solamente al Presidente de la República, la legitimación activa para remitir al Tribunal Constitucional una objeción a un proyecto de ley, si él considerare que existen inconstitucionalidades en dicho proyecto. **CUARTA.-** En la especie, el informe que contiene la objeción total del señor Presidente de la República al proyecto de ley reformativa a la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre y a la Ley de Reforma Tributaria No. 2001-41, ha sido remitido a esta Magistratura por parte del Secretario del Congreso Nacional, por disposición del señor Presidente de dicho Organismo, mediante Oficio No. 366 DGSP, de 6 de Marzo del 2007 (fojas 35), el mismo que contiene una insinuación en el sentido de que este Organismo continúe con el trámite constitucional y legal correspondiente conforme a lo establecido en el artículo 154 de la Constitución Política, en razón de que, "...*fundamentalmente, aunque no lo dice en su pronunciamiento, por motivos de inconstitucionalidad, por contravenir los artículos 147 y 259, inciso cuarto, de la Constitución Política de la República*", insinuación que carece de asidero y fundamento constitucional, por lo que deviene en improcedente, tomando en cuenta además el escrito presentado por el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República que consta a fojas 55 del expediente, en el que se señala en el número 1 lo siguiente: "*En lo principal se reitera el fundamento de la objeción total al Proyecto de Ley Reformativa a la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre y a la Ley de Reforma Tributaria No. 2001-4, fue una razón de conveniencia*". **QUINTA.-** Por todo lo anteriormente analizado, el Tribunal Constitucional no tiene competencia para pronunciarse

respecto de la Objeción Total realizada por el señor Presidente de la República, con fundamento en el artículo 153 inciso tercero de la Constitución, al proyecto de Ley reformativa a la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre y a la Ley de Reforma Tributaria No. 2001-41. En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales,

RESUELVE:

- 1.- Devolver el expediente al H. Congreso Nacional en virtud de no tratarse de una objeción por inconstitucionalidad previsto en el artículo 154 de la Constitución Política del Estado, sino de una objeción total al Proyecto de Ley previsto en el artículo 153 inciso tercero; y,
- 2.- Publicar la presente resolución en el Registro Oficial.- Notifíquese".

f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente.

Razón: Siento por tal, que la resolución que antecede fue aprobada por el Tribunal Constitucional con ocho votos a favor, correspondientes a los doctores Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Nina Pacari Vega, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire y un voto salvado del doctor Hernando Morales Vinueza, en sesión del día martes seis de noviembre de dos mil siete.- Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

VOTO SALVADO DEL DOCTOR HERNANDO MORALES VINUEZA, EN EL CASO SIGNADO CON EL Nro. 0001-2007-OI

Quito D.M., noviembre seis de 2007.

Respetuosamente me aparto del criterio de la Segunda Comisión por las siguientes consideraciones:

PRIMERA.- En el ejercicio de análisis de constitucionalidad que la Carta Fundamental otorga al Tribunal Constitucional, es principio de interpretación de aplicación insoslayable, el que la normativa constitucional debe ser considerada como un todo orgánico y armónico, por lo que debe observarse la debida correspondencia entre disposiciones que sobre determinada materia establece la Constitución.

En este sentido, corresponde a esta Magistratura, examinar, en primer lugar, la normativa constitucional relativa a la facultad de colegislador del Presidente de la República y aquellas referentes a la posibilidad de objeción de leyes, más aún cuando ésta se fundamenta en criterios de inconstitucionalidad de los proyectos de Ley enviados para su sanción.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución Política, en el proceso de formación de leyes, el Presidente de la República, en uso de la atribución allí establecida, puede sancionar u objetar total o parcialmente un proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional.

Si la objeción es total, el Congreso solo podrá volver a tratar el proyecto transcurrido un año a partir de la fecha de la objeción. Sin embargo, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 154 de la Carta Política, si la objeción del Presidente de la República se fundamenta en la inconstitucionalidad total o parcial del proyecto, “este deberá ser envidado al Tribunal Constitucional para que emita su dictamen dentro del plazo de treinta días”.

Consecuentemente, corresponde al Congreso Nacional enviar a este Tribunal el proyecto que el Presidente de la República ha devuelto al órgano legislativo con su objeción total por inconstitucionalidad.

El artículo 276, número 4, de la Constitución Política confiere atribución a este Tribunal para dictaminar sobre objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, en el proceso de formación de las leyes.

SEGUNDA.- En el presente caso, mediante oficio No. T192-SGJ-07-401 de 22 de febrero de 2007, el Presidente de la República emite su objeción total a la Ley en comento. En la página 29, dice: “ *Por otra parte, debe observarse que, por expreso mandato constitucional, contenido en el inciso cuarto del artículo 259 de la Constitución Política de la República del Ecuador, ningún organismo público puede ser privado de los recursos necesarios para cumplir con los fines y objetivos para los que fue creado* ” ; De otro lado, a página 30, aparece lo siguiente: **el proyecto de ley no cumple con el principio constitucional y doctrinal** de que no hay transferencia de recursos sin transferencia de competencias, ya que los municipios no se harían cargo de la policía de tránsito y tendrán una cantidad de recursos desproporcionada en relación a las competencias que recibirán”. A página 31 continúa “... *situación prohibida por el artículo 236 de la Constitución Política de la República; además que ello generaría una presión sobre la carga fiscal y un insostenible e intolerable resultado de gestión*”. De lo anotado, se desprende que existe objeción de inconstitucionalidad por parte del señor Presidente de la República y se justifica el envío por parte del H. Congreso Nacional, razón por la que este Tribunal se encuentra obligado a pronunciarse sobre esta causa.

TERCERA.- La objeción realizada al primer artículo de la Ley que reforma La Ley de Tránsito y Transporte Terrestres y la Ley de Reforma Tributaria, establece el siguiente añadido al artículo 13 de la ley de Tránsito y Transporte Terrestre: “...*así como lo que dispongan las municipalidades dentro de sus jurisdicciones, de aquellas que hayan asumido y asuman en el futuro la competencia, de acuerdo con el artículo 19 de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y del numeral 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, a través de sus ordenanzas*”.

El texto objetado por inconstitucional, en definitiva, establece una salvedad respecto a los organismos de tránsito y transporte terrestres que integran el Consejo Nacional de Tránsito, refiriéndose a aquellos que los Municipios pudieran establecer, en aplicación de sus atribuciones sobre transferencia de competencias.

La disposición objetada, guarda relación con lo establecido en los artículos 225 y 234, último inciso, de la Constitución, cuando prevé que los organismos que puedan establecer los Municipios cuando le sean transferidas facultades relativas a tránsito y transporte terrestre no se consideren dependencias del Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres.

En efecto, el artículo constitucional 225 dispone:

“El Estado impulsará mediante la descentralización y la desconcentración, el desarrollo armónico del país, el fortalecimiento de la participación ciudadana y de las entidades seccionales, la distribución de los ingresos públicos y de la riqueza.

El gobierno central transferirá progresivamente funciones, atribuciones, competencias, responsabilidades y recursos a las entidades seccionales autónomas o a otras de carácter regional. Desconcentrará su gestión delegando atribuciones a los funcionarios del régimen seccional dependiente.”

El inciso tercero del artículo constitucional 234 establece:

“El concejo municipal, además de las competencias que le asigne la ley, podrá planificar, organizar y regular el tránsito y transporte terrestre, en forma directa, por concesión, autorización u otras formas de contratación administrativa, de acuerdo con las necesidades de la comunidad.”

En definitiva, el artículo objetado solo realiza una previsión que proyecta la realización de los artículos constitucionales mencionados, y no establece transferencia alguna que garantice el servicio, por consiguiente, no se encuentra inconstitucionalidad en su contenido.

CUARTA.- El segundo artículo de la Ley reformativa objetada, sustituye el artículo 13 de la Ley de Reforma Tributaria, No. 2001-41, con el siguiente texto:

“Destino del impuesto.- El producto del impuesto se depositará en la respectiva cuenta de rentas internas que para el efecto se abrirá en el Banco Central del Ecuador. Una vez efectuados los registros contables pertinentes, los valores correspondientes se transferirán en un plazo máximo de 24 horas, a la cuenta corriente Única del Tesoro Nacional, de los cuales se destinará en forma automática e inmediata y sin necesidad de orden expresa alguna, a las municipalidades que hayan asumido y asuman en el futuro la competencia, en materia de tránsito y transporte terrestre, del ciento por ciento de aquellos recursos que sean recaudados en su jurisdicción.

Las municipalidades que hayan asumido la competencia en la anotada materia, destinarán estos recursos, exclusivamente a la planificación, organización, administración, fiscalización y regulación del tránsito y transporte terrestre, público y privado, en forma directa o a través de las entidades creadas para el efecto.

El servicio de Rentas Internas y la Dirección Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, entregarán en medio magnético a las Municipalidades que hayan asumido y asuman en el futuro las competencias en esta materia, la

base de datos de los vehículos que estén registrados en dicha jurisdicción cantonal”.

La reforma en este artículo constituye el añadido desde las palabras “de los cuales se destinará en forma automática e inmediata...” en el primer inciso, y los dos incisos siguientes.

Del título del artículo se advierte la inconstitucionalidad del mismo toda vez que, está en contraposición al artículo 147 del Código Político, que dice: *“Solamente el Presidente de la República podrá presentar Proyectos de Ley mediante los cuales se creen, modifiquen o supriman impuestos, aumenten el gasto público o modifiquen la distribución político – administrativa del país”.*

En el caso de estudio sin lugar a equívocos se advierte que se modifica el Presupuesto General del Estado, aumenta el gasto público toda vez que se transfieren recursos del tesoro nacional a favor de los municipios que asumirían la competencia del tránsito.

El artículo 226, de la Carta Fundamental dispone: *“En virtud de la descentralización, no podrá haber transferencia de competencias sin transferencia de recursos, ni transferencia de recursos sin la de competencias.”.* Disposición que se halla contraria con la reforma del Art. 13 de la Ley de Reforma Tributaria, toda vez que se advierte transferencia de recursos sin competencias claras y definidas.

Por otra parte el cuarto inciso del artículo 259 de la Constitución, relativo a la conformación y más aspectos pertinentes al Presupuesto General del Estado dispone:

“Ningún organismo público será privado del presupuesto necesario para cumplir con los fines y objetivos para los que fue creado”. En la actualidad el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres es el organismo encargado de la actividad relacionada con el tránsito y transporte terrestre, sin que al organismo nacional se le hayan retirado sus funciones relativas a la materia, cuenta para su gestión con los ingresos provenientes del impuesto determinado en el artículo 13 de la Ley de Reforma Tributaria; consecuentemente, al establecer que tales ingresos sean entregados a las Municipalidades contraría lo dispuesto por el cuarto inciso del artículo 259 de la Constitución, pues se priva de parte del Presupuesto General del Estado.

Por las consideraciones que anteceden, se debe:

1.- Admitir parcialmente la objeción de inconstitucionalidad planteada por el señor Presidente de la República; y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley Reformatoria impugnada, que contiene la reforma al artículo 13 de la Ley de Reforma Tributaria, es decir, el añadido al referido artículo, por contravenir los artículos 147, 226, segundo inciso; 259, cuarto inciso de la Constitución Política de la República.- NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE

f.) Dr. Hernando Morales Vinuesa, Vocal - Magistrado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por: f.) Ilegible.- Quito, a 19 de noviembre del 2007.- f.) El Secretario General.

No. 291-2006-RA

LA SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el caso signado con el No. 0291-2006-RA

ANTECEDENTES:

Mario Recalde Maldonado interpone acción de amparo constitucional contra el Alcalde y Procurador Síndico del Distrito Metropolitano de Quito, ante el Tribunal Distrital Contencioso Administrativo, Distrito No. 1. En lo principal manifiesta el accionante que el compareciente ha sido funcionario municipal desde hace más de 29 años, en el desempeño de sus funciones ha demostrado responsabilidad, honorabilidad, honestidad, eficiencia y eficacia sin que haya tenido queja de su comportamiento y de su desempeño, por el mérito de su trabajo ha sido acreedor de honores y distinciones, el 18 de agosto del 2000 cuando se encontraba desempeñando sus labores de funcionario de carrera, el Alcalde le propuso con nombramiento provisional el cargo de Director Metropolitano de Avalúos y Catastros, que lo aceptó, el 10 de febrero del 2005 presenta su renuncia y el 18 de febrero del 2005, fundamentado en lo dispuesto en el artículo 15 del Instructivo para la aplicación de la Carrera Administrativa Municipal, se emite el Memorando No. 0028, en el cual el Alcalde ordena al Administrador General del Municipio que “...se extienda el nombramiento del referido funcionario a la vacante existente de especialista catastral 7 (grado 13) de la Escala de Remuneraciones vigente, a partir del 10 de febrero...” Es decir, se dispuso su retorno al cargo que ocupaba antes de asumir la Dirección. El 7 de abril del 2005 vista la negativa del Administrador General del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito ante la orden del Alcalde, presentó su reclamo administrativo, pese a sus trámites y diligencias la autoridad demandada no se pronunció sobre su reclamo administrativo dentro del término establecido en la Ley de Modernización del Estado, por lo que se entiende que su petición ha sido aceptada. Conforme lo ordena la referida ley y a efecto de hacer valer sus derechos, el 26 de mayo del 2005 presentó un escrito solicitando a la autoridad competente que certifique que han transcurrido más de quince días sin que se haya dictado resolución por parte de la autoridad competente. Según el artículo 12 de la Ley para la Promoción de la Inversión Participación ciudadana, que reformó el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, el certificado referido es título suficiente para que el compareciente exija el derecho que fue aceptado en virtud de la producción del silencio administrativo; sin embargo la autoridad ha hecho caso omiso del mismo, manteniendo una pasividad ilegítima e inconstitucional que le impide ejercer sus justos derechos y que ha servido para resguardar el grave daño que le causa no trabajar y por ende no recibir sus remuneraciones. Se ha violado el artículo 23 numeral 15 de la Carta Magna que establece el derecho de petición en concordancia con el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, se viola también el artículo 35 numeral 3 de la Constitución que establece la intangibilidad de los derechos reconocidos a los

trabajadores y el numeral 4 que establece que será nula toda estipulación que implique renuncia, disminución o alteración de los derechos del trabajador. La ilegitimidad de la omisión denunciada deviene de la pasividad de la autoridad demanda de apegar su conducta a lo establecido en el artículo 28 de la Ley de Modernización y en consecuencia de no reincorporarle al cargo de especialista catastral 7 en el Ilustre Municipio del Distrito Metropolitano y le impide ejercer sus derechos laborales, vulnerando además la seguridad jurídica, así como el artículo 119 y 130 numeral 5 de la Constitución. Por lo que solicita que se disponga que la autoridad demandada ejecute lo tácitamente aceptado, es decir que se le reincorpore inmediatamente a su puesto de trabajo y se le cancele todos y cada uno de sus haberes, remuneraciones y beneficios de ley calculados desde la fecha en que debió incorporarse a su puesto de trabajo, hasta aquella en la cual efectivamente lo haga, más los intereses correspondientes. En el día y hora señalados se lleva a cabo la audiencia pública a la que comparecen las partes, del contenido de sus exposiciones no hay constancia escrita; sin embargo mediante escrito posterior el Alcalde y Procurador Síndico del Distrito Metropolitano de Quito, manifiesta que no existe derecho constitucional subjetivo que haya sido afectado por las autoridades municipales, ni por acción, peor omisión. El accionante perdió su calidad de servidor de carrera, al ocupar un cargo de confianza de libre remoción. Con la renuncia presentada terminaron las relaciones de servicio con la Municipalidad, el Arq. Recalde nunca manifestó en su escrito de renuncia que su intención era que se nombre un nuevo Director y se le restituya, por lo cual nunca debió haberse emitido el Memorando No. 028 de 18 de febrero del 2005, dado que el mismo recogió fundamentos de hechos erróneos, la disposición no fue aceptada por la Ec. Elsa de Mena y después el Alcalde al verificar el error contenido en el referido memo lo dejó insubsistente, pero este de manera alguna constituye un acto administrativo perfecto que genere derechos al administrado por ser ilegal al emitírsele en contravención al artículo 92 de la Ley de Servicio Civil y que por ser un memorando interno de manera alguna generó derechos subjetivos al administrado accionante. El nombramiento de un servidor es el acto que le da esa calidad y sólo se constituye en derecho cuando se concreta la emisión del acto administrativo del nombramiento, por lo cual al no existir mas que una expectativa mal podría reconocerse un derecho. Ninguno de los derechos constitucionales mencionados pueden ser reclamados por el accionante, no se ha violentado el derecho a la seguridad jurídica, ni al debido proceso, peor aún el derecho al trabajo o a la estabilidad reclamados por el actor, debió haber incoado una acción prevista en la Ley de Modernización y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en recurso subjetivo pero no a través de un amparo constitucional. El accionante pretende se le extienda un nombramiento que le permita reingresar al Municipio cuando por mandato legal al haber renunciado y ser aceptada su renuncia perdió todo derecho a tal pretensión. Dado que la Administración se ha pronunciado negando debidamente la pretensión del accionante ya que no existen derechos violentados, no existe ilegitimidad de lo actuado por el Alcalde Metropolitano, ni por el Administrador General, por lo que la acción deviene en improcedente. La Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo resuelve negar la acción de amparo constitucional propuesta, resolución que es apelada por el accionante. Con estos antecedentes, para resolver, la

Segunda Sala del Tribunal Constitucional hace las siguientes:

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- El Tribunal Constitucional, de acuerdo con los artículos 95 y 276 numeral 3 de la Constitución Política de la República, es competente para conocer y resolver en este caso; **SEGUNDA.-** No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente caso, por lo que se declara su validez; **TERCERA.-** La acción de amparo procede con el objeto de adoptar medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública que viole cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente y que de modo inminente amenace con causar un daño grave. También se podrá interponer contra los particulares cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. **CUARTA.-** Solicita el accionante que se le reincorpore inmediatamente a su puesto de trabajo y adicionalmente cancele todos y cada uno de sus haberes, remuneraciones y beneficios de ley, calculados desde la fecha en que debió reincorporarse a su puesto de trabajo, hasta aquella en la cual efectivamente lo haga, más los intereses correspondientes, pues considera que ha operado el silencio administrativo en virtud del artículo 28 de la Ley de Modernización del estado, por cuanto pese a sus trámites y diligencias, la Autoridad demandada no se pronunció sobre su reclamo administrativo dentro del término correspondiente. El accionante impugna la omisión ilegítima en que considera ha incurrido la Administradora General del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito al no acatar la orden emitida por el Alcalde con memorando No. 0028 de 18 de febrero del 2005, de que extienda el nombramiento a su favor, a la vacante existente de especialista catastral 7 (grado 13) de la escala de remuneraciones; y a la pasividad de la autoridad demanda, Alcalde y Procurador Síndico del Distrito Metropolitano de Quito, al no haberse pronunciado respecto de su reclamo administrativo y no reincorporarle al cargo de Especialista catastral 7. **QUINTA.-** De los documentos que obran del proceso y de lo manifestado por las partes, la Sala advierte que el Arq. Mario Recalde terminó con la condición de funcionario de carrera al haber aceptado el cargo de Director de Avalúos y Catastros del Distrito Metropolitano de Quito, y renunciado posteriormente, renuncia que ha sido aceptada. El Alcalde ha dispuesto a la Administradora General del Municipio que le extienda el nombramiento de Especialista Catastral 7 (grado 13 de la escala de remuneraciones); sin embargo de no haber sido cumplida dicha orden, con fecha 15 de junio del 2005 con Memorando No. 0095 el Alcalde comunica al Administrador General del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito Enc. que, en uso legítimo de sus atribuciones dejó sin efecto tal disposición contenida en el Memorando 028 de 18 de febrero del 2005; es decir no hay derecho alguno que reclamar por parte del accionante. **SEXTA.-** Evidentemente no existe acto administrativo alguno que haya generado derechos, el memorando al que se refiere el accionante, le creó la expectativa de que se le extienda un nombramiento al cargo vacante que había ocupado antes de asumir la Dirección de Avalúos y Catastros, pero no generó derecho alguno a favor de este,

pues se trataba de un acto de simple administración, que nunca generó derechos subjetivos, y que fue dejado sin efecto por la misma autoridad que lo dictó. Por tanto el accionante equivoca el procedimiento al intentar acogerse a la aceptación tácita por silencio administrativo, pues ésta no procede, de acuerdo a lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas ocasiones, es así, que, mediante resolución No. 285, de fecha 11 de noviembre del 2003 la Sala de lo Contencioso Administrativo en su consideración cuarta textualmente ha señalado lo siguiente “**CUARTO.- Necesario es señalar que el silencio administrativo positivo no produce efectos mecánicos y automáticos, sino que debe accionarse su ejecución ante el órgano jurisdiccional respectivo y dentro del término que la ley le franquea, pues se trata de un derecho autónomo, que conforme lo dicho por la doctrina y por la jurisprudencia tan importantes como los fallos del Consejo de Estado Francés y de su similar colombiano, nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen; y en esa acción de ejecución, bien puede ocurrir que la petición que no fue atendida en el término señalado por la ley, no sea de competencia de la autoridad a quien ha dirigido la petición o contenga pretensiones o aspiraciones absurdas o contrarias a derecho, en cuyo caso, su ejecución será negada, como así lo ha sostenido la Sala en muchos fallos, incluyendo los mencionados por los recurrentes en su recurso de casación, razón por la cual, no tiene ninguna validez jurídica la afirmación de los recurrentes, en el sentido de que por haberse producido el silencio positivo por el ministerio de la ley y por tanto, haberse aceptado su pedido, no puede producirse la caducidad.** (El resaltado es de la Sala). **SÉPTIMA.-** De lo manifestado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema se desprende que el silencio administrativo, de manera previa a generar derechos para el administrado, debe ser declarado judicialmente a efecto de que no se vulnere el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ni se pretenda obtener pronunciamientos de la administración sin cumplir con los requerimientos establecidos en la legislación de nuestro país. Por todo lo señalado anteriormente, el actor no debía plantear una acción de amparo, que no está destinada de manera alguna a resolver sobre temas de legalidad de los actos u omisiones de la administración pública. **OCTAVA.-** Para que proceda el amparo constitucional el accionante no sólo debe mencionar que la violación alegada es verdadera o real, sino que se ha violado un derecho constitucional subjetivo del impugnante, causándole daño, lo que no ha ocurrido en este caso, pues si bien el Arq. Mario Recalde ha trabajado muchos años en calidad de servidor de carrera, en el año 2000 aceptó el cargo de Director de Avalúos y Catastros, cargo al que renuncia posteriormente, no se ha violado bajo ningún concepto su derecho a la estabilidad laboral, seguridad jurídica, ni el derecho al trabajo, pues el accionante renunció al cargo de Director de Avalúos y Catastros del Distrito Metropolitano de Quito de forma libre y voluntaria. Tampoco se evidencia un daño inminente, en virtud de que la acción de amparo ha sido presentada en agosto del año 2005. Por tanto no se han cumplido los requisitos de procedibilidad de la presente acción de amparo. Por todo lo expuesto y en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, esta Sala

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución adoptada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, y, en consecuencia negar la acción de amparo propuesta; 2.- Devolver el expediente al tribunal de origen para los fines contemplados en el artículo 55 de la Ley del Control Constitucional; **NOTIFIQUESE y PUBLIQUESE**

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente Segunda Sala.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Vocal Segunda Sala.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Vocal Segunda Sala.

RAZÓN: Siento por tal que la resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional el día de hoy veinte y nueve de octubre del dos mil siete.- Lo Certifico.-

f.) Abg. Espec. Robert Córdova Cun, Secretario de Sala (E).

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretario de Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 0310-2006-RA

**LA SEGUNDA SALA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En el caso signado con el **No. 0310-2006-RA**

ANTECEDENTES:

Ab. Cayo Cabrera Vélez interpone acción de amparo constitucional contra los Jueces y Presidente de la H. Corte Superior de Justicia de Azogues, ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 3, sede Cuenca. En lo principal manifiesta el accionante que el 4 de noviembre de 2004, el Consejo Nacional de la Judicatura convocó a “Concurso de Merecimientos y Oposición”, para llenar algunos cargos vacantes dentro de la Función Judicial en todo el país, haciendo uso de su legítimo derecho optó por concursar para el cargo de Secretario del Juzgado Tercero de lo Penal del Cañar, su carpeta fue calificada como válida y como resultado de dicho concurso, obtuvo el primer lugar en la lista de participantes, obviamente por haber obtenido la calificación más alta. El 31 de octubre de 2005 la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura, resolvió aprobar el informe relacionado con el referido concurso, en el cual constan tres personas para el cargo de Secretario del Juzgado Tercero de lo Penal del Cañar, ocupando el primer lugar de manera categórica e irrefutable, como así lo prueba y lo confirma el oficio No. 2577-S-CRH-CNJ-DC de 9 de noviembre de 2005, suscrito por la Secretaria de la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura (E). El 16 de noviembre del 2005 el Pleno de la H. Corte Superior de Justicia de Azogues, violando el Reglamento de Concursos de

Merecimientos y Oposición resuelve pedirle por escrito que presente una declaración juramentada en relación a la resolución de la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura de fecha 1 de septiembre del 2004, requerimiento que fue oportuna y estrictamente cumplido. El 22 de noviembre del 2005 en sesión extraordinaria el Pleno de la H. Corte Superior de Justicia de Azogues, arbitrariamente resuelve: “Una vez que dos de los aspirantes han entregado sus declaraciones juradas y no están inmersos en ninguna prohibición, no así el Lcdo. Cayo Cabrera Vélez, de quien se conoce por ser público y notorio que es primo hermano del Juez Provincial de Trabajo del Cañar, lo cual no se evidencia en la documentación presentada por él...”. Con estos razonamientos que no tienen fundamento legal proceden a la votación que da como resultado la elección del Dr. José Ayora Toledo, para que desempeñe el cargo de Secretario del Juzgado Tercero de lo Penal y Tránsito del Cañar. El acto administrativo mencionado expedido por el Pleno de la H. Corte Superior de Justicia de Azogues le causa daño inminente y grave, ya que de conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria Décima dictada por la Corte Suprema de Justicia y Reglamento de Carrera judicial; de las decisiones en materia de concurso de Merecimientos y Oposición no habrá recurso alguno y por ello la interposición de esta acción de amparo. La designación realizada a favor de José Alberto Ayora Toledo, convierte a este acto administrativo en contrario a la Constitución e ilegítimo, pues como consecuencia de ello se está privando el derecho que legalmente le corresponde ocupar el cargo de Secretario del Juzgado Tercero de lo Penal del Cañar, por haber obtenido el puntaje más alto en el concurso de Merecimientos y Oposición. La designación adoptada que consta en el Acta de Sesión Extraordinaria de fecha 22 de noviembre del 2005, viola el artículo 23 numeral 3 de la Constitución, al haberle discriminado, pese a haber obtenido el mejor puntaje lo cual le causa daño grave. En ningún momento fue notificado por el Pleno de la H. Corte Superior de Justicia de Azogues, ni por el Delegado Distrital de Cañar del Consejo Nacional de la Judicatura, lo cual claramente da muestras e indicios de mala fe de parte de quienes estaban obligados a hacerlo, lo que es una violación al debido proceso contemplada en el numeral 10 del artículo 24 de la Carta Magna. Se viola también el artículo 158 de la Ley Orgánica de la Función Judicial; artículo 17 literal b) de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura; artículos 4 y 8 del Reglamento de Carrera Judicial; artículo 4 puntos 4 y 10 del Instructivo de Políticas Generales del Consejo Nacional de la Judicatura; 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por lo que solicita se declare la ilegalidad e ilegitimidad del acta de la sesión extraordinaria del Pleno de la H. Corte Superior de Justicia de Azogues de 22 de noviembre de 2005, y se la suspenda definitivamente; se ordene al Pleno de la H. Corte Superior de Justicia de Azogues, proceda a designarle como Secretario del Juzgado Tercero de lo Penal del Cañar y se liquide los haberes dejados de percibir desde el 22 de noviembre de 2005. En el día y hora señalados se lleva a cabo la audiencia pública a la que comparecen las partes y el Procurador General del Estado, el accionante se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho. La parte accionada comparece a través de su abogado ofreciendo poder o ratificación a nombre de los Ministros y el Presidente de la H. Corte Superior de Justicia de Azogues, en el que alega el estado de indefensión en el que se encuentran los integrantes de la Corte Superior que no han sido notificados. La Ley Orgánica del Consejo Nacional de

la Judicatura concede a la Comisión de Recursos Humanos la facultad de organizar y administrar los concursos de merecimiento y oposición, para la calificación de los Superiores, en las funciones de Ministros de los Tribunales y demás funcionarios y Empleados de la Función Judicial de acuerdo con sus normas y leyes especiales, de igual forma esta disposición se complementa con lo que establece el Reglamento de Carrera Judicial, de esta forma se ha procedido conforme lo establecido en la Ley, sin embargo una vez que los postulantes para el cargo de Secretario del Juzgado Tercero de lo Penal del Cañar rindieran sus exámenes y conforme lo establece la Ley se solicitó a cada uno de ellos presentara la declaración juramentada de no encontrarse dentro de los impedimentos legales, conforme lo establece no sólo la Constitución en el artículo 125 numeral 2 sino el 175 de la Ley Orgánica de la Función Judicial y el Reglamento del Concurso de Merecimientos y Oposición. El Ab. Cayo Cabrera Vélez, ayudante judicial del Tribunal I del Cañar, es primo hermano del Dr. Marlo Vélez Crespo, Juez Provincial del Trabajo de Cañar, por tanto y en estricto cumplimiento de la Ley no podía el accionante ser designado Secretario por existir nepotismo prohibido por la Ley. No existe violación de derechos constitucionales, pues su derecho al trabajo se ha respetado, tanto más que en la actualidad se desempeña como ayudante judicial. Por lo que solicita se deseche la presente acción, por carecer de fundamento legal y real, el acto que reclama el accionante es Constitucional con estricto apego a las normas legales y sobre todo porque no viola garantía constitucional alguna. El Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 3 rechaza el amparo presentado, de esta resolución, interpone recurso de apelación el accionante, que se le concede. Con estos antecedentes, para resolver, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional hace las siguientes:

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- El Tribunal Constitucional, de acuerdo con los artículos 95 y 276 numeral 3 de la Constitución Política de la República, es competente para conocer y resolver en este caso; **SEGUNDA.-** No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente caso, por lo que se declara su validez; **TERCERA.-** La acción de amparo procede con el objeto de adoptar medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública que viole cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente y que de modo inminente amenace con causar un daño grave. También se podrá interponer contra los particulares cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. **CUARTA.-** El accionante pretende que mediante la presente acción de amparo se declare la ilegalidad, ilegitimidad y la suspensión definitiva del acto administrativo contenido en el Acta de la sesión extraordinaria del Pleno de la H. Corte Superior de Justicia de Azogues de fecha 22 de noviembre de 2005, esto es la designación del señor Dr. José Alberto Ayora Toledo, como Secretario del Juzgado Tercero de lo Penal del Cañar. Se ordene al Pleno de la H. Corte Superior de Justicia de Azogues, proceda a designarle como Secretario del Juzgado Tercero de lo Penal del Cañar, para lo que el Delegado Distrital del Cañar del Consejo Nacional de la Judicatura emita la respectiva Acción de Personal a su favor. Que como consecuencia del Acta de la Sesión Extraordinaria del Pleno de la H. Corte Superior de Justicia de Azogues de

fecha 22 de noviembre de 2005, se ordene se proceda a liquidar los haberes dejados de percibir desde la fecha en la cual se emitió el acto que impugna y la condena en costas al demandado. **QUINTA.-** Corresponde en primer lugar analizar la legitimidad del acto impugnado, al respecto es necesario concluir que un acto es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, que no se lo haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación; en el análisis del presente caso se evidencia que el Pleno de la H. Corte Superior de Justicia de Azogues en sesión extraordinaria llevada a cabo el día 22 de noviembre del 2005, designó al Dr. José Alberto Ayora Toledo como Secretario del Juzgado Tercero de lo Penal y Tránsito del Cañar, luego de un Concurso de Merecimientos y Oposición, legalmente llevado a cabo y dentro de las facultades que le concede la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, que en su artículo 17 establece como una de sus atribuciones: *“b) Organizar y administrar los concursos de merecimientos y de oposición, para la calificación de los candidatos idóneos a ser nombrados por la Corte Suprema, distritales y superiores, en las funciones de: ministros de los tribunales distritales y de las cortes superiores; vocales de los tribunales penales, jueces, secretarios y demás funcionarios y empleados de la Función Judicial;...”* Del análisis de los documentos que obran del proceso se desprende que, los postulantes para el cargo de Secretario del Juzgado Tercero de lo Penal del Cañar rindieron sus exámenes y conforme a la Ley se solicitó que cada uno de ellos presentara la documentación juramentada de no encontrarse dentro de los impedimentos legales, por lo que el proceso se ha llevado a cabo de forma legal, si bien el accionante fue el de más alta calificación en el Concurso de Merecimientos y Oposición, éste no ha cumplido con uno de los requisitos exigidos, que es la declaración juramentada de no encontrarse inmerso dentro de los impedimentos legales, por tanto la designación al Dr. José Alberto Ayora Toledo, como Secretario del Juzgado Tercero de lo Penal del Cañar, no ha sido de forma arbitraria, por tanto no hay ilegitimidad que declarar. **SEXTA.-** El artículo 125 de la Constitución prohíbe el nepotismo, inclusive, dispone que la violación de este principio será sancionada penalmente. A su vez, el artículo 175 de la Ley Orgánica de la Función Judicial dice que: *“No puede ser nombrado funcionario o empleado judicial, quien se hallare unido por vínculo conyugal, o por parentesco comprendido dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con alguno de los ministros de la Corte Superior de la Provincia”.* **SEPTIMA.-** A fojas 109 consta copia certificada de la Acción de Personal S/N de fecha 1998-07-29 por la que se le designa Juez del Trabajo de la Corte Superior de Azogues a Marlon Vinicio Vélez Crespo. A fojas 111- 114 constan las partidas de nacimiento que evidencian que la madre del accionante, Cayo Esteban Cabrera Vélez es hermana del padre de Marlon Vinicio Vélez Crespo, Juez de Trabajo de Azogues; es decir el accionante y Marlon Vinicio Vélez Crespo son parientes en cuarto grado de consanguinidad, consecuentemente, al designar al ahora accionante al cargo para el que se postuló, sería contravenir directamente la Constitución y la Ley. **OCTAVA.-** La Constitución y la Ley del Control Constitucional establecen como uno de los requisitos de procedencia del amparo constitucional la existencia del acto ilegítimo proveniente de una autoridad pública, en el caso, se demuestra que la Corte Superior de

Justicia de Azogues actuó de acuerdo al mandato constitucional, y a lo que dispone la Ley Orgánica de la Función Judicial y la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura; es decir, conforme a derecho y dentro de las atribuciones que le confiere la ley. Otro de los requisitos de procedencia del amparo es que exista violación de derechos constitucionales, en el presente caso no se ha violado norma constitucional alguna como la seguridad jurídica, el debido proceso, el derecho al trabajo y otras mencionadas en el libelo de la demanda, la Constitución establece la carrera judicial, la cual ha sido respetada, no ha sido transgredida la igualdad ante la ley, pues el accionante gozaba de igualdad de condiciones respecto de los demás postulantes; sin embargo él no presentó la declaración juramentada requerida por la Autoridad de Justicia, la misma que hubiese dotado de idoneidad a su persona para posesionarse del cargo por el que optaba. No se evidencia del análisis del proceso que se cause daño de ningún tipo al accionante, ha sido el mismo quien no ha cumplido los requisitos establecidos para ocupar el cargo de Secretario del Juzgado Tercero de lo Penal. Consecuentemente no se encuentran presentes los requisitos de procedibilidad de la presente acción de amparo. Por todo lo expuesto y en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, esta Sala

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución adoptada por el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 3, y, en consecuencia rechazar el amparo solicitado por el Ab. Cayo Cabrera Vélez; 2.- Devolver el expediente al juez de origen para los fines contemplados en el artículo 55 de la Ley del Control Constitucional; **NOTIFIQUESE y PUBLIQUESE**

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente Segunda Sala.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Vocal Segunda Sala.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Vocal Segunda Sala.

RAZÓN: Siento por tal que la resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional el día de hoy veinte y nueve de octubre del dos mil siete.- Lo Certifico.-

f.) Abg. Espec. Robert Córdova Cun, Secretario de Sala (E).

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretario de Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 0317-2006-RA

LA SEGUNDA SALA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el caso signado con el No. 0317-2006-RA

ANTECEDENTES:

Oscar Almeida Delgado, en calidad de presidente y representante legal de la compañía Cargo Service S.A. "CARAIR" interpone acción de amparo constitucional contra la Fundación Aeroportaria de Guayaquil y compañía Terminal Aeroportaria de Guayaquil TAGSA, ante el Juez Décimo Primero de lo Civil de Guayaquil. En lo principal manifiesta el accionante que desde hace varios años su representada viene arrendando un local en el Aeropuerto Internacional "Simón Bolívar" de la ciudad de Guayaquil, destinado al funcionamiento de un almacén temporal, cuyo canon de arrendamiento inicial se ha venido incrementando hasta el último que asciende a la suma de 1.449, 04, siendo su actual arrendadora la compañía Terminal Aeroportaria de Guayaquil S.A. TAGSA. Sorpresiva y abusivamente la mencionada arrendadora, quien en su calidad de concesionaria administra el aeropuerto de Guayaquil, mediante carta de fecha 5 de enero del 2005 ha ordenado en conjunto con la Fundación Aeroportaria de Guayaquil que no se entregue las tarjetas o pases de circulación para su personal, ni el permiso de circulación para su montacarga, alegando que su representada no tiene vínculo jurídico con TAGSA ni con la referida Fundación, este acto ilegítimo les ocasiona grave daño y perjuicio, ya que al no contar con dichos documentos su representada no puede cumplir con el servicio público aduanero que el estado le ha concesionado, así como tampoco su personal puede ejecutar su trabajo para el que fue contratado con la consiguiente merma de sus ingresos económicos, todo lo cual atenta contra la responsable regulación del Estado en la provisión de servicios públicos eficientes a través de la concesión, conforme lo dispone el art. 249 de la Constitución Política del Estado. La actual arrendadora, operadora Terminal Aeroportaria de Guayaquil S.A. TAGSA, desde que asumió la administración del aeropuerto, se negó a recibir el pago del canon de arrendamiento de parte de su representada. Por tal motivo, Cargo Service S.A. CARAIR ha consignado mensual y oportunamente en el respectivo Juzgado de Inquilinato de Guayaquil los cánones de arrendamiento desde agosto de 2004, sin haber incurrido en mora. En consecuencia carece de fundamento lo manifestado por TAGSA al prohibir la entrega de las tarjetas o pases de circulación para su personal y montacarga, en el sentido de que su representada no tiene vínculo jurídico con ella ni con la mencionada Fundación, ya que la relación contractual entre TAGSA y Cargo Service se mantiene vigente a consecuencia de que el contrato de arrendamiento celebrado entre la Dirección de Aviación Civil y su representada subsiste legalmente al no haber TAGSA desahuciado dicho contrato dentro del plazo de ley. De existir controversia entre TAGSA y su representada sobre la subsistencia o no del contrato original, la misma deberá ser resuelta en la justicia ordinaria. La terminación unilateral de todo contrato por una de las partes carece de validez jurídica en caso de que la otra no se encuentre incurso en alguna causal que motive dicha terminación. El acto impugnado viola los derechos constitucionalmente protegidos en el numeral 16 del artículo 23 numerales 1, 2, 13 y 17 del artículo 24; artículos 35 y 249; la libertad de empresa con sujeción a la ley; el debido proceso, tutela efectiva, y al trabajo. El daño que se les ha causado es real y actual, ya que les impide prestar el servicio público aduanero que les entregó en concesión el estado y que han venido realizando desde hace algunos años, e impide a su personal ejecutar su trabajo para el que fue contratado, con la consiguiente pérdida de sus remuneraciones y beneficios sociales. Por lo que solicitan

se ordene cesar y suspender el acto ilegítimo de la Fundación Aeroportaria de Guayaquil y la compañía Terminal Aeroportaria de Guayaquil S.A., TAGSA, en el cual se ordenó que no se les entregue las tarjetas o carnet de circulación para su personal, ni el permiso de circulación para su montacarga. En el día y hora señalados se lleva a cabo la audiencia pública a la que comparecen las partes, el accionante se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho. La parte accionada comparece a través de su abogado ofreciendo poder o ratificación a nombre de la Autoridad Aeroportaria de Guayaquil, Fundación de la M. I. Municipalidad de Guayaquil en la que manifiesta que se debe negar el presente amparo constitucional porque el actor carece de "derecho de acción", al manifestar en su demanda que lo hace "por los derechos que representa de la compañía CARGO SERVICE S.A. "CARAIR". No existen los presupuestos contenidos en la Constitución y Ley del Control Constitucional, no existe ilegitimidad ya que todos los actos u omisiones detallados por la parte actora, se encuentran regulados y fundamentados en las normas que rigen a la Autoridad Aeroportaria de Guayaquil, además no es una autoridad pública por ser de derecho privado y no encontrarse entre las establecidas en el artículo 118 de la Constitución. No se ha violado derecho constitucional alguno, ya que la única relación que ha tenido es comercial, nacida por un contrato civil de concesión, contrato bilateral, oneroso y conmutativo al tenor de lo establecido en el artículo 1457 del Código Civil, ya que los actos u omisiones nacen de obligaciones civiles. No existe daño ya que la parte actora conocía, las condiciones del contrato de concesión, en especial con respecto a su terminación al momento de celebrarse el contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Simón Bolívar de la ciudad de Guayaquil con la Compañía Terminal Aeroportaria de Guayaquil S.A. TAGSA. En cuanto a la afirmación de que también procede el amparo constitucional ante actos de particulares que prestan servicios públicos, dice que cuando se refiere a servicios públicos no solamente se refiere a otros servicios entre los cuales no están detallados por la parte actora, sino a aquellos que tienen la calidad de ser de importancia colectiva, lo cual no se aplicaría para el presente caso, ya que están frente a un incumplimiento contractual por parte de la actora. En conclusión no existe acto u omisión pública de la Autoridad Aeroportaria de Guayaquil que no es autoridad pública al tenor de lo establecido en el artículo 48 de la Ley de Modernización y 118 de la Carta Magna. El abogado del Terminal Aeroportario de Guayaquil TAGSA S.A. dice reconocer que el accionante ha iniciado varios juicios en los juzgados de inquilinato para obligar a TAGSA S.A. a que reciba ciertos valores por la utilización de las áreas que ocupan en el aeropuerto, lo que no dice el accionante es que ese contrato de arrendamiento celebrado con la DAC años atrás se sujetaba a las reglas propias de la DAC para conceder el uso de las áreas en el aeropuerto que estaban contenidas en un Reglamento dictado por el Consejo Nacional de Aviación Civil en cuya disposición transitoria segunda dice: "Cuando las instalaciones aeroportuarias sean entregadas a Municipios o a sociedades concesionarias constituidas para la construcción de nuevos aeropuertos, edificios terminales u otras edificaciones se darán por terminados automáticamente los contratos respectivos". Por tanto la empresa accionante se encuentra ilegítimamente ocupando áreas en el aeropuerto de Guayaquil. Conforme consta del Oficio que la accionante acompañó su solicitud, la autoridad portuaria de Guayaquil certifica que se encuentra gestionando la salida, de entre otros, CARGO SERVICES

para permitir a la concesionaria TAGSA la explotación comercial del aeropuerto como es su obligación. No existe por tanto relación alguna que ligue al accionante con TAGSA y es un abuso que ella se dirija a TAGSA a pedirle la emisión de tarjetas de identificación de aquellas que TAGSA emite solamente a quienes hayan celebrado contratos con ella. No hay acto ilegítimo ni violación constitucional. Por lo tanto este procedimiento es un simple abuso del accionante para mantener bajos sus costos, en franca competencia desleal con los demás concesionarios del aeropuerto. Por lo que solicita se niegue el amparo presentado. El Juez Décimo Primero de lo Civil de Guayaquil resuelve negar el amparo constitucional solicitado. De esta resolución, interpone recurso de apelación el accionante, que se le concede. Con estos antecedentes, para resolver, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional hace las siguientes:

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- El Tribunal Constitucional, de acuerdo con los artículos 95 y 276 numeral 3 de la Constitución Política de la República, es competente para conocer y resolver en este caso; **SEGUNDA.-** No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente caso, por lo que se declara su validez; **TERCERA.-** La acción de amparo procede con el objeto de adoptar medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública que viole cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente y que de modo inminente amenace con causar un daño grave. También se podrá interponer contra los particulares cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. **CUARTA.-** En el presente caso el accionante Oscar Almeida Delgado en su calidad de presidente y representante legal de la Compañía Cargo Service S.A. "CARAIR", solicita se suspenda el acto por el cual el Gerente General de Terminal Aeroportuaria de Guayaquil S.A. TAGSA ordenó que no se entregue las tarjetas o carnet de circulación para su personal, ni el permiso de circulación para su montacarga. Del análisis de los documentos que obran del proceso se determina que con fecha 05 de enero del 2006 el Gerente General de TAGSA manifiesta al accionante que ... *La Autoridad Aeroportuaria de Guayaquil mediante comunicación de fecha GG-604-27/09/2005 de 27 de septiembre de 2005, se ha pronunciado respecto del caso de Cargo Service S.A. señalando que en cumplimiento del Contrato de Concesión del Sistema Aeroportuario está haciendo las gestiones pertinentes para retirar de las instalaciones del Aeropuerto a dicha compañía, de lo cual se desprende que Cargo Service S.A., tampoco tendría vínculos jurídicos con la Autoridad Aeroportuaria de Guayaquil. Al no existir vínculo jurídico entre TAGSA y Cargo Service S.A. ni entre esta última y la Autoridad Aeroportuaria de Guayaquil, no existe sustento alguno para que TAGSA, en su calidad de Operadora del Sistema Aeroportuario de Guayaquil, entregue o confiera pases de circulación a favor de Cargo Service S.A. Cabe señalar que los pases de circulación se emiten con sujeción a las normas aprobadas por la autoridad competente, que tienen por finalidad mantener la seguridad operacional del Aeropuerto, y cuya correcta utilización es responsabilidad de los "Concesionarios Mercantiles" a quienes se les conceden...* (El subrayado es nuestro) **QUINTA.-** Corresponde en primer lugar analizar la legitimidad del acto impugnado, al respecto, es necesario

precisar que el Tribunal Constitucional ha manifestado, en múltiples ocasiones que un acto de autoridad se torna ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, o sin observar los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico, o cuando su contenido es contrario a dicho ordenamiento, o ha sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o suficiente motivación. En este caso, la negativa de entregar o conferir pases de circulación a favor de Cargo Service S.A. por parte de TAGSA en calidad de Operadora del Sistema Aeroportuario de Guayaquil no constituye acto u omisión ilegítimas, puesto que de la revisión de autos no se evidencia que TAGSA mantenga alguna vinculación jurídica contractual con Cargo Services S.A., pues no hay contrato alguno con la Empresa Cargo Service S.A, de acuerdo a lo establecido en las bases de licitación y en el Contrato de Concesión del Sistema Aeroportuario de Guayaquil, todos los contratos de arrendamiento o de concesión mercantil de espacios en la Aeropuerto Internacional Simón Bolívar de la ciudad de Guayaquil suscritos por la Dirección General de Aviación Civil y por la Autoridad Aeroportuaria de Guayaquil, terminaron a la fecha de suscripción del Contrato de Concesión del Sistema Aeroportuario, e inicio de operaciones de Terminal Aeroportuaria de Guayaquil S.A. TAGSA. Por tanto no se evidencia acto u omisión ilegítimos que violen derecho constitucional alguno por parte de la Fundación Aeroportuaria de Guayaquil, como tampoco de la Compañía Terminal Aeroportuaria de Guayaquil TAGSA al no conferir pases de circulación para el personal ni para su montacarga. **SEXTA.-** Consta de autos un contrato de arrendamiento suscrito entre la Dirección General de Aviación Civil y el Presidente de la Compañía Cargo Service S.A. CARAIR, por la ocupación de un terreno destinado única y exclusivamente para el desarrollo de sus actividades, agente general de carga aérea, en las instalaciones del Aeropuerto "Simón Bolívar" de la ciudad de Guayaquil. Posteriormente, al parecer dicho contrato ha seguido en vigencia, ya que se ha ido prorrogando tácitamente, sin que haya existido terminación formal del mismo. Posteriormente, la administración del Aeropuerto internacional "Simón Bolívar" fue otorgada a la Fundación Autoridad Aeroportuaria de Guayaquil. En el registro Oficial No. 247 de jueves 8 de enero del 2004 consta el Reglamento para el Otorgamiento de Arrendamientos, Derechos de utilización y servicios de los bienes de Propiedad de la Dirección general de Aviación Civil y los que estuvieren bajo su administración, en la Disposición Transitoria Segunda dice: **"Cuando las instalaciones aeroportuarias sean entregadas a municipios o a sociedades concesionarias constituidas para la construcción de nuevos aeropuertos, edificios terminales u otras edificaciones se darán por terminados automáticamente los contratos respectivos"** (El resaltado es nuestro). Sin duda nos encontramos frente a un conflicto contractual, materia ajena al objeto del amparo constitucional. Al respecto la Sala considera que en los contratos que se celebran prima la voluntad de las partes, el convenio al que llegan los suscriptores, el acuerdo que caracteriza su comportamiento de manera que constituye ley para ellas y se encuentran en la obligación de cumplirlas, más si una se aparta del contenido o se resiste a cumplir, la otra tiene la facultad de exigir su cumplimiento acudiendo a la administración de justicia, pero el amparo constitucional no puede ser un medio que reemplace procedimientos establecidos en las diversas leyes que rigen el sistema judicial ecuatoriano. **SEPTIMA.-** La reclamación

que formula el accionante en su calidad de Presidente y Representante legal de la compañía Cargo Service S.A. CARAIR proviene originalmente del contrato suscrito con la Dirección General de Aviación Civil, y como tal, no es, y no puede ser, materia de amparo constitucional. El artículo 50 literal 6 del Reglamento del Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional, claramente manifiesta que no procede la acción de amparo, respecto de actos de naturaleza contractual o bilateral. Por todo lo expuesto y en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, esta Sala

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución adoptada por el juez de instancia, y, en consecuencia negar el amparo constitucional solicitado; 2.- Devolver el expediente al juez de origen para los fines contemplados en el artículo 55 de la Ley del Control Constitucional; **NOTIFIQUESE** y **PUBLIQUESE**.

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente Segunda Sala.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Vocal Segunda Sala.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Vocal Segunda Sala.

RAZÓN: Siento por tal que la resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional el día de hoy veinte y nueve de octubre del dos mil siete.- Lo Certifico.-

f.) Abg. Espec. Robot Córdova Cun, Secretario de Sala (E).

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretario de Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 0029-2007-HD

LA SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el caso signado con el No. 0029-2007-HD

ANTECEDENTES:

Arturo Martín Heredia Martínez, por sus propios derechos, comparece ante el Juez de lo Civil de Babahoyo y, fundamentado en los artículos 34 y siguientes de la Ley de Control Constitucional, interpone acción de hábeas data en contra de ALMACENES JAPÓN ALJAPON S. A. y COBRANZAS DEL ECUADOR S. A. y BANCO CENTRO MUNDO AGENCIA DE BABAHOYO. Manifiesta, en lo principal que, “por varias ocasiones los demandados han inquirido al peticionario Arturo Heredia, para que les cancele unos valores dinerarios que, a decir de éstos, les estoy adeudando, por cuanto dicen los demandados, tener varios documentos en su poder y que por

medio de los cuales he contraído la deuda, inclusive me dicen, que por cada día que pasa, sube el monto de la deuda y que debo de pasar a cualquiera de los demandados por encontrarse en su poder los referidos documentos, ya que por medio de los cuales he contraído dichas obligaciones y que soy deudor de los demandados, documentos y deudas que no tienen razón de ser, ni de existir, por cuanto el compareciente no las ha contraído ni obligado. Que, por reiteradas ocasiones, les he solicitado a los demandados que me den acceso a los supuestos documentos por medio de los cuales me he obligado, así como les he solicitado que me den información detallada y completa de los datos que constan en su poder a través de dichos documentos, recibiendo como respuesta por parte de los demandados sus negativas rotundas. Aun mas les he manifestado a los demandados que debe existir algún ERROR de identidad o de alguna confusión en cuanto a vinculación entre los demandados y los mencionados documentos que dicen que soy deudor, resultándoles que dicho error y confusión afectan y perjudican mis derechos, respondiéndome éstos que están impedidos en darme acceso a la información sobre los mencionados documentos que aparecen como que supuestamente me he obligado. Aun mas, me dicen que debo pagar, actitud y proceder de los demandados que desde todo punto de vista es inconstitucional, ilegal e injurídico, siendo además ilícito y doloso”. De la acción planteada ante el Juez de lo Civil de Babahoyo, se desprende que los demandados son las Compañías Almacenes Japón “ALJAPON S. A.” y COBRANZAS DEL ECUADOR S.A. RECAUDADORA y BANCO CENTRO MUNDO AGENCIA DE BABAHOYO. El mismo actor manifiesta que los dos primeros demandados deberán ser citados en la Ciudad de Guayaquil, mediante los respectivos deprecatorios; y, el Banco CENTRO MUNDO AGENCIA DE BABAHOYO, en la mencionada Capital de la Provincia de Los Ríos que, a su vez, es el domicilio del accionante. A fojas siete vuelta consta la razón de no comparecencia del actor a la audiencia pública que debió realizarse en la fecha y hora señalados por el Juez Primero de lo Civil de Babahoyo. El 15 de Mayo de 2007 el mencionado Juez Primero de lo Civil de Babahoyo se inhibe de continuar conociendo la acción de hábeas data, como consta a fojas cincuenta y seis vuelta del proceso. El accionante interpone recurso de apelación del auto inhibitorio, que ha sido concedido. Con estos antecedentes y por el sorteo de ley, el caso viene a conocimiento de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, la misma que, previo a resolver formula las siguientes

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el numeral 3 del Art. 276 de la Constitución Política de la República, es competente para conocer y resolver el presente caso. **SEGUNDA.-** El Art. 94 de la Constitución Política de la República, consagra el hábeas data, como garantía del derecho a la información y el honor, el buen nombre, la dignidad de la persona, según la cual, toda persona tiene derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre si misma o sobre sus bienes, constan en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito. Se puede solicitar al funcionario correspondiente, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos. **TERCERA.-** El hábeas data, de acuerdo con el Art. 35 de la Ley de Control Constitucional, tiene por objeto obtener

del poseedor de la información, que éste la proporcione, en forma completa, clara y verídica; alcanzar el acceso directo a la información; obtener de la persona que posee la información que la rectifique, elimine o no la divulgue a terceros; y, acceder a certificaciones o verificaciones referente a que la persona poseedora de la información la ha rectificado, eliminado, o no lo ha divulgado. **CUARTA.-** Si bien nuestra Constitución consagra caros derechos individuales como el de habeas data y la Ley de Control Constitucional los garantiza, es menester que el accionante cumpla con el mandato de la ley, no de manera formal, sino con los requisitos que ella exige. Consta del proceso que el accionante ha incumplido lo previsto en el Art. 37 de la citada Ley Orgánica de Control Constitucional, que instituye “Art. 37./ La acción de habeas data deberá interponerse ante cualquier juez o tribunal de primera instancia del domicilio del poseedor de la información o datos requeridos”. Por las consideraciones que anteceden y en uso de las facultades constitucionales y legales, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional.

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución del Juez de instancia; y, en consecuencia esta Sala se inhibe del conocimiento de la presente causa. **2.-** Dejar a salvo el derecho del accionante. **3./** Devolver el expediente al Juez de origen para los fines legales pertinentes **Notifíquese y publíquese.**

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente Segunda Sala.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Magistrada Segunda Sala.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Magistrado Segunda Sala.

RAZÓN: Siento por tal que la resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional el día de hoy veinte y nueve de octubre del dos mil siete.- Lo Certifico.-

f.) Abg. Espec. Robert Córdova Cun, Secretario de Sala (E).

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretario de Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 0143-2007-HC

CAUSA No. 0143-2007-HC

**SEGUNDA SALA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

ANTECEDENTES:

Dr. Iván Durazno C., como interpuesta persona comparece y solicita recurso de Hábeas Corpus, para el ciudadano Dr. Pablo César Farinango Pavón, quien se encuentra ilegalmente privado de su libertad desde el 9 de Julio del 2007, en los calabozos de la Policía Judicial, por cuanto existen vicios de procedimiento en su detención: Los policías no se identificaron, no le dieron derecho a una

llamada telefónica, ni le permitieron la asistencia de un abogado, que se le ha mantenido incomunicado en el cuartel de la Policía Judicial de Pichincha; es decir, en un lugar diferente al señalado por la ley; además, no se le ha emitido orden de prisión preventiva en el término que no supere las 24 horas. Lo que significa que al momento de la presentación del recurso, no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 164 del Código de Procedimiento Penal; es decir, ni siquiera existe una orden de detención con fines de investigación y peor que se haya dado cumplimiento a lo que disponen los artículos 167 y 168 del Código de Procedimiento Penal con lo que se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 24 numerales 4 y 6 de la Constitución; además de violarse normas de convenios internacionales sobre la detención ilegal. Conforme el artículo 93 de la Constitución y 74 de la Ley de Régimen Municipal solicita su inmediata libertad. La Alcaldía del Distrito Metropolitano de Quito, resuelve negar el recurso de Hábeas Corpus. Decisión que es apelada ante el Tribunal Constitucional. Radicada la competencia en la Segunda Sala por el sorteo de rigor, para resolver se realizan las siguientes,

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- Esta Sala es competente para conocer y resolver el presente caso de conformidad con lo que dispone el artículo 276 número 3 de la Constitución Política del Estado, en concordancia con los artículos 12 numeral 3; y, 62 de la Ley Orgánica de Control Constitucional; **SEGUNDA.-** No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución de la causa, por lo que se declara su validez; **TERCERA.-** El recurso de Hábeas Corpus previsto por la Constitución, es la garantía del derecho esencial de la libertad; que permite a cualquier ciudadano por sí o por interpuesta persona, acudir ante el Alcalde o quien haga sus veces, a fin de que la Autoridad correspondiente presente al detenido y exhiba la boleta de privación de la libertad, debiendo la autoridad municipal, conforme dispone el artículo 93 de la Constitución, ordenar la libertad si no se presenta al detenido, no se exhiba la orden de detención, o esta no cumpla con los requisitos legales, si se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la detención, o si se hubiere justificado el fundamento del recurso; **CUARTA.-** Conforme el oficio No. 2007-431-AJ-PJP-CP1 de 13 de Julio del 2007, suscrito por el Jefe Provincial de la Policía Judicial de Pichincha constante a (fojas 7) se establece que el compareciente ha sido puesto a órdenes del Juez Tercero de lo Penal de Pichincha de Turno. En efecto, dicho Juez, conforme a lo establecido en el numeral 3 del artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, dispone la detención mediante boleta con fines investigativos por 24 horas en contra del compareciente a fin de investigar un (fojas 8); **QUINTA.-** Del parte de aprehensión constante de fojas 9 a 11 de los autos, se establece que el recurrente ingresó a los calabozos de la Policía Judicial de Pichincha por el delito flagrante de acción pública antes referido, el 9 de Julio del 2007, esto explica la razón por la cual, el Juez Tercero de lo Penal de Pichincha (Juez de Turno), dicta la boleta de detención por 24 Horas el 10 de Julio del 2007; lo cual, es contradictorio a la afirmación del recurrente en el sentido de que no se habría extendido la boleta de detención con fines investigativo conforme a lo dispuesto en el artículo 164 del Código de Procedimiento Penal **SEXTA.-** Conforme el Oficio No. 629-07-JTPP-SS, de 20 de Septiembre del 2007, suscrito por el Dr. Luis Fernández Piedra, Juez Tercero de

lo Penal de Pichincha, en contestación al pedido efectuado por esta Sala mediante providencia de 17 de Septiembre del 2007, señala que en el expediente No. 149-2007, que por estafa y falsificación se sigue en contra del recurrente y otros, y en virtud de la solicitud de la Policía Judicial mediante Oficio No. 12187-07-PJP, se ha procedido a confirmar la detención por veinte y cuatro horas, en razón de haberse cometido un delito flagrante; para posteriormente y en cumplimiento al procedimiento respectivo determinado en la Ley, remitir con fecha 24 de Julio del año en curso a la Unidad de Delitos Misceláneos de la Fiscalía de Pichincha, a fin de que prosiga con el trámite respectivo. Por lo tanto, al existir orden de privación de la libertad emitida por autoridad competente en legal y debida forma, el recurso planteado deviene en improcedente. Por lo expuesto y en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, esta Sala

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución adoptada por la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Quito; y, en consecuencia negar el recurso de hábeas corpus interpuesto por el Dr. Pablo César Farinango Pavón; 2.- Devolver el expediente para los fines consiguientes; **NOTIFIQUESE** y **PUBLIQUESE**

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente Segunda Sala.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Vocal Segunda Sala.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Vocal Segunda Sala.

RAZÓN: Siento por tal que la resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional el día de hoy veinte y nueve de octubre del dos mil siete.- Lo Certifico.-

f.) Abg. Epec. Robert Córdova Cun, Secretario de Sala (E).

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretario de Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 0157-07-HC

**SEGUNDA SALA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

CASO No. 0157 - 07- HC

ANTECEDENTES

Los señores Beatriz Villareal y David Cordero Heredia, en sus condiciones de Directora Administrativa y Asesor Jurídico de la Fundación Regional en Derechos Humanos – INREDH – respectivamente, comparecen ante el Señor Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito, e interponen Acción de Habeas Corpus a favor de la señora TANIA

TAMARA TITO SARCOS, conforme a los siguientes hechos: La recurrente TANIA TAMARA TITO SARCOS se encuentra detenida en los calabozos de la Unidad Antinarcóticos de la Policía Nacional, desde el 16 de junio del 2007, hallándose embarazada al momento de su aprehensión. Fundamenta el recurso interpuesto en el artículo 93 de la Constitución, que prescribe “*toda persona que crea estar ilegalmente privada de su libertad podrá acogerse al Habeas Corpus*” En el mismo sentido la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 7 (6) contiene la disposición “*Toda persona privada de su libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida , sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales*”. El artículo 171 del Código de Procedimiento Penal señala que “*Cualquiera que fuere el delito, la prisión preventiva será sustituida por el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o acusado sea una persona mayor de sesenta y cinco años de edad o que se trate de una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto*”. El artículo 58 del Código Penal prescribe “*Ninguna mujer embarazada podrá ser privada de su libertad, ni será notificada con sentencia que le imponga penas de prisión o de reclusión, sino 90 días después del parto*”. Similar disposición se encuentra en el artículo 23 del Código de la Niñez y la Adolescencia, “*Se sustituirá la aplicación de penas y medidas privativas de libertad a la mujer embarazada hasta noventa días después del parto, debiendo el juez disponer las medidas cautelares que sean del caso* “. La Ley Orgánica de Régimen Municipal en su artículo 71 prescribe que “*Es además deber y atribución del Alcalde, o de quien haga sus veces, hacer efectiva la garantía constitucional del habeas corpus...entrará a estudiar inmediatamente los antecedentes que le permitan dictar, en forma motivada, y dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, si no rechazare el recurso, cualquiera de estas resoluciones: La inmediata libertad del recurrente, si no aparecen justificadas la detención o la prisión*”. En el presente caso la señora TANIA TAMARA TITO SARCOS que se encuentra en estado de gravidez, se le ha dictado orden de prisión preventiva. El Habeas Corpus tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes, a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que este pueda examinar la legalidad de la privación. Si el Juez - en este caso el Alcalde- no puede revisar la legalidad de la detención, podríamos afirmar que el Habeas Corpus no es un recurso idóneo para garantizar el derecho a la libertad personal. El hecho que el Alcalde pueda o no analizar la legalidad de una detención enmarcada en un proceso penal ya ha sido analizado por el Tribunal Constitucional: En el supuesto no admitido de que lo resuelto por la Corte Suprema en el año 1950 , que dice “*Debiendo el Presidente del Concejo o el Alcalde limitarse a examinar el procedimiento de la orden* “ estuviere vigente, como lo sostiene el Procurador Síndico Municipal, lo que no es así, y tuviere alguna importancia, ello no puede contrariar las claras normas constitucionales, ni las leyes posteriores referentes a lo que es materia de ésta resolución (Tribunal Constitucional. Caso 014-2001-HC. Reg. Of. N° 305-S-12-IV-2001) La ilegalidad de la detención de la Sra. TANIA TAMARA TITO SARCOS no genera dudas, dado que contraviene disposiciones expresas de las normas citadas, que protegen la integridad del niño que está por nacer, a quien tanto la Constitución, como el Código de la Niñez y

Adolescencia lo reconocen como titular del derecho a la vida desde su concepción, creando una regla de excepción dentro de las medidas cautelares personales y las penas basadas en el interés del por nacer, sentido en el que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, al decir que *“la legislación sobre menores tiene por objeto primordial la protección de este grupo vulnerable, que de conformidad con la Constitución de la República y en virtud del principio del interés superior de los niños, tiene prevaleciente derecho a la salud integral y nutrición, a la educación y cultura, al deporte y recreación”* (Tribunal Constitucional. Resolución N° 0026-2004-HC. Segunda Sala. R.O. N° 370.5-VII-2004) Por tanto la detención de la señora TANIA TAMARA TITO SARCOS, que se encuentra en estado de gravidez en los calabozos de la Unidad Antinarcoóticos de la Policía Nacional, contraviene los artículos 171 del Código de Procedimiento Penal, 58 del Código Penal y 23 del Código de la Niñez y Adolescencia; esto convierte su detención en ilegal, por lo que solicitamos que ordene su inmediata libertad para que sea trasladada a su domicilio, donde cumplirá arresto domiciliario. (sic). El 21 de agosto del 2007, las 16H00, la Señorita Lcda. Margarita Carranco en su condición de Segunda Vicepresidenta del Consejo del Distrito Metropolitano de Quito, encargada de la Alcaldía, resuelve negar el recurso interpuesto, fundamentando su resolución en el principio de independencia en el ejercicio de los deberes y atribuciones de los órganos de la Función Judicial, señalando expresamente el contenido del artículo N° 199 de la Constitución Política del Estado, que dice *“Los órganos de la Función Judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones”*; y en virtud que manteniéndose la orden de privación de libertad emitida por autoridad competente en legal y debida forma, atento al estado de la causa, es el Juez competente que tiene conocimiento de la misma, el responsable de su situación procesal, por lo que en ejercicio de las atribuciones que le confiere los artículos 93 y 199 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 71 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, resuelve negar el recurso de Habeas Corpus interpuesto a favor de la señora TITO SARCOS TANIA TAMARA, por improcedente. De esa resolución se apela ante el Tribunal Constitucional. Radicada la competencia en esta Sala Constitucional por el sorteo de rigor, para resolver hace las siguientes:

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- La Segunda Sala Constitucional es competente para conocer y resolver el recurso de Hábeas Corpus, en virtud de lo dispuesto en el artículo 276 numeral 3 de la Constitución Política de la República, en concordancia con la norma constante en el artículo 93 de la misma Constitución; y, los artículos 12 numeró 3, 31 y 62 de la Ley de Control Constitucional; **SEGUNDA.-** No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la resolución de la causa, por lo que el proceso es válido y así se lo declara.- **TERCERA.-** El recurso de Habeas Corpus previsto en la Constitución como garantía del derecho a la libertad, permite a cualquier ciudadano, por sí o por interpuesta persona acudir ante el Alcalde o ante quien haga sus veces, con el fin que la autoridad recurrida disponga su libertad inmediata si este no fuere presentado, si no se exhibiere la orden constitucional de su detención, o si esta no cumpliera los requisitos legales, o si se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la detención, o

finalmente, si se hubiere justificado el fundamento del recurso.- **CUARTA.-** A fojas 32 del expediente consta el escrito presentado el 3 de septiembre del 2007 en la Unidad de Habeas Corpus de la Secretaría General del Distrito Metropolitano del Municipio de Quito, mediante el que los recurrentes Beatriz Villareal y David Cordero Heredia, en sus condiciones de Directora Administrativa y Asesor Jurídico de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos – INREDH – respectivamente, fueron notificados con la Resolución de la Alcaldesa Encargada Sra. Lcda. Margarita Carranco, de negar el Recurso de Habeas Corpus que se planteó a favor de la señora TANIA TAMARA TITO SARCOS, e interponen Recurso de Apelación para ante el Tribunal Constitucional, dentro del término de ley.- Como pieza procesal a mencionar también, consta a fojas siete el oficio innumerado del 6 de septiembre del 2007, las 08h00, suscrito por la Dra. Marcia Belén Rocha Díaz, Secretaria General del Concejo del Distrito Metropolitano de Quito, mediante el cual corre traslado del expediente del Recurso de Habeas Corpus negado por la Alcaldesa Encargada Sra. Lcda. Margarita Carranco, al Señor Presidente del Tribunal Constitucional.- **QUINTA.-** Es de resaltar que no existe una certificación médica - ginecológica que pruebe el estado de gestante que dice tener quien recurre del Tribunal Constitucional; del Parte de Aprehensión del 14 de junio del 2007, las 18H00, que obra de fojas 14 a la 17 y vuelta del expediente, se anota como información que TANIA TAMARA TITO SARCOS está gestando; y además, a fojas 13 del cuaderno de instancia, obra el Informe N° 3514-JPAP-07 del 20 de agosto del 2007 suscrito por el Cnel. EM. Patricio Geovanny Pazmiño Castillo, dirigido al Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito, en el que expresa: *“continúa bajo custodia de esta Jefatura la señora TANIA TAMARAN TITO SARCOS, debido a que, por su estado de gravidez, el Centro de Detención Provisional de Quito, ha sido negado su internamiento, pese a que desde el 21 de junio del presente año, se ha venido insistiendo que sea recibida, de lo cual ha sido informado oportunamente el Señor Juez Décimo de lo Penal de Pichincha y Dra. Gina Gómez de la Torre, Fiscal de la Unidad Antinarcoóticos de Pichincha”*, por lo que se concluye que el estado invocado por la recurrente, se colige y no se ha probado suficientemente.- **SEXTA.-** El Hábeas Corpus tutela el derecho fundamental de la libertad individual – relativa a la libertad de movimiento- y por lo tanto a no ser objeto de detenciones arbitrarias; en éste sentido tiene como objeto el reponer las cosas al estado anterior a la privación, perturbación o amenaza de dichos derechos. En el caso, el Juez Décimo de lo Penal de Pichincha, Dr. Luis G. Mora ha girado boleta Constitucional de encarcelamiento, en contra de la recurrente.- **SEPTIMA.-** Del expediente no deviene que el Juez de la causa haya considerado la sustitución de la orden de privación de la libertad dictada en contra de la recurrente, aún conociendo el supuesto estado de gravidez, manteniéndola en esa condición, bajo su responsabilidad y dentro del ámbito de sus atribuciones, estimando por consiguiente el Juzgador, que las acciones de la recurrente tienen relación con el ilícito que se investiga, y que ha servido de base para el inicio y sustanciación del proceso penal.- **OCTAVA.-** El Juez que sustancia el proceso y es competente para ello, es el que debe pronunciarse sobre la medida cautelar que pesa sobre la que recurre, resolviendo su situación procesal, previa comprobación del estado de gestación que alega. Por las consideraciones anotadas, y en ejercicio de sus facultades, la Segunda Sala Constitucional;

RESUELVE

1.- Confirmar la resolución venida en grado, y por consiguiente, negar el Recurso de Hábeas Corpus propuesto a favor de TANIA TAMARA TITO SARCOS.-2.- Remitir copia certificada de la presente Resolución, al señor Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito y al Director de la Jefatura Provincial Antinarcóticos de Pichincha, Crnl. de EM. Patricio Goevanny Pazmiño Castillo., para los fines legales pertinentes.-

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente Segunda Sala.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Vocal Segunda Sala.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Vocal Segunda Sala.

RAZON.- Siento por tal, que la Resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, a los veintinueve días del mes de octubre del año dos mil siete.- Lo Certifico.-

f.) Robert Córdova Cun, Abg.Espc., Secretario (E), Segunda Sala Constitucional.

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretario de Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 0231-2007-RA

**SEGUNDA SALA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Caso No. 0231-2007-RA

ANTECEDENTES:

Los ingenieros: *Homero Aurelio Torres*, Gerente y Representante Legal de la Compañía "Ing. Homero Torres Ochoa", *Haybor Fernando Molina Santos*, Gerente y Representante Legal de la "Compañía Granite Contratistas Generales Cia. Ltda.", *Pablo Guillermo Ochoa Maldonado* y *Guillermo Patricio Córdova Córdova*, cada uno por derecho propio y como integrantes del Consorcio "YANUNCAY", comparecen ante el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo de Cuenca y, amparados en lo dispuesto por los artículos 95 de la Constitución Política de la República y 46 de la Ley de Control Constitucional vigente deducen acción de amparo constitucional en contra de la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca "ETAPA" en la persona del ingeniero Santiago López Guillén, en su calidad de gerente y Representante Legal. En lo principal manifiestan que mediante resolución No. 001-PY-2006-CG adoptada el 28 de noviembre de 2006 y notificado en la misma fecha, mediante Of. No. 2006-4369-GG, ETAPA ha resuelto "1.-

Declarar anticipada y unilateralmente terminado el contrato para la Construcción del Proyecto Yanuncay, para la segunda etapa de los Planes Maestros de Agua Potable para la Ciudad de Cuenca, ("GRUPO II: Líneas de conducción de agua tratada en diámetros entre 700 y 150 mm; Construcción de Cuatro (4) Centros de Reserva de 5000 (BAÑOS), 4500 (NARANCA), 2500 (SAN MIGUEL DE PUTUCHÍ) y 1500 (SAN JOAQUIN ALTO) M3.- Mejoras del tanque existente en San Miguel de Putushí e interconexión con tanque a construirse)" celebrado el 30 de agosto de 2005, mediante escritura pública otorgada ante el Notario Cuarto del Cantón Cuenca, Dr. Alfonso Andrade, entre la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca "ETAPA" y el "Consorcio YANUNCAY", integrado por la Compañía "ING. HOMERO TORRES OCHOA CIA. LTDA."- Ing. Pablo Guillermo Ochoa Maldonado; Ing. Guillermo Patricio Córdova; y la Compañía GRANITE Contratistas Generales Cia. Ltda.; en virtud de que el contratista ha incurrido en las causales contempladas en la letra a) y f) del Art. 104 de la Ley de Contratación Pública y en la cláusula Vigésima Segunda del Contrato, No. 22.03 letras a) y h). 2.- Notificar con esta resolución al Ing. Homero Torres, Representante Legal del Consorcio YANUNCAY". 3.- Disponer que, la Gerencia de Agua Potable, Saneamiento y Gestión Ambiental y sus dependencias, proceda a establecer el avance físico de la obra, su liquidación financiera y contable. 4.- Comunicar con esta Resolución a la Contraloría y Procuraduría Generales del Estado, debiendo para el caso de la Contraloría General, acompañarse los documentos probatorios de los incumplimientos contractuales para que, conforme lo dispone el Art. 112 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, se efectúe el registro correspondiente del Consorcio "YANUNCAY" integrado por la Compañía "ING. HOMERO TORRES OCHOA CIA. LTDA", Ing. Pablo Guillermo Ochoa Maldonado; Ing. Guillermo Patricio Córdova; y la Compañía GRANITE Contratistas Generales CIA. LTDA., al haber incumplido sus obligaciones contractuales. 5.- Disponer al Señor Director Financiero, la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento del contrato y del anticipo entregado". Siguiendo con su exposición, y en lo referente a los hechos expresa: 1.- Conforme consta del documento que en fotocopia certificada adjunto, con fecha 30 de agosto del año dos mil cinco, se celebró el contrato, cuya terminación anticipada y unilateral ha sido resuelta por el señor Gerente General de ETAPA, en los términos anotados anteriormente. 2.- Mediante oficio No. 2006-4124-GG de fecha noviembre 06 de 2006, suscrito por el señor Ing. Santiago López Guillén, Gerente General de ETAPA dirigido al representante del Consorcio YANUNCAY, mismo que adjuntamos, dicho funcionario notifica: "...que es decisión de la entidad contratante, proceder a dar por terminado en forma unilateral y anticipada, el contrato que celebramos el día 30 de agosto de 2005, mediante escritura pública otorgada ante el Notario Público Cuarto del Cantón Cuenca, Dr. Alfonso Andrade". 3.- Mediante oficio No. 325-CCY de noviembre 21 de 2006, en acatamiento a lo dispuesto en el Art. 105 de la Codificación a la Ley de Contratación Pública y en el cuarto inciso del Art. 115 del reglamento General de dicha Ley, se da contestación a dicho oficio, en los términos que consta del documento que se adjunta. En la parte pertinente al derecho, expresa lo siguiente: a).- La resolución adoptada por el señor Gerente General de ETAPA, que mediante esta acción se impugna,

y referida anteriormente, constituye un acto ilegítimo, arbitrario, que emana de autoridad pública; violatorio de derechos y garantías consagrados en la Constitución Política, que amenaza de forma inminente con causar daño a los accionantes. Por presentarse dichas circunstancias, al amparo de lo dispuesto en el artículo 95 de la mencionada Constitución Política y 46 y siguientes de la Ley Orgánica de Control Constitucional, proponemos la presente Acción de Amparo Constitucional, impugnando dicha resolución y requiriendo de ustedes, señores Ministros, la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente, las consecuencias del acto ilegítimo impugnado. b) Para determinar la procedencia de la presente acción, es necesario nos remitamos a lo dispuesto en el mencionado Art. 95 de la Constitución Política y en el Art. 46 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, normas que imponen la concurrencia de las siguientes circunstancias o elementos: 1) Existencia de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública; 2) que ese acto u omisión cause o de modo inminente amenace con causar daño grave; y 3) Que dicho acto u omisión viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente. En el presente caso, se presentan a plenitud, las circunstancias o elementos señalados anteriormente, conforme lo demostraremos a continuación: 1.- Acto Ilegítimo de autoridad pública. Si bien es cierto que ni la disposición constitucional ni legal citadas, se refiere a actos "Administrativos", conforme se desprende de sus textos, exige la existencia "...de un acto u omisión", que, desde luego, como esos términos tienen un contenido jurídico mucho más amplio, incluyen a los actos administrativos y, para los efectos de esta acción, conforme pasamos a demostrar el acto impugnado, constituye, sin lugar a dudas, un típico Acto Administrativo. Sobre la Naturaleza jurídica de la Resolución de Terminación Unilateral y Anticipada de un Contrato Público: La Doctrina administrativa se ha pronunciado en el sentido de que el Acto Administrativo es una manifestación unilateral de voluntad de autoridad pública, en ejercicio de potestades administrativas, que tiene por finalidad causar efectos jurídicos en forma directa, esto es crear, modificar o extinguir, una situación jurídica preexistente, al momento de su expedición; si bien es cierto, y con sobra de razón, una corriente muy valiosa de doctrinarios, entre los cuales podemos mencionar a Guido Zanobini, Rolando Pantoja, Eduardo García de Enterría, entre otros, consideran que no solo es una manifestación de voluntad, sino que puede ser, de deseo, de conocimiento o de juicio; para el caso que nos ocupa, la discusión que al respecto se ha generado, no tiene importancia y no altera su situación jurídica. Lo señalado nos permite establecer que los elementos fundamentales para que se configure un acto administrativo son: Manifestación de voluntad: No cabe la menor duda, que el acto impugnado es una manifestación de voluntad, por parte de autoridad pública, el Señor Gerente General de ETAPA, entidad que por mandato del numeral 6 del Art. 118 de la Constitución, integra el Sector Público, al ser una persona jurídica creada en virtud de una Ordenanza, para la prestación de servicios públicos. Unilateral: En el sentido de que para su generación, no se requiere sino únicamente de la voluntad de la autoridad pública de la cual emana, es decir, no se cuenta con la voluntad del administrado, o en el presente caso, del cocontratante de la administración. En el presente caso no existe duda alguna, de que la resolución impugnada constituye una manifestación de voluntad unilateral ya que, para su generación, no se contó con otra voluntad, que aquella del

funcionario del cual emana, no podemos sostener que para su adopción, se consultó al Consorcio, que se pidió su consentimiento, que se pidió su aceptación, lo que resultaría absurdo; simple y llanamente el Señor Gerente de ETAPA, resuelve dar por terminado el contrato, en forma UNILATERAL y anticipada, sosteniéndose en una facultad que en el presente caso prevé el Art. 105 de la Ley de Contratación Pública, cuando en su inciso segundo dispone ". . . la entidad contratante podrá dar por terminado unilateralmente mediante resolución de la máxima autoridad contratante . . ." facultad ésta que es consecuencia, lo que en doctrina se conoce con el nombre de las "Cláusulas Exorbitantes", que son aquellas que precisamente conceden una serie de privilegios al Sector Público Contratante. Recordemos, Señores Ministros, que el Art. 102 de la mencionada Ley de Contratación Pública, al establecer las causas de terminación de los contratos, entre ellas establece: "b) Por mutuo acuerdo de las partes", que se configura en forma bilateral, por un acuerdo de voluntades; y, "d) Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista" que es lo que se ha producido en este caso, es decir dicha terminación se ha configurado, por una declaración unilateral. Si bien es cierto el contrato cuya terminación ha sido declarada en forma unilateral y anticipada, estipula en su cláusula vigésima segunda, en 22.03, los casos en los que el Contratante, podrá dar por terminado en forma unilateral y anticipada el contrato; esta estipulación no es el resultado de un acuerdo de voluntades, conforme así se infiere del contenido de la misma, que en su parte pertinente expresa "*De conformidad con el Art. 104 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública y siguiendo el trámite indicado en los artículos 105 de la misma Codificación y 115 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, el contratante podrá*"; por lo tanto esta cláusula contractual tiene su origen en una facultad legal a la que se remite y aún en el supuesto de que no constara expresamente en el contrato, debe entenderse que la facultad legal del contratante para dar por terminado en forma unilateral y anticipada el contrato, se encuentra a él incorporado, por así preceptuarlo el numeral 18 del Art. 7 del Código Civil. Nos vemos obligados a insistir en lo argumentado, a pesar de que el hacerlo pareciera una necesidad, en vista de que algunas desafortunadas resoluciones del Tribunal Constitucional, se han pronunciado sin sustento jurídico alguno, y lo que es más, violando mandamientos constitucionales y legales, en el sentido de que la Resolución de Terminación Anticipada y Unilateral de un Contrato Público no es susceptible de ser impugnada vía acción de amparo constitucional, por cuanto absurdamente consideran que dichas resoluciones no son manifestaciones de voluntad unilateralmente adoptadas por la Contratante, sino que son el resultado de lo pactado por las partes, y que por tanto no dependen de la única voluntad de la administración; quedó demostrado lo absurdo y antijurídico de este razonamiento; no es la voluntad de las partes la que determina la facultad que tiene la Contratante, es la Ley la que le otorga la misma; **es una potestad que nace por imperio de la Ley**" (las negrillas son de la Sala). Se ha sostenido, además en las resoluciones a las que hemos hecho mención que ". . . el Art. 50 del Reglamento de Trámite de Expedientes del Tribunal Constitucional, establece los casos de improcedencia de la acción de amparo constitucional, entre ellos el número 6 establece que no procede contra actos de naturaleza contractual o bilateral". Al respecto es necesario precisar en primer lugar que el acto impugnado, de acuerdo a lo demostrado, no es un

acto bilateral sino unilateral; y que no es de naturaleza contractual, al no ser el resultado de un acuerdo de voluntades, sino un mandamiento legal, que se impone por el ministerio de la Ley; y, luego resulta inexplicable que se sostenga, ni aún por parte de aquellos que, como en el presente caso, supuestamente son verdaderos constitucionalistas, dada la altísima función que ejercen, que un simple reglamento de trámite de expedientes prevalezca sobre normas constitucionales y legales. Recordemos, Señores Ministros, que el Art. 95 de la Carta Magna, que consagra la acción de Amparo Constitucional, no establece otra restricción con relación a su procedencia, que aquella que hace relativa a las decisiones judiciales adoptadas dentro de un proceso; y que, por mandato del último inciso del Art. 18 de la mencionada Carta, "Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales", de igual forma debe tenerse en cuenta lo preceptuado en su Art. 141 que al establecer el principio "De reserva de Ley", dispone que "Se requerirá de la expedición de una ley para las materias siguientes. 1. norma el ejercicio de libertades y derechos fundamentales, garantizados en la Constitución". Deberá de igual forma, tenerse presente, para los efectos mencionados, los mandamientos contenidos en los Arts. 272, 273 y 274 de la Constitución Política. **Acto Ilegítimo.** Demostrado como queda, que el acto impugnado, es un acto unilateral, y que, por lo tanto constituye un acto Administrativo, susceptible de ser impugnado vía Acción de Amparo Constitucional; probaremos a continuación que el mismo es ilegítimo, al violar disposiciones constitucionales legales y reglamentarias, y por haber sido dictado por un funcionario que se ha excedido de sus atribuciones constitucional y legalmente establecidas, así como sin sujetarse a las solemnidades sustanciales exigidas por la Constitución y las leyes. 2. Que el acto, cause o que de modo inminente, amenace con causar un daño grave. Esta circunstancia, requisito o elemento necesario para que prospere la acción de amparo constitucional, en el presente caso, se presenta con absoluta claridad, conforme a continuación lo demostramos: Conforme consta del numeral cuarto de la resolución que se impugna, se dispone que se comunique a la misma a la Contraloría General del Estado para que dicha Entidad, en acatamiento de lo dispuesto en el Art. 112 de la Ley de Contratación Pública, proceda a registrar al Consorcio YANUNCAY y a sus miembros en el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción, publicado en el Registro Oficial No. 85 de 20 de mayo de 2003, prescriben: "Art.11.- DEL REGISTRO. Es facultad privativa de la Contraloría General del Estado mantener el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos que se encuentran inhabilitados para suscribir contratos o convenios con entidades y organismos del sector público." "Art. 13- EXTENSIÓN DEL IMPEDIMENTO. El adjudicatario fallido o el contratista incumplido extiende su impedimento a las personas jurídicas de la misma rama de actividad a la que se encuentre vinculado como persona natural. Este impedimento afecta en la misma forma a los socios, accionistas e integrantes de las personas jurídicas declaradas adjudicatarias fallidas o contratistas incumplidos. Para el efecto, junto al pedido de inclusión, la entidad contratante remitirá a la Contraloría General la nómina correspondiente" "Art. 15.- COBROS DE GARANTIAS.- Las entidades que hubieren solicitado el registro, una vez hechas efectivas las garantías, comunicarán a la Contraloría General la fecha

correspondiente, para efectos de la aplicación de los literales b), c) y d) del Art. 55 de la Codificación a la Ley de Contratación Pública" El Art. 55 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, al que se remite la disposición reglamentaria transcrita manda que: Art. 55.- No podrán celebrar contratos con el Estado o con entidades del sector público:... c) Los que hubieren incumplido contratos celebrados con el Estado o con entidades del sector público, dando lugar a la determinación unilateral de los mismos; inhabilidad que se extiende hasta cuatro años después de haberse hecho efectiva la garantía de fiel cumplimiento". El numeral 5 de la resolución impugnada, dispone al señor Director Financiero, la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento del contrato y del anticipo entregado. - Los montos de las garantías referidas anteriormente, alcanzan a las sumas de: La garantía de fiel cumplimiento del contrato, a la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO CON 01/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$249,895.01); la garantía del anticipo entregado a la suma de DOS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE CON 66/100 DOLARES DE LOS ESTADO UNIDOS DE AMERICA (\$2'299,757.66). No cabe duda alguna, en cuanto a la inminencia del grave daño que nos ocasiona la resolución impugnada. 3.- Que el acto viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente. Al respecto de este elemento o requisito, la doctrina y la jurisprudencia, se han pronunciado en forma unánime, en el sentido de que la acción de Amparo Constitucional, tutela un muy amplio universo de derechos, siendo pertinente en nuestro caso, para determinar cuales son los derechos constitucionales tutelados por esta acción, remitirnos a los mandamientos contenidos, en el Título III de la Constitución que se refiere a "Los Derechos Garantías y Deberes", tanto en sus Capítulos I y II, que se refieren a "Principios Generales" y "De los Derechos Civiles"; son éstos, los derechos protegidos, tutelados por la Acción de Amparo Constitucional. Al respecto, el Art. 4 de la Resolución sin número del TSE publicada en el R. O. 559 de 19 de abril de 2002, prescribe que: "Un acto de autoridad es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, o sin observar los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico, o cuando su contenido es contrario a dicho ordenamiento, o ha sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o suficiente motivación". En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en reiteradas Resoluciones dictadas, a través de sus Salas. Disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias violadas por el acto que se impugna. De la Constitución: a).- El acto impugnado mediante la presente acción, viola o amenaza con violar flagrantemente los derechos reconocidos y garantizados en los numerales 16, 17 y 18 del Art. 23 de la Constitución, relativos a la libertad de empresa, la libertad de trabajo y la libertad de contratación, respectivamente, puesto que, de ejecutarse la resolución impugnada, conforme a lo anotado anteriormente, la inscripción en el Registro de Contratistas incumplidos y Adjudicatarios Fallidos", determina entre otras cosas la prohibición de celebrar contratos con el Estado o con entidades del sector público, por cuatro años, impedimento que afectaría al Consorcio Yanuncay y a las personas jurídicas de la misma rama de actividad a las que se encuentre vinculado como persona jurídica, así como a los integrantes del mismo, por

así mandarlo el citado artículo 55 de la Ley de Contratación Pública. b).- Se viola el **Derecho al Debido Proceso**, consagrado en el numeral 27 del mencionado artículo 23 de la Constitución Política. c).- Se viola igualmente, el Derecho a la Seguridad Jurídica, consagrado a favor de las personas en el numeral 26 del Art. 23 de la Constitución. d).- **Motivación de los actos.**- De la misma Carta Magna, se viola el mandamiento contenido en el numeral 13 del Art. 24, que al consagrar las garantías básicas para asegurar el debido proceso, manda: “...*Las resoluciones de los poderes públicos que se afecten a las personas deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho...*”, mandamiento que se encuentra recogido en los Arts. 31 de la Ley de Modernización, 20 del Reglamento a la misma, y 115 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública. La simple lectura de la resolución adoptada por el Señor Gerente General de ETAPA, y que impugnamos, nos demuestra fehacientemente, la flagrante violación a las disposiciones mencionadas, toda vez que no existe motivación en los términos prescritos por el mandamiento constitucional y por los mandamientos legales citados ya que, en la misma, no encontramos que se enuncien ni normas ni principios jurídicos en que se haya fundado; peor, que se explique la pertinencia de la aplicación de dichas normas o principios jurídicos, a los antecedentes de hecho. En el Considerando SEGUNDO, de la resolución impugnada, encontramos que se remite a un “...*informe técnico...*” que se dice se encuentra “...*contenido en el oficio núm. 2006-1131-DUEP*” del cual, igualmente se dice “...*se tuvo claros indicios que llevaron a establecer que la contratista habría incurrido en el incumplimiento de las obligaciones contractuales que en el se detallan*”. En el Considerando TERCERO, de la mencionada Resolución, de igual forma encontramos que se remite a los informes de la Dirección Financiera y de la Dirección de Asesoría Jurídica, manifestándose que “...*de los cuales se desprende que...*”. en el Considerando SÉPTIMO de la Resolución impugnada, no encontramos que se haga mención a presupuesto o circunstancia de hecho alguno, que justifique o fundamente la misma, haciéndose referencia a un “...*pronunciamiento jurídico...*”. En la parte dispositiva de la Resolución que se impugna, en el numeral 1, en el que declara anticipada y unilateralmente terminado el contrato, en su parte final manifiesta “ . . . *en virtud de que el contratista ha incurrido en las causales contempladas en las letras a) y f) del Art. 104 de la Ley de Contratación Pública y en la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato número 22.03, letras a) y h)*”. Los lits. a) y f) del Art. 104 de la Ley de Contratación Pública, al que se remite el numeral 1 de la parte Dispositiva de la Resolución impugnada, se refieren a dos de los casos por los cuales la entidad contratante puede declarar terminados anticipada y unilateralmente los contratos, y ellos son: “a) Por incumplimiento del contrato”; y, “f) En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza”. De otro lado la cláusula vigésima segunda del contrato, número 22.03, letras a) y h), a la que igualmente se remite el citado numeral 1 de la parte dispositiva de la Resolución, establecen como casos en los cuales la Contratante puede declarar la terminación unilateral y anticipada del contrato, los siguientes: “a) Por incumplimiento del Contratista”; y, “h) Si el contratista no cumpliera reiteradamente las disposiciones del Fiscalizador, especialmente relacionado con el personal técnico, equipo, maquinaria o materiales

necesarios para la ejecución de la obra”.- No encontramos, Señores Ministros, que en la parte dispositiva de la Resolución, y a la que nos hemos referido anteriormente, se explique la pertinencia de las normas legales en ella enunciadas, a los antecedentes de hecho; siendo así, que no se precisan cuáles han sido los incumplimientos del Consorcio, ni cuales han sido las disposiciones del Fiscalizador, que en forma reiterada, hayan sido incumplidas. De acuerdo a lo anotado, encontramos que en la resolución materia de impugnación, existen remisiones a informes, los cuales ni siquiera se incorporan como parte integrante de la misma; resulta sorprendente, por decir lo menos, que se sostenga, como se lo hace en el considerando Segundo, que lo que ha existido es “claros indicios que han llevado a establecer que la contratista *“habría incurrido en el incumplimiento de las obligaciones contractuales”*; no puede ser, no tiene sustento jurídico alguno, el que por simples indicios, se adopte una resolución como la que se ha adoptado, y aún más que no se precisen cuales supuestamente, son los incumplimientos contractuales, que esos indicios llevan a establecer se habrían cometido. Es mas, usa la forma condicional (“habría”), lo que denota claramente la falta de convicción y la evidente duda con las que el resolutor se manifiesta. Recordemos que, por mandato de la norma constitucional citada, no existe motivación, si EN LA RESOLUCIÓN NO SE ENUNCIAN NORMAS O PRINCIPIOS JURÍDICOS EN QUE SE HAYA FUNDADO, en el presente caso, conforme consta del texto de la resolución, no se hace mención ni a normas ni a principios jurídicos en la que la misma se fundamenta, ni se citan los presupuestos de hecho, que justifiquen el pronunciamiento, conforme ha quedado flagrantemente demostrado. Señores Ministros, la motivación de los actos o resoluciones de la administración pública, no constituye un mero requisito formal más, por el contrario, constituye una exigencia que permite el control de la legalidad de la actividad administrativa por parte de los órganos jurisdiccionales competentes; constituye una garantía a favor de los administrados, un freno al abuso de autoridad, un medio para hacer efectivo el pleno y eficaz establecimiento de un verdadero Estado de Derecho. Señores Ministros, la falta de motivación o la indebida motivación de los actos, ocasiona la nulidad de los mismos y acarrea responsabilidades al funcionario resolutor, por así en forma expresa consagrarlo el Art. 20 de la Carta Política. Señala también que la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, con relación a la motivación de los actos emanados de funcionario público, en forma reiterada se ha pronunciado en el sentido de que tal motivación, por así mandarlo el numeral 13 del Art. 24 de la Carta Política, debe constar en el documento que contiene la resolución y no en otro distinto, así en la Sentencia dictada por dicha Sala, con fecha 30 de octubre de 2001, dentro del juicio seguido por el doctor Julio Cesar Zúñiga en contra de la Universidad de Cuenca, en cuya parte pertinente, dice “La transcripción de estas disposiciones evidencia que la motivación del acto debe constar en la resolución correspondiente. Claramente el texto constitucional dice que no habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas y principios en que se hayan fundado; y, en la Ley de Modernización del Estado se dice que la motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano en relación con los resultados del procedimiento. De modo que no se puede, ni aun realizando una interpretación extensiva que en el caso no sería aceptada por tratarse de derecho público admitir

que la motivación conste en documento aparte de la resolución. La motivación es parte esencial de la resolución del documento en el cual consta la resolución”. De igual forma el Tribunal Constitucional a través de sus salas se ha pronunciado en igual sentido, con relación a la motivación; a continuación transcribimos el criterio emitido al respecto por la Segunda Sala del citado Tribunal en el caso No. 466-2000-RA publicado en la Gaceta Constitucional Junio del 2001, No. 2, pgs. 157 a 163, en la que en su considerando SÉPTIMO, se dice: “La violación de este deber jurídico acarrea no solo la nulidad del acto, por violación a la ley, sino que además hace responsable civilmente al Estado por expreso mandato del Art. 22 de la Norma Suprema. Tanto la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la iniciativa privada, cuanto su reglamento, que con anteriores a la Constitución, han regulado la necesidad de motivación de los actos de la administración pública en los artículos 31 y 20, respectivamente, artículos que deben ser interpretados a la luz del nuevo orden constitucional en virtud del cual todas las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas. Dice el Art. de la norma legal antes referida: *“Motivación.- Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deben ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesario para la expedición de actos reglamentarios”* “Art. 20.-De conformidad con el Art. 31 de las Ley de Modernización los actos que emanen de un órgano del Estado y que no se encuentren debidamente motivados se considerarán como actos violatorios de la ley. La motivación de una decisión, resolución o fallo, debe comprender todos los antecedentes o presupuestos de hecho y las razones jurídicas que la determinaron. Tanto los unos como los otros deberán constar en el documento u oficio en que se materialice la decisión de manera que los interesados los pueden conocer directamente” Como puede observarse, la motivación de los actos de los poderes públicos y mas aun cuando ellos afectan los derechos de las personas, es hoy en día un principio que informa todo el ordenamiento jurídico, desde su cúspide en la Ley Fundamental pasando por una norma de rango legislativo hasta otra de naturaleza reglamentaria. Las Normas mencionadas, en sus diferentes jerarquía, han establecido el deber de motivación, cuya omisión constituye en vicio que ha dejado de ser meramente formal, para constituirse en verdadero elemento configurador de la voluntad administrativa, por lo cual la sanción jurídica es el de la nulidad. Es sabido por otra parte, que en la motivación se reconoce una importante función en la garantía y tutela de los derechos de los particulares y del interés general. La falta de motivación produce indefensión en la persona a la que se dirige el acto en la medida en que impugnarlo sin conocer sus fundamentos es recurrir “a ciegas”, es decir, tener que argumentar contra motivos hipotéticos, en la suposición de que la Administración se haya querido apoyar en ellos al dictar el acto”. En estos términos y con este alcance, tiene que ser entendido el requisito constitucional y legalmente establecido, de motivar las resoluciones del Estado y de las demás entidades del Sector Público. Lo manifestado determina, inexorablemente, la ilegitimidad de la Resolución impugnada, por falta o indebida motivación, en los términos que quedan detallados. La Resolución Impugnada viola el Art. 105 de la Ley de Contratación Pública, que en su segundo inciso, prescribe “La entidad

contratante no podrá ejercer este derecho (se refiere al dar por terminado unilateralmente y en forma anticipada el contrato) *si se encontrare en la situación prevista en el Art. 1595 del Código Civil*” (hoy Art. 1568 de dicho Código). La norma del Código Civil a la que se remite, prescribe “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en forma y tiempo debidos” (la mora purga la mora). En el presente caso ETAPA ha incumplido con sus obligaciones legales y contractuales, desde el inicio mismo de la ejecución de las obras contratadas, encontrándose, consecuentemente, flagrantemente en la situación prevista en la norma del Código Civil, transcrita anteriormente, incumplimientos contractuales y legales que obligaron a los integrantes del Consorcio Yanuncay, a con fecha 30 de octubre de 2006, presentar una demanda en su contra, en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en Cuenca, conforme se justifica con la copia certificada que se acompaña (Anexo 8) exigiendo entre otras cosas, que se declare terminado el Contrato en forma anticipada, por causas imputables a la contraparte, y que se condene a la misma al pago de los daños y perjuicios, todo en los términos que constan de la misma. Es necesario precisar que la demandada ETAPA se encuentra debidamente citada, conforme consta de las razones sentadas en el expediente, cuya copia se ha adjuntado. Los incumplimientos contractuales referidos, la mora en la que se encuentra la contratante ETAPA, se justifican con los documentos que se incorporan a la presente acción; y lo que es más, han sido flagrantemente aceptados por la misma, en el oficio No. 2006-4124-GG, de fecha 06 de noviembre del 2006, suscrito por el señor Gerente General de ETAPA, Ing. Santiago López Guillén, oficio al que se hace mención en numeral 2 de los Antecedentes de Hecho de esta Acción, y al cual se incorporan entre otros, el informe técnico contenido en el oficio No. 2006-1131-DUEP, mismo que en página 4, al referirse a “CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO” paladinamente, se acepta que “El estado de avance de los trabajadores contratados no corresponde a lo programado...” y entre las razones para tal situación, se deja constancia, de los incumplimientos de ETAPA, en lo relacionado con la entrega de los terrenos previstos para la construcción de los centros de reserva; el planteo de la distribución del caudal proveniente de la planta de tratamiento del Proyecto, que fue necesario efectuarlo, por los problemas señalados anteriormente; que la entrega de los terrenos recién se lo cumple el 4 de agosto de 2006; que “En consideración al retraso ocasionado por esta situación...” se ha concedido una ampliación del plazo contractual de 233 días calendario, todo en los términos constantes en el informe mencionado, que en copia certificada se ha adjuntado en anexo 6. De la misma ley de Contratación Pública, la Resolución que se impugna, viola el mandato contenido en el tercer inciso de su artículo 105 que dispone “La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la entidad contratante a establecer al avance físico de la obra, su liquidación financiero y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por los anticipos entregados...”. En el numeral 5 de la parte dispositiva de la Resolución en referencia se dice “5.- Disponer al señor Director Financiero, la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento del contrato y del anticipo entregado”; es decir ilegitimamente, se ha dispuesto antes de establecer la liquidación financiera y contable del contrato, conforme manda la norma citada anteriormente,

que se ejecute la garantía del anticipo, sin previamente determinar al monto amortizado, violándose, insistimos, lo dispuesto en el tercer inciso del Art. 105 de la Ley de Contratación Pública y lo que es más el mandamiento constitución al contenido en el Art. 119 de la Carta Magna, que al consagrar el principio de "Competencia Positiva", dispone "Las instituciones del Estado, sus organismo y dependencias y los funcionarios públicos, no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la Ley". Se ha violado, además, lo dispuesto en la última parte del inciso primero del mencionado Art. 105 de la Ley de Contratación Pública, que al referirse al trámite que debe seguirse dispone que antes de proceder a la terminación unilateral, la contratante debe notificar al contratista sobre su decisión y manda que "la notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista...". En la notificación contenida en el oficio de fecha 06 de noviembre de 2006, No. 2006-4124-GG, que se ha adjuntado en anexo 6, no se señalan específicamente, ni el incumplimiento ni la mora en la que supuestamente ha incurrido el Consorcio Yanuncay, en el mismo se hace referencia a informes a los cuales se remite, incumpliendo de esta forma, la norma citada en líneas anteriores. Del Reglamento a la Ley de Contratación Pública. Se contraviene el Art. 115 del mencionado Reglamento, que en su primer inciso prescribe: "Art. 115.- *Terminación Unilateral y anticipada del contrato.- La máxima autoridad de una entidad u organismo del sector público podrá decidir la terminación unilateral del contrato por las causas previstas en el artículo 104 de la Ley. Para hacerlo, será necesario que compruebe, en forma documentada, la existencia de cualquiera de las causales enunciadas en dicha disposición.* Disposición reglamentaria que ha sido infringida, flagrantemente, por la resolución que impugnamos, siendo así que no existe prueba alguna, peor documentada, de los supuestos incumplimientos del Consorcio; y más aún, conforme se dejó constancia, al referirnos a la falta de motivación del acto, en el considerando SEGUNDO de la precitada resolución, que se remite a un informe técnico, en forma paladina se acepta que ha criterio del resolutor, lo único que existe es "...claros indicios que llevaron a establecer que la contratista habría incurrido en el incumplimiento de las obligaciones contractuales que en él se detallan". Señores Ministros, como ya expresamos, no puede ser que un funcionario público, adopte una resolución de la importancia y magnitud, como la impugnada, basándose, únicamente en INDICIOS QUE LE LLEVAN A ESTABLECER, la existencia de supuestos incumplimientos. La forma reglamentaria transcrita, en forma clara y terminante dispone, que para adoptar la resolución de terminación anticipada y unilateral de un contrato, la máxima autoridad de la entidad contratante debe previamente comprobar en forma documentada la existencia de las causas enunciadas en dicha disposición, lo que no se ha dado en este caso, y lo que es más, esta inexistencia de comprobación, ha sido expresamente aceptada, por la autoridad que la adoptó, cuando, insistimos, expresa que lo que a su criterio existe no es más que indicios. El Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición, tomo II, al explicar el sentido del término indicio, dice: "Fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido. 2. Cantidad pequeñísima de algo, que no acaba de manifestarse como mensurable o significativa. Der. Aquellos que mueven e tal modo a creer una cosa, que ello sólo equivalen a prueba semiplena". Diccionario jurídico Anbar, Tomo IV, pag. 149; al referirse

al término indicio, para explicarlo cita a Eduardo Couture y a Arturo Orgaz, permitiéndonos transcribir a continuación, lo que al respecto, en su orden dicen: "*Objeto material o circunstancia de hechos que permite formular una conjetura y sirve de punto de partida para una prueba*". "*La prueba indiciaria es decir basada en indicios se usa con suma cautela y ecuanimidad por ofrecer peligro de yerros e injusticias*". Señores Magistrados, subyace con claridad, que el funcionario que adopto la resolución impugnada, lo hizo, sin la existencia de prueba de los supuestos incumplimientos, actuó sin comprobar documentadamente, como era su obligación, la existencia de los incumplimientos, que dice se han presentado; y, consecuentemente, la resolución impugnada, contraviene la norma reglamentaria mencionada. E).- Declaración. Declaramos bajo juramento que no hemos presentado otra acción de amparo constitucional sobre la misma materia y con el mismo objeto ante otro juez o tribunal. F). Petición concreta. Por todo lo expuesto, comedidamente solicitamos al Tribunal: - Que en la primera providencia que corresponde dictarse en este trámite, convocando a las partes a ser oídas en audiencia pública; y dada la inminencia de la amenaza y la gravedad del daño, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 49 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, se disponga la suspensión de los efectos del acto impugnado.- Que en la resolución que corresponde dictarse en este trámite, admitiendo la acción de amparo interpuesta, se disponga la suspensión definitiva del acto impugnado, y consecuentemente se ordene la ejecución inmediata de todas las medidas que consideren necesarias para remediar el daño o evitar el peligro sobre los derechos violados, todo al amparo de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Control Constitucional. El 6 de diciembre de 2006, ante los Magistrados y Secretario Relator de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, se ha realizado la Audiencia Pública, a la que han concurrido los accionantes representados por sus abogados defensores doctores Patricio Cordero y Ricardo Darquea; el Ing. Rafael Vélez Loja, Gerente General (e) de ETAPA con sus defensores doctores Paúl Cordero Farfán y Luis Peñafiel Garzón (accionados); y, el Dr. Santiago Abad, ofreciendo poder o ratificación del Delegado del Procurador General del Estado en Cuenca. Los accionantes, por medio de su abogado Dr. Patricio Cordero, ha expresado "*Nos hemos visto obligados a recurrir a este Tribunal solicitándoles la tutela por este acto arbitrario por parte de ETAPA y adopten las medidas necesarias para remediar este acto que nos causa grave daño, por ello que la acción de amparo es una acción adecuada que tutela los derechos de los particulares contra actos y acciones de los poderes públicos. Me refiero específicamente al oficio mediante el cual se nos comunica que se ha declarado unilateralmente terminado el contrato que dicho sea de paso no es el que se menciona en dicho oficio. El Art. 95 de la Constitución de la República y 46 de la Ley de Control Constitucional y que va a ser demostrado por mi parte.* Acto seguido esgrime los mismos fundamentos constantes en la demanda. La parte accionada, por intermedio de su defensor, Dr. Paúl Cordero Farfán quien ha manifestado "*lamentablemente hemos tenido que apresurar la defensa de esta acción de amparo, ya que hoy hemos sido notificados con esta acción, de allí que, hago mi exposición en defensa de ETAPA: En primer lugar un proceso precontractual que fue público y el Consorcio solicitó los documentos precontractuales e hizo las gestiones para que este contrato le sea adjudicado, y cuando se recibieron los informes de Contraloría y*

Procuraduría, los contratos en contratación Pública son todos un molde y así se suscribió el contrato con el Consorcio. ETAPA le entregó al Consorcio más de dos millones de dólares que debían ser destinados solamente a los fines del proyecto y que no se podía destinar a cualquier otro gasto que no sean los fines del proyecto; pero cuando se hace una auditoría se encuentra que se han hecho inversiones financieras que están prohibidas, han generado réditos con dineros del Estado, que son réditos ilegales no permitidos.- Esto no constaba así en la contabilidad, son cuentas por cobrar, lo que quedó evidenciado con el pago del impuesto a la renta: Primer incumplimiento del contrato.- En segundo lugar se hacen pagos por deuda que no existen, da lectura a una escritura pública que dice consta del proceso y que se trata de una sesión del derechos y acciones, de fecha 15 de julio del 2005, antes del anticipo de ETAPA, pero al Ing. Derlis Palacios le pagan de nuevo con dos cheques porcentajes de la participación cedida, y es decir con dinero de ETAPA se paga lo que no se debe.- es decir, se vuelve a incumplir el contrato, pero el mayor incumplimiento es que se debía comprar una serie de materiales entre estos una tubería de 23.5 Km. de varios diámetros, de acuerdo con los documentos precontractuales se exigió que estos materiales cumplan con las especificaciones establecidas en el contrato, luego se envía un oficio para la colocación de la tubería es decir enterrarle.- ETAPA va a verificar la tubería y ésta demuestra un aspecto deprimente y deterioro grande y se solicita que se presente al Consorcio los documentos de la tubería para verificar su calidad, se presentan documentos en copias simples, sin que se pueda hacer juicio de valor, que de todas maneras los funcionarios de ETAPA las revisan, y se determina que no es lo que contractualmente se determinó, por tanto ETAPA no podía recibir la tubería en esas condiciones y los señores del Consorcio dijeron que no pueden hacerlo; pero lo claro es que no corresponde a la tubería especificada en el contrato.- Se pide que la tubería sea examinada, pero no se entrega por parte del Consorcio la documentación necesaria para su comprobación ya que no hay como hacer el control y verificación respectivos, además que son tuberías de diferentes marcas, solicita se adjunten al proceso una serie de documentos, lo que es aceptado por el tribunal y se dispone que se agregue al proceso. en su intervención, el Abogado de ETAPA ha puntualizado "las cosas empiezan a salir a la luz, el acto que está siendo impugnado por esta acción de amparo, no es de maldad, los funcionarios de ETAPA han solicitado que se cumpla lo que se pactó y ETAPA ha comunicado sobre el particular a organismos como Contraloría, Procuraduría, además. ETAPA busca salvar el proyecto.- La decisión de ETAPA de declarar unilateralmente terminado el contrato con el Consorcio es apegada a la ley, y que este acto no es susceptible de amparo constitucional; solicita se agregue al proceso resoluciones del Tribunal Constitucional de las que se desprende que no es susceptible de amparo constitucional los contratos, por lo que se solicita se rechace el amparo constitucional intentado.- Se dice que el acto unilateral de terminación de contrato es ilegítimo: el debido proceso si se ha cumplido para así haber actuado ETAPA porque se presenta el momento en que se debe tomar una decisión en base de los informes que se presentan, los que son técnicos, económicos y jurídicos de contrato, cumpliendo con lo determinado en el Art. 105 de la Ley de Contratación Pública, obra del proceso la notificación respectiva para esta resolución por parte de ETAPA, es decir cumpliendo el debido proceso como dice

la ley, decisión que se corrobora con el Art. 115 del Reglamento de la Ley de Contratación Pública, es decir, hemos cumplido con el debido proceso y por ello hemos tomado la decisión que se impugna.- Pero teníamos que ejecutar las garantías, que no es más que recuperar el dinero entregado como anticipo por ETAPA y no es todo lo entregado, sino que es en base de renovaciones que se van actualizando en base de lo que se va cumpliendo en el contrato.- La ejecución de las garantías también es un acto establecido en la ley y por tanto no hay ilegitimidad en el acto sino que lo que hacemos es hacer cumplir lo que dice la ley.- todos los actos que se han realizado tienen amparo legal y constitucional. No hay violación a norma constitucional alguna, sino que se ha cumplido con el debido proceso y la empresa tuvo que tomar su decisión que así lo ha hecho.- el acto de terminación del contrato como se lo hecho, es porque parte de un contrato que proviene de la voluntad de las partes, por lo expuesto los accionantes no tienen un interés legítimo alguno, que si lo tiene ETAPA, porque está actuando en defensa de los ciudadanos de Cuenca, porque exige que se cumpla con las cláusulas precontractuales y contractuales.- Alego: 1. Ilegitimidad de personería activa e improcedencia de Procurador Común, negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho.- improcedencia de la acción porque no procede una acción de amparo contra actos contractuales, porque ellos conllevaría la violación del Art. 50 del Reglamento de Trámites del Tribunal Constitucional, las que se tendrán unas en subsidio de otras; solicita que se aplique al accionante la sanción descrita en el Art. 56 de la Ley de Control Constitucional.- al concederse la réplica al Dr. Patricio Cordero, defensor del Procurador Común de los accionantes, ha expresado: El acto impugnado es el acto emitido por el señor Gerente de ETAPA que por mandato del Art. 115 de la Ley de Contratación Pública se ha tratado de desvirtuar el acto administrativo con cosas que no se han dicho en el acto que se impugna ahora ya que no consta aquí y no se ha cumplido con el debido proceso, con la motivación y no se ha dicho ni el acto administrativo.- Al concederse la palabra al Dr. Paúl Cordero Farfán ha manifestado "que ya ha mencionado que la ley de Contratación Pública dispone que la entidad debe proceder con los informes técnicos, jurídicos, etc, así se lo ha hecho y no se ha violado el debido proceso por tanto si existe los informes de todos los temas que he tratado como causales para declarar unilateralmente terminado el contrato.- El Dr. Santiago Abad, en representación del delegado del Procurador General en Cuenca ha expresado "sí ha habido motivación en la resolución tomado por ETAPA, por ello que ETAPA ha cumplido con el debido proceso y disposiciones contractuales para dar por terminado unilateralmente el contrato y procedió con el trámite que manda el Art. 105 de la Ley de Contratación Pública.- El Ing. Jorge Rafael Vélez Loja, Gerente General (e), de EPATA, reiterando lo expresado en audiencia pública, expresa: 1.- Comenzaremos aclarando los hechos que motivan esta ilegítima acción de amparo: La resolución de terminación anticipada y unilateral de contrato suscrito entre ETAPA y el Consorcio Yanuncay el 30 de agosto del 2005, tienen su origen en acto bilateral de carácter administrativo, al cual no concurrieron las partes coaccionados u obligados en forma ilícita; sino que lo hicieron con motivo de una convocatoria pública a un proceso licitatorio, efectuada en varios medios de comunicación nacional y local, de manera que los actores concurrieron con este proceso de forma voluntaria y poniendo todo su empeño en conseguir la

adjudicación de este contrato. En cuanto a las cláusulas contractuales, los actores conocieron de su contenido desde el momento mismo en que por su omnímoda y libre voluntad concurren a inscribirse en el proceso y recibieron las bases en las que consta el proyecto de contrato, de manera que el deseo de vincularse contractualmente no obedece a presiones legales de ningún tipo, sino al ejercicio de las garantías constitucionales de libertad de trabajo, empresa y contratación; pero, desde luego, con sujeción a la Ley por tanto, resulta improcedente la pretensión de los actores de que ETAPA prepare contratos de acuerdo a la convivencia de los intereses del adjudicatario, violando el derecho a la igualdad que les asiste a todos los participantes en estos procesos y, además, infringiendo el derecho a la seguridad jurídica; pues, con base en estos procesos, cada participante conoce con todo detalle las condiciones legales y contractuales. Suscrito el contrato a plena satisfacción de las partes, ETAPA entregó un anticipo, que con el respectivo reajuste ascendió a la "poco importante" suma de US\$ 2'583.914,42, para que el contratista dé inicio a la ejecución de los trabajos contratados y a que estos dineros sean utilizados única y exclusivamente en la ejecución de la obra, prohibiéndose expresamente en la cláusula sexta del contrato que esos dineros público, provenientes de un préstamo por el cual ETAPA debe pagar los correspondientes intereses, se destinen a fines ajenos al proyecto, tales como inversiones financieras, etc. Pero, luego de haberles auditado la contabilidad del proyecto, conforme a la cláusula sexta del contrato y a la facultad conferida por la ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, ahora nos enteramos que lo primero que ha hecho el Consorcio es utilizar parte de dicho dinero, justamente en lo expresamente prohibido, es decir, en inversiones financieras, realizadas tanto en el banco Internacional, como en VASCORP, las que generaron rendimientos financieros por US\$ 85.312,88, CONFORME PUEDE VERIFICARSE del informe de auditoría, que debidamente certificada presento, y con el cual queda demostrado sin lugar a dudas este inobjetable incumplimiento contractual y mal uso del anticipo; a lo cual hay que agregar que en la contabilidad del Consorcio Yanuncay no vamos a encontrar los asientos contables correspondientes a tales inversiones financieras, sino como cuentas por cobrar, irregularidad que queda después descubierta con la declaración del pago del impuesto a la renta del Consorcio, en donde no se pudo ocultar el pago de los impuestos por los rendimientos financieros que tales inversiones les generó, desde luego, con total violación de lo pactado en el contrato.- El mal uso del anticipo no queda allí; pues, ocurre que una vez que el Consorcio Yanuncay dispuso del anticipo, se efectúan pagos por deudas que no tienen, como ocurre en el caso del ex integrante del Consorcio Ing. Derlis Palacios Guerrero, que paso a describir. Los porcentajes de participación inicial en los resultados de los socios del Consorcio variaron cuando el Ing. Derlis Palacios Guerrero, socio del Consorcio decide ceder en forma proporcional sus participaciones en venta real y efectiva a los demás socios del Consorcio por el precio de US\$ 100,00, declarando excedente en la cláusula cuarta de la escritura pública de sesión de derechos otorgada el 15 de julio del 2006 a su entera satisfacción. Pero a pesar de lo dicho, posteriormente el Consorcio cancela US\$ 35.000,00 por las que se pagan con recursos de la cuenta corriente No. 8000039050 del Banco Internacional y cuyo titular es el proyecto Yanuncay, conforme se desprende del cheque No. 69 girado por el importe de US\$ 20.000,00 y respaldado

con el comprobante de egreso EGR-0065, del 12 de octubre del 2005 y del cheque No. 315 por US\$ 15.000,00 y respaldado con el comprobante de egreso EGR-297 de octubre 15 de 2005 al respecto, el Consorcio, mediante oficio 314-CCY, del 9 de noviembre del 2006 aclara que este desembolso se encuentra contabilizado como "anticipo" a socios, razón por la cual este valor es exigible y no se considera como un gasto para el Consorcio. Pero, nos preguntamos ¿Exigible a qué socio? Si el Ing. Palacios a esa fecha ya no era socio. Pero el mayor incumplimiento, en cuanto a su monto está dado por la adquisición de diversos materiales, entre los cuales se incluye una tubería de hierro dúctil de varios diámetros y por una longitud de 23,5 Km. adquisición que se la realiza con total prescindencia de las especificaciones técnicas previstas en los documentos precontractuales que forman parte del contrato, y de toda la documentación y promesas de cumplimiento que fueron hechas por el Consorcio. Continúa expresando "tales incumplimientos no consisten en el mero aspecto de la tubería, el cual por cierto deja mucho que desear, como se aprecia en las muestras fotográficas que presento, y que dan cuenta de una tubería impropia para un sistema de agua potable para la ciudad de Cuenca. Los incumplimientos radican en que las especificaciones técnicas exigen que la tuberías dispongan de un marcado especial, que permita identificar una serie de características propias de la tubería, como son aquellos relativos a conocer de los procesos de producción seguidos o empleados en su fabricación, y consecuentemente de los procesos de control de calidad. Asimismo, con base en el marcado y la documentación de respaldo de los procesos de fabricación, se permite posteriormente verificar que la tubería a entregarse corresponde a determinada fábrica, fecha de producción, calidad de los materiales, etc., obligaciones contractuales que el Consorcio reconoció y aceptó y valoró su importancia cuando no sólo durante el proceso de contratación, si no al momento mismo de solicitar el cambio de fabricante de la tubería y durante el supuesto proceso de fabricación de tales materiales ratificó que las cumpliría. Sin embargo, una vez llegada las tuberías en el mal estado en el que llegaron, el Consorcio Yanuncay no ha presentado un documento legalmente traducido y certificado el respectivo agente diplomático, consular o apostilladas, que acredite el cumplimiento de las especificaciones técnicas antes referidas. Al contrario, cuando llega la tubería, lo primero que solicita es permiso para "enterrarla" sin antes someterla al más elemental proceso de verificación de su estado y menos del cumplimiento de las especificaciones técnicas seguramente para pretender, vanamente, ocultar las deficiencias de estos materiales y las incoherencias respecto de las marcas y fechas de fabricación las que no corresponden a lo autorizado por ETAPA. A todo lo cual se suma la carencia de garantías debidamente emitidas y lo que es peor a la presentación de copias simples que quieren hacer aparecer como garantías en las que primero se refieren a un determinado fabricante y luego a otros y, hasta tuberías de marcas invisibles. Estos son pues los fundamentos que le llevaron a ETAPA a hacer uso de su facultad legal y contractual de terminar un contrato por los incumplimientos claramente demostrados y atribuibles al Consorcio Yanuncay, y a esta resolución, emitida con apego a la ley y al contrato se la impugna mediante esta mal utilizada acción de amparo, la que como se expresa a continuación, carece de todo fundamento legal.- La resolución adoptada por la gerencia de general de ETAPA para la terminación anticipada y unilateral del contrato que obra de autos, de

ninguna manera constituye un acto ilegítimo ni arbitrario, peor aún violatorio de hechos y garantías consagrados en la Constitución Política de República, que pueda causar o amenace con causar daño a los accionados, pues la resolución adoptada es total y absolutamente apegada a la ley; es decir, goza de legalidad, y ha sido dictada cumpliendo con el debido proceso y por una autoridad administrativa competente, en uso de las prerrogativas que le confiere la ley. La resolución no es un acto administrativo como se lo pretende calificar, sino que proviene de un contrato administrativo, en donde existió la plena concurrencia de voluntades contractuales, voluntad que se manifestó de parte del contratista, primero, con la aceptación de las condiciones precontractuales al haber presentado su oferta para participar en el concurso y luego al haber suscrito el contrato. El disponer que la resolución se comunique a la Contraloría General del Estado está sustentado en lo dispuesto en los Arts. 31, num. 17 de la ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 112 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, 115 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, y, 12 del Reglamento Sustitutivo para Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción, por tanto ¿Dónde el acto ilegítimo? Si está amparado en todas estas normas legales. El disponer la ejecución de garantías, no causa daño, porque contractualmente se convino la ejecución de las garantías por las causas y según el trámite estipulado de mutuo acuerdo, luego, tampoco hay daño al solicitar la ejecución de la garantía del buen uso del anticipo, porque si el material adquirido no cumplió con lo ofrecido, tendrán que iniciar las acciones legales en contra de quienes les vendieron y por tanto deberán recuperar esos valores, de allí que de parte de ETAPA estamos evitando un perjuicio y recuperando lo que no es de ellos, sino de ETAPA, lo cual también tiene su sustento legal en el Art. 105 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, y no puede sostenerse que el disponer esta medida para precautelar los intereses de la Empresa y de la ciudad frente a la inminencia de un grave daño y peor aun de violación de los derechos constitucionales que se anotan, me pregunto a que libertad de empresa, libertad de trabajo y libertad de contratación se está atentando, no será que los miembros del Consorcio se quieren amparar en argucias legales para evitar un registro que les impedirá contratar por cuatro años, pero esta sanción legal no es una afección a derechos constitucionales, sino mas bien una sanción que impone la ley a contratistas que incumplen contratos, causando perjuicios al Estado, como lo anotaremos mas adelante. El comunicar la resolución a la Contraloría General del Estado y disponer la ejecución de las garantías, no solo es un derecho, sino mas aun, una obligación consagrada en la propia ley. Como se puede hablar de falta de motivación de una resolución que se ampara en normas legales expresamente establecidas en informes técnicos, económicos y jurídicos, que han sido puestos en conocimiento del contratista y quien los ha conocido y contestado dentro del termino legal concedido, pero sin que los haya podido rebatir ni justificar los incumplimientos constantes en tales informes. Como puede sostener el accionante que la Resolución de terminación anticipada y unilateral del contrato viola el inciso segundo del Art. 105 de la Ley de Contratación Pública, cuando conoce perfectamente que ETAPA no ha incurrido en mora alguna; pues el hecho de haberse demorado en la entrega de terrenos, no es mora, peor aún si el Consorcio en ellos

inició trabajos para la construcción de los tanques contratados que han sido planillados y cobrados; además la demora de ETAPA fue compensada con la ampliación del plazo total del contrato concedida al Consorcio, jamás el Consorcio declaró en mora a ETAPA como para que se pretenda confundir a la Sala con argumentos carentes de valor. Argumentar que esa afirmación consta en la infundada e improcedente demanda por ellos planteada no significa mora de mi representada, peor aún si fue citada luego de que ellos fueron notificados conforme los Arts. 105 de la Ley de Contratación Pública y 115 de su Reglamento y peor aún si al final del inciso segundo de la ley, se establece que “la entidad contratante podrá dar por terminado un contrato, aunque exista pendiente de resolución, un reclamo judicial o administrativo”. Por otra parte, cómo puede decirse que no se ha considerado la amortización del anticipo, cuando el propio consorcio ha presentado 5 ampliaciones de vigencia con montos cada vez reducidos, precisamente porque el anticipo se ha ido devengando. Sostener que se ha infringido el Art. 115 del Reglamento de la Ley de Contratación Pública y decir que no hay prueba alguna y peor documentada de los incumplimientos, es algo inadmisibles cuando ellos mismo, conforme consta de las comunicaciones que presento, reconocen expresamente que una parte de la tubería debe ser sometida a un proceso de reparación y que no toda la tubería sino una parte debe ser desechada; además el Consorcio recibió el informe de auditoría en el que claramente se determina un mal uso del anticipo, informe que fuera realizado con base en la cláusula sexta del contrato y de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 2 letras a) y b) de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, debiendo además indicar que, conforme a este mismo cuerpo legal, presentamos la correspondiente denuncia ante la Defensoría del Pueblo, para que ejerza sus funciones de defensa de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza, como corresponde a los consagrados en el Art. 23 numerales 7 y 20 y las garantías constitucionales establecidas en el Art. 92 a favor de los consumidores, pues, éste contrato conlleva la instalación de un sistema para la provisión de agua potable para un amplio sector de nuestra ciudad. Como, la resolución impugnada por el Consorcio no constituye un acto administrativo unilateral sino que ha sido dictada en aplicación estricta de la ley, de un contrato legalmente celebrado con todas las solemnidades exigidas en las normas legales pertinentes y suscrito por voluntad de las partes, de tal manera que las dos partes se someten a las mismas normas legales y al mismo contrato, por lo que el contratista sabe a qué disposiciones se sujetó y conoció las consecuencias que le ocasionarían los incumplimientos. Los accionantes no tienen ningún interés legítimo pues el único interés que les anima es perjudicar a la empresa (ETAPA) y a la ciudadanía al pretender instalar una tubería que no cumple las exigencias ni precontractuales ni contractuales, que se desconoce su origen, su fabricación, que presenta condiciones que hasta podrían afectar la prestación de servicio de agua potable a los habitantes del cantón cuando la ley obliga a que los servicios públicos, como el de provisión de agua potable sean de óptima calidad y ¿cómo se puede garantizar esta calidad con una tubería como la adquirida por el Consorcio? Por lo expuesto alego las siguientes excepciones: 1. Ilegitimidad de personería activa, e improcedencia de la designación de procurador común. Subsidiariamente alego: 2. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho. 3. Improcedencia de la acción, por cuanto no puede prosperar una acción de

amparo contra actos de naturaleza contractual conforme al num. 6 del Art. 50 del Reglamento de Trámites de Expedientes del Tribunal Constitucional. 4. Falta del derecho del accionante, por cuanto no existe violación de derecho constitucional alguno que ampare una acción de esta naturaleza. El 8 de diciembre del 2006 los Ministros de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Cuenca han dictado su resolución, negando por improcedente la acción de amparo constitucional conducido por el Ing. Homero Aurelio Torres Andrade, Gerente General y Representante Legal de la Compañía; Ing. Homero Torres Ochoa Cía. Ltda.; Ing. Pablo Guillermo Ochoa Maldonado por sus propios derechos; Ing. Guillermo Patricio Córdova Córdova, por sus propios derechos; y Haybor Fernando Molina Santos, Gerente General y Representante Legal de la Cía. Ltda., como integrantes del Consorcio Yanuncay en contra de la empresa pública municipal ETAPA de Cuenca; resolución que, por el recurso de apelación presentado y concedido a los accionantes y por los que dentro del término ha presentado el Gerente de ETAPA y el Director Regional de la Procuraduría General del Estado; por el sorteo de ley se ha radicado la competencia en esta Sala, la misma que previo a resolver formula las siguientes

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La Sala es competente para conocer y resolver el presente caso de conformidad con lo que dispone el artículo 276, número 3, de la Constitución Política de la República. **SEGUNDA.-** La acción de amparo procede, entre otros aspectos, ante la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: a) que exista un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública; b) que el acto viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, convenio o tratado internacional vigente; c) que el acto u omisión de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También procede el amparo constitucional ante actos de particulares que prestan servicios públicos o por conductas de particulares que afecten grave y directamente un interés comunitario, colectivo o derecho difuso. En el caso que nos ocupa las razones por las que ETAPA ha adoptado la decisión unilateral de dar por terminado el Contrato celebrado el 30 de agosto de 2005, con el Consorcio YANUNCAY, constan en los considerandos de la resolución emitida; una de esas razones se justifica por sí sola, a fojas 558 del proceso aparece el Of. de 27 de julio de 2006 remitido por el Superintendente del Consorcio YANUNCAY al Director de Fiscalización de la obra, en torno a la tubería de hierro dúctil para conducción del agua tratada, en cuyos numerales 2, 3, 4 y 5 acepta de que “la tubería en malas condiciones que no podría ser usada, es mínima, asunto éste que se constató en el recorrido realizado el 26 de julio tanto a las bodegas de Machala y en el tramo Planta-Barabón con la presencia de funcionarios de ETAPA, Fiscalización, Contratista y Proveedores Este hecho redundando en que el caso es de naturaleza contractual que no debe ser resuelto por la vía del amparo”. **TERCERA.-** Un acto es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, que no se lo haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación, por lo tanto, el análisis de legitimidad del acto impugnado no se basa solo en el estudio de competencia, sino también de su forma, contenido, causa y objeto. De la revisión de los cinco

cuerpos de que consta el proceso, la Sala no encuentra: a) Existencia de un acto u omisión ilegítimos que se pueda atribuir a la Gerencia General de la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca “ETAPA” en referencia al Contrato ni a la Declaratoria anticipada y unilateral de terminación del Contrato para la Construcción del Proyecto YANUNCAY para la Segunda Etapa de los Planes Maestros de Agua Potable para la Ciudad de Cuenca, Grupo II: Líneas de conducción de agua tratada en diámetros entre 700 y 150 mm; Construcción de cuatro (4) Centros de Reserva de 5000 (Baños), 4500 (Narancay), 2500 (San Miguel de Putushí) y 1500 (San Joaquín Alto) metros cúbicos e interconexión con tanque a construirse; b) Que la declaratoria adoptada por la gerencia General de ETAPA de Cuenca en torno al Contrato mencionado en el lit. anterior, tampoco viola ningún derecho o garantía constitucional, ni lesiona norma o disposición de convenio o tratado internacional, y, c) No hay violación a garantía constitucional o a disposición de pacto, tratado o convenio internacional de cuyo acto u omisión provenga amenaza de causar daño grave; como tampoco se ha encontrado falta de motivación, al contrario, las razones de incumplimiento del contrato por parte del Consorcio Yanuncay, son múltiples, asunto que no es competencia de esta Sala analizarlo. **CUARTA.-** Es pretensión de los accionantes que “en la primera providencia que corresponda dictarse en este trámite. . . dada la inminencia de la amenaza y la gravedad del daño, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 49 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, se disponga la suspensión de los efectos del acto impugnado” y que “En la resolución que corresponda dictarse en este trámite, admitiendo la acción de amparo interpuesta, se disponga la suspensión definitiva del acto impugnado, y consecuentemente se ordene la ejecución inmediata de todas las medidas que consideren necesarias para remediar el daño o evitar el peligro sobre los derechos violados, todo al amparo de lo dispuesto en el Art. 51 de la Ley Orgánica de Control Constitucional”. Al respecto cabe precisar que no habiéndose demostrado lesión a derecho o garantía constitucional ni a norma alguna de tratado o convenio internacional, no procede atender el pedido de los accionantes. **QUINTA.-** La primera constatación que se deriva de la revisión del presente caso, es de que se trata de una cuestión esencialmente civil: la aplicación de un contrato celebrado por las partes, siendo una de ellas una Empresa Municipal creada para la gestión y dotación de servicios requeridos por la comunidad: Agua potable, alcantarillado, telecomunicaciones y Saneamiento. De conformidad con nuestra normativa constitucional y atenta la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, no cabe acción de amparo en contra de un acto de terminación unilateral de contrato; así lo establece el numeral 6 del Art. 50 del Reglamento de Trámite de Expedientes del Tribunal Constitucional, publicado en el Registro Oficial No. 492 de 11 de Enero de 2002, que textualmente dispone “Art. 50.- *Improcedencia de la acción.- No procede la acción de amparo y, por tanto, será inadmitida, en los siguientes casos: . . . 6) Respecto de actos de naturaleza contractual o bilateral*”. Por las consideraciones que anteceden, la Segunda Sala, en ejercicio de sus funciones,

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la resolución expedida por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Cuenca el 8 de diciembre del 2006; y, en consecuencia por improcedente, negar el amparo solicitado por los integrantes del Consorcio YANUNCAY.
- 2.- Remitir el expediente al Juez de origen para el cumplimiento de los fines legales.- NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE.

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente Segunda Sala.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Magistrada Segunda Sala.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Magistrado Segunda Sala.

RAZÓN.- Siento por tal que la resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional a los cinco días del mes de noviembre del año dos mil siete.-
LO CERTIFICO.-

f.) Ab. Robert Córdova Cun, Secretario Segunda Sala (E), Tribunal Constitucional.

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretario de Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 0324-2007-RA

CASO No. 0324-2007-RA

**SEGUNDA SALA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

ANTECEDENTES:

Laura Hortensia del Pozo Pasquel, por sus propios derechos, y fundamentada en el artículo 95 de la Constitución Política y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional interpone acción de amparo constitucional en contra del Dr. Ernesto Díaz Jurado, en su calidad de Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; ante el Juez Octavo de lo Civil de Pichincha, en los siguientes términos: Expresa que la Resolución del Director General del IESS, inobserva el principio de juridicidad y viola su derecho subjetivo al trabajo, al disponer su destitución luego de haber laborado más de veinte y siete años consecutivos sin que jamás haya sido observada su conducta laboral. En base a un sumario administrativo instaurado para investigar y sancionar un supuesto cobro de dineros, sin autorización del IESS en las ventanillas 17, 18, 19 y 20 de la Planta Baja del Edificio Matriz, correspondiente al Departamento de Historia Laboral, en las que jamás laboró un solo minuto, se dispone su destitución, sin un mínimo análisis, pues se le sanciona por hechos que no se le pueden atribuir, puesto que sus labores fueron extra

ventanilla, por lo que no conoció el cobro de diez centavos de dólar y por ende no se benefició de dinero alguno. Los fundamentos fácticos o de hecho no son enunciados en la resolución y que curiosamente, lo único que hace es acoger el dictamen emitido por la Lcda. Ana Cevallos Delgado, Subdirectora de Recursos Humanos del IESS, lo cual es inconstitucional e ilegal, pues atenta contra la garantía del debido proceso; además que inobserva lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución. La resolución le genera un daño inminente grave, pues al haber sido destituida deja de percibir sus ingresos que le permite una subsistencia digna y decorosa. En la audiencia pública llevada a efecto en el Juzgado de instancia, la parte recurrida en lo principal alega: Que entre las atribuciones y deberes del Director General del IESS contempladas en el literal g) del artículo 32 de la Ley de Seguridad Social esta la de "Nombrar, promover, sancionar y remover al personal del Instituto, de conformidad con las leyes y reglamentos sobre la materia". De conformidad con la Sección V del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa en el sumario administrativo seguido en contra de la recurrente se ha respetado los procedimientos legales, garantizando las normas del debido proceso y el derecho a la defensa. Recomienda se tome en cuenta la documentación que obra del expediente, pues de ella se desprende que la destitución de la actora es motivada y sin violación al debido proceso, sin que exista acto ilegítimo que le cause daño inminente. Solicita que por improcedente, se rechace el amparo. La Jueza Octava de lo Civil de Pichincha resuelve conceder la acción de amparo propuesta. Decisión que es apelada ante el Tribunal Constitucional. Radicada en la competencia en la Segunda Sala por el sorteo de rigor, para resolver se realizan las siguientes,

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- El Tribunal Constitucional, de acuerdo con los artículos 95 y 276 numeral 3 de la Constitución Política de la República, es competente para conocer y resolver en este caso; **SEGUNDA.-** No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente caso, por lo que se declara su validez; **TERCERA.-** La acción de amparo procede con el objeto de adoptar medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública que viole cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente y que de modo inminente amenace con causar un daño grave. También se podrá interponer contra los particulares cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. **CUARTA.-** Es pretensión de la recurrente, se suspenda los efectos del acto administrativo de 11 de Julio del 2006, suscrito por el Dr. Ernesto Díaz Jurado, Director General del IESS, mediante el cual, se le destituye del cargo de Oficinista Grado Q25 del Departamento de Afiliación y Control Patronal de la Dirección Provincial del IESS de Pichincha. **QUINTA.-** De la lectura y revisión de las piezas procesales que se adjuntan al proceso, y particularmente del estudio del sumario administrativo incoado en contra de la recurrente, se tiene que el mismo tuvo como antecedente los oficios Nos: 040-SS-AG-IESS-DA-5 y 019-SS-AG-IESS-DA-5, de 8 y 21 de Febrero del 2006, suscritos por la Ing. C.P.A. Sonia M. Sierra A., Auditora Jefe de Equipo de la Contraloría General del Estado; el No. 13001700-044 de 13 de Febrero del 2006, suscrito por el Dr. Marcelo Ortega Rodríguez,

Director Provincial del IESS; el No. 62100000-1841-PD de 27 de Marzo del 2006, emitido por la Lcda. Ana Leyla Cevallos Delgado, Subdirectora de Recursos Humanos; de los cuales se desprende presuntas irregularidades cometidas por empleados de las ventanillas 17, 18, 19 y 20 de la Planta Baja y Primer Piso del Edificio Matriz, correspondiente al proceso de Historia Laboral y que hacen relación al cobro de diez centavos de dólar por el servicio de impresión de mecanizados de aportes, claves de afiliados y claves de empleadores, entre las que cuenta, la compareciente (fojas 202). Iniciado el sumario administrativo conforme las formalidades que dispone la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCCA, y una vez concluido éste, se establece de manera clara la existencia de irregularidades relativas al indebido cobro, valores que no se llegaron a depositar en la Tesorería del IESS, ni se ha justificado el destino de aquellos. Conforme el contenido de los oficios No. 13111700-0301 de 10 de Abril del 2006, donde la Jefa del Departamento de Afiliación y Control Patronal del IESS, eleva un informe complementario detallado y pormenorizado en torno a los hechos investigados, determinó que la recurrente laboró en las ventanillas desde el 22 de Agosto al 4 de Septiembre del 2005; el No. 13111700.0323 de 18 de Abril del 2006, suscrito por la misma Funcionaria en que se ratifica en que la Sra. Laura del Pozo Pasquel, laboró en las ventanillas en el período mencionado; y, el No. 62100000-5148-PD, de 10 de Julio del 2006, en que la Subdirectora de Recursos Humanos remite a la autoridad nominadora el expediente contentivo del sumario administrativo con el respectivo dictamen en el que se recomienda su destitución al haber infringido los literales a), b), d), e) y h) del artículo 24 en concordancia con los literales k) y l) del artículo 26 de la LOSCCA; lo cual a la vez, encuadra en la causal de destitución determinada en el literal i) del artículo 49; y 122 *ibídem*; evidencian la vinculación de la recurrente, con los hechos relatados motivo de la sanción. **SEXTA.-** Un acto de autoridad es ilegítimo, cuando ha sido dictado por autoridad que no tiene competencia para ello, o teniéndola no ha observado los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico, o cuando su contenido es contrario a dicho ordenamiento, o ha sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o la debida motivación. **SEPTIMA.-** Conforme el literal g) del artículo 32 de la Ley de Seguridad Social, es atribución del Director General del IESS "*Nombrar, promover, sancionar y remover al personal del Instituto, de conformidad con las leyes y reglamentos sobre la materia*" En consecuencia, el acto de destitución a más de cumplir con las formalidades y exigencias de las normas de la Constitución determinadas en el numeral 27 del artículo 23 y numeral 10 del artículo 24 y que hacen referencia al debido proceso y ejercicio del derecho a la defensa, respectivamente, se ha cumplido con las formalidades propias del régimen al cual esta sujeta la recurrente, concretamente las disposiciones de la Ley y Reglamento de Servicio Civil y Carrera Administrativa, tal cual se desprende del sumario administrativo que obra del proceso; acto que además, ha sido ordenado y sancionado por autoridad competente, tal es el caso del Director General del IESS, sobre la base del dictamen emitido por la Subdirectora de Recursos Humanos de la misma Institución, quien acorde con el mandato constitucional determinado en el numeral 13 del artículo 24 de la Carta Política, de manera motivada recomienda la destitución de la recurrente; evidenciando con ello, una actuación que a más de legal, es

legítima; no viola como queda demostrado derecho constitucional alguno de los referidos en la demanda y tampoco ocasionan inminente daño grave. Por lo expuesto, la acción planteada no reúne los requisitos de admisibilidad determinados en el artículo 95 de la Constitución Política y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional. La Segunda Sala en ejercicio de sus atribuciones.

RESUELVE:

1.- Revocar la resolución adoptada por la Jueza Octava de lo Civil de Pichincha; y, en consecuencia, negar el amparo solicitado por Laura Hortensia del Pozo Pasquel; y, 2.- Devolver el expediente al Juez de origen para los fines contemplados en el artículo 55 de la Ley del Control Constitucional; **NOTIFIQUESE y PUBLIQUESE.**
f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Magistrada.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Magistrado.

RAZÓN: Siento por tal que la resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional el día de hoy veinte y nueve de octubre del dos mil siete.- Lo Certifico.-

f.) Abg. Espec. Robert Córdova Cun, Secretario de Sala (E).

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretario de Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 0361-2007-RA

CASO No. 0361-2007-RA

SEGUNDA SALA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ANTECEDENTES:

Carlos Marcelo Ayala Nicolalde, por sus propios derechos, y fundamentada en el artículo 95 de la Constitución Política y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional interpone acción de amparo constitucional en contra del Dr. Ernesto Díaz Jurado, en su calidad de Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; ante el Juez Primero de lo Civil de Pichincha, en los siguientes términos: El acto administrativo que se impugna es la resolución de 06 de Julio del 2006, dictada por el Dr. Ernesto Gregorio Díaz Jurado, Director General del IESS, en un expediente administrativo mal llevado, por medio del cual se ordena la destitución del cargo de Oficinista Q23 del Departamento de Afiliación y Control Patronal de la Dirección Provincial del IESS de Pichincha, por haber supuestamente infringido los literales a), b) d), e) y h) del artículo 24 y por encontrarse incurso en los literales k) y l) del artículo 26 de la LOSCCA. Con fecha 6 de Febrero del

2006, mediante oficio No. 13001700-028, el Dr. Marcelo Hernán Ortega Rodríguez, Director Provincial de Pichincha del IESS, solicitó al Dr. Manolo Rodríguez, Subdirector de Servicios al Asegurado, un informe respecto de que en reiteradas ocasiones había recibido la Dirección Provincial comentarios de afiliados sobre cobros de diez centavos de dólar en las ventanillas 17, 18, 19 y 20 de la Planta Baja del Edificio Matriz, al igual que el pago de diez centavos en su Primer Piso. Con fecha 8 de Febrero del 2006, la Ing. CPA Sonia Sierra, Auditor Jefe de Equipo de la Contraloría General del Estado, comunica a la Dirección Provincial de Pichincha del IESS, que: "para efecto de su trabajo en la auditoría de gestión, que está realizando, ha evidenciado el cobro de 10 centavos en las citadas ventanillas, ante lo cual le he manifestado que he pedido ya los respectivos informes a las áreas pertinentes...". Que con oficio No. 13001700-044 de 13 de Febrero del 2006, el Dr. Marcelo Ortega Rodríguez, Director Provincial de Pichincha del IESS, solicitó a la Lcda. Ana Leyla Cevallos Delgado, Subdirectora de Recursos Humanos, en base a lo expuesto, que disponga en forma inmediata una investigación administrativa para determinar responsabilidades y generar sanciones de ser el caso. Con Oficio 62100000-1841-PD de 27 de Marzo del 2006, la Subdirectora de Recursos Humanos presenta al Director General un informe en el cual recomienda iniciar un sumario administrativo en contra de varias personas, entre las que cuenta el recurrente porque supuestas infracciones a la LOSCCA. En la tramitación procesal de este inconstitucional sumario administrativo se han violado garantías fundamentales de las personas como la presunción de inocencia a lo que señala que se inicia un sumario administrativo en presunción de que varias personas habrían recibido la cantidad de diez centavos de dólar por parte de los afiliados, en base de esa presunción se les destituye y luego se denuncia a la Fiscalía para que se inicien las investigaciones. Esta violación, no solo que perjudica sus intereses laborales sino que le pone como culpable de un delito que no ha cometido, sin que se haya iniciado la Instrucción Fiscal en su contra. Se viola la garantía consagrada en el numeral 27 del artículo 23 de la Constitución atinente al debido proceso pues en la tramitación procesal se ha violentado el procedimiento, particularmente a lo dispuesto en los artículos 78 y 79 del reglamento a la LOSCCA, en tanto la Subdirectora de Recursos Humanos presenta un informe al mes y medio de establecido en la norma, cuando tenía el término máximo de tres días para hacerlo, lo que en sí conlleva la nulidad y que jamás fue declara por la entidad pese a sus pedidos; adicionalmente, no se consideró la prueba documental aportada por su parte; mientras que la prueba pedida y actuada por parte del IESS, fue evacuada en su totalidad, pero jamás se le corrió traslado con la misma, conculcando su derecho a la legítima defensa; adicionalmente, se violó la garantía constitucional consagrada en el numeral 16 del artículo 24 de la Constitución que establece que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa; en el presente caso, se le sanciona con destitución por parte del IESS y en la Fiscalía por el delito de concusión. Por lo expuesto, solicita la suspensión de los efectos de la resolución de 6 de Julio del 2006 y se le reintegre de manera inmediata e incondicional a su lugar de trabajo y se cancele todos los haberes adeudados por el IESS. En la audiencia pública llevada a efecto en el Juzgado de instancia, la parte recurrida en lo principal alega: Entre las atribuciones y deberes del Director General del IESS determinadas en el literal g) del artículo 32 de la Ley de Seguridad Social esta la de nombrar, promover, sancionar y

remover al personal del IESS. Dentro del sumario administrativo consta el decreto del Director General del IESS, autoridad nominadora, quien acogiendo el dictamen emitido por la Subdirectora de Recursos Humanos del IESS constante en Oficio 62100000-3889-PD de 28 de Junio del 2006 y en forma motivada dispone la destitución del recurrente al haber infringido los literales a), b), d), e) y h) del artículo 24 y por encontrarse incursa en los literales k) y l) del artículo 26 y 122 de la LOSCCA. El acto administrativo que impugna no esta inmerso en ninguna de las causales previstas en el artículo 95 de la Constitución. El acto de destitución ha sido legal y constitucional sin violación al debido proceso y derecho a la defensa, por lo que solicitan se rechace la acción propuesta. El accionante al creerse lesionado en sus derechos debió concurrir mediante juicio contencioso administrativo y no mediante este improcedente recurso de amparo. Por lo tanto, queda demostrada la inexistencia de acto ilegítimo, el mismo que no ha causado daño grave e inminente. Solicita se rechace la presente acción. El Juez Primero de lo Civil de Pichincha resuelve aceptar la acción de amparo propuesta. Decisión que es apelada ante el Tribunal Constitucional. Radicada la competencia en la Segunda Sala por el sorteo de rigor, para resolver ser realizan las siguientes,

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- El Tribunal Constitucional, de acuerdo con los artículos 95 y 276 numeral 3 de la Constitución Política de la República, es competente para conocer y resolver en este caso; **SEGUNDA.-** No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente caso, por lo que se declara su validez; **TERCERA.-** La acción de amparo procede con el objeto de adoptar medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública que viole cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente y que de modo inminente amenace con causar un daño grave. También se podrá interponer contra los particulares cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. **CUARTA.-** Es pretensión del recurrente, se deje sin efecto el acto administrativo contenido en la resolución dictada por el Director General del IESS de 6 de Julio del 2006, mediante la cual se le destituye del cargo de Oficinista Q 23 del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y se le reintegre de manera inmediata a su lugar de trabajo cancelándole todos los haberes adeudados por parte de la referido Instituto. **QUINTA.-** Del estudio y revisión de las piezas procesales que se adjuntan al proceso, y particularmente del estudio del sumario administrativo incoado en contra del recurrente, se tiene que el mismo tuvo como antecedente los oficios No. 040-SS-AG-IESS-DA-5, de 21 de Febrero del 2006, suscritos por la Ing. C.P.A. Sonia M. Sierra A., Auditora Jefe de Equipo de la Contraloría General del Estado; el No. 13001700-044 de 13 de Febrero del 2006, suscrito por el Dr. Marcelo Ortega Rodríguez, Director Provincial del IESS; y, No. 62100000-1841-PD de 27 de Marzo del 2006, emitido por la Lcda. Ana Leyla Cevallos Delgado, Subdirectora de Recursos Humanos; de los cuales se desprende presuntas irregularidades cometidas por empleados de las ventanillas 17, 18, 19 y 20 de la Planta Baja y Primer Piso del Edificio Matriz, correspondiente al proceso de Historia Laboral y que hacen relación al cobro

de diez centavos de dólar por el servicio de impresión de mecanizados de aportes, claves de afiliados y claves de empleadores. Iniciado el sumario administrativo conforme las formalidades que dispone la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCCA, y una vez concluido éste, se establece de manera clara la existencia de irregularidades relativas al indebido cobro, valores que no se llegaron a depositar en la Tesorería del IESS, como tampoco, se ha justificado el destino de aquellos; lo cual evidentemente, implica infringir los literales a), b), d), e) y h) del artículo 24 en concordancia con los literales k) y l) del artículo 26 de la LOSCCA; lo cual a la vez, encuadra en las causales de destitución determinada en el literal i) del artículo 49; y 122 ibídem.

SEXTA.- Un acto de autoridad es ilegítimo, cuando ha sido dictado por autoridad que no tiene competencia para ello, o teniéndola no ha observado los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico, o cuando su contenido es contrario a dicho ordenamiento, o ha sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o la debida motivación. **SEPTIMA.-** Conforme el literal g) del artículo 32 de la Ley de Seguridad Social, es atribución del Director General del IESS “Nombrar, promover, sancionar y remover al personal del Instituto, de conformidad con las leyes y reglamentos sobre la materia” En consecuencia, el acto de destitución a más de cumplir con las exigencias de las normas de la Constitución determinadas en el numeral 27 del artículo 23 y numeral 10 del artículo 24 y que hacen referencia al debido proceso y ejercicio del derecho a la defensa, respectivamente, se ha cumplido con las formalidades propias del régimen al cual esta sujeta la recurrente, concretamente las disposiciones de la Ley y Reglamento de Servicio Civil y Carrera Administrativa, tal cual se desprende del sumario administrativo que obra del proceso en el mismo que, de manera inobjetable se evidenció que el recurrente prestó sus servicios en los períodos comprendidos entre el 19 al 30 de Octubre del 2005 y del 28 de Noviembre al 11 de Diciembre del 2005, circunstancia que le vincula con los hechos relacionados motivo de la sanción; acto que además, ha sido ordenado y sancionado por autoridad competente, tal es el caso del Director General del IESS, sobre la base del dictamen emitido por la Subdirectora de Recursos Humanos de la misma Institución, constante en Oficio No. 62100000-3889-PD de 28 de Junio del 2006, quien acorde con el mandato constitucional determinado en el numeral 13 del artículo 24 de la Carta Política, de manera motivada recomienda la destitución del recurrente; evidenciando con ello, una actuación que a más de legal, es legítima; no viola como queda demostrado derecho constitucional alguno de los referidos en la demanda y tampoco ocasionan inminente daño grave. Por lo expuesto, la acción planteada no reúne los requisitos de admisibilidad determinados en el artículo 95 de la Constitución Política y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional. La Segunda Sala en ejercicio de sus atribuciones,

RESUELVE:

1.- Revocar la resolución adoptada por el Juez Primero de lo Civil de Pichincha; y, en consecuencia, negar el amparo solicitado por Carlos Marcelo Ayala Nicolalde; y, **2.-** Devolver el expediente al Juez de origen para los fines contemplados en el artículo 55 de la Ley del Control Constitucional; **NOTIFIQUESE y PUBLIQUESE.**

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Magistrada.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Magistrado.

RAZÓN: Siento por tal que la resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional el día de hoy veinte y nueve de octubre del dos mil siete.- Lo Certifico.-

f.) Abg. Espec. Robert Córdova Cun, Secretario de Sala (E).

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretario de Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 0499-2007-RA

CASO No. 0499-2007-RA

SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ANTECEDENTES:

Ing. Homero Aurelio Torres Andrade, en su calidad de Gerente General de la Cía “Ing. Homero Torres Ochoa Compañía Ltda; Ing. Pablo Guillermo Ochoa Maldonado; Ing. Guillermo Patricio Córdova Córdova; Haybor Fernando Molina Santos, en su calidad de Gerente General y como tal representante legal de la Compañía Granite Contratistas Generales Cía. Ltda., en las calidades mencionadas y como integrantes del Consorcio “Yanuncay”, fundamentados en los artículos 95 de la Constitución y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional deducen acción de amparo constitucional en contra de la Contraloría General del Estado, en la persona de su representante legal, Dr. Genero Peña Ugalde, Contralor General del Estado Subrogante; ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1, con sede en Quito, en los siguientes términos: Expresa que el 30 de Agosto del 2005, celebraron un contrato con ETAPA, entidad que en oficio de 6 de Noviembre del 2006, comunica al Consorcio la decisión de terminar unilateral y anticipadamente el contrato; ante lo cual, el Consorcio en oficio de 21 de Noviembre del 2006, dio contestación a esa comunicación; en tanto que la entidad mediante Resolución No. 001-PY-2006-GG de 28 de Noviembre del 2006, decide dar por terminado unilateral y anticipadamente el mencionado contrato; resolución que da origen a la inscripción en el registro referido. Que tal registro, efectuado por la entidad accionada es un acto ilegítimo, contrario al ordenamiento jurídico violatorio de derechos consagrados en la Constitución Política y en las leyes, inobservando procedimientos previstos en ese ordenamiento jurídico, causando grave daño a los comparecientes, por lo que requieren la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar y remediar las consecuencias dañosas que este ocasiona. Que los artículos 11, 13 y 15 del reglamento sustitutivo para el registro de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos, registro de contratos, registro de garantías de contrato y régimen de excepción, expedido por la Contraloría General del Estado en concordancia con la Ley, establecen la obligación del ente de control para mantener el registro de contratistas incumplidos

inhabilitados para suscribir contratos con las entidades públicas; inhabilidad que se extiende a las personas jurídicas de la misma rama de actividad que se encuentre vinculado como persona natural, afectando igualmente a los socios, accionistas e integrantes de las personas jurídicas declaradas contratistas incumplidos, para lo cual la entidad debe remitir a la Contraloría la nómina respectiva. Inhabilidad que se extiende por cuatro años contados desde la fecha en que se ejecutaron las garantías de fiel cumplimiento; por manera que ese acto ilegítimo ocasiona daño a los comparecientes, a sus representantes y a sus socios. Este acto viola los derechos constitucionales contenidos en los numerales 16, 17, 18, 26 y 27 del artículo 23 de la Constitución; el artículo 119 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento a la Ley de Contratación Pública, establece la obligación de la Contraloría de verificar que la resolución se encuentre debidamente motivada y regulará la forma de llevar el registro; de manera que la Contraloría debía, de modo previo a efectuar el Registro, verificar si efectivamente la resolución por la cual se declara la terminación unilateral y anticipada del contrato cumplía o no con los requisitos de motivación exigidos en la Constitución y la Ley. Que, de la lectura de la resolución emitida por el Gerente General de ETAPA, se puede concluir que esta no se encuentra debidamente motivada, ya que en ella no se enuncian normas ni principios jurídicos en que se funde y peor, que explique la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Con sustento en los demás fundamentos de hecho y de derecho que enuncian solicitan que el acto de Registro efectuado por la Contraloría General del Estado en el "Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos" y que ha sido publicado en el R. O., No. 6 de 23 de Enero del 2007, se deje sin efecto. En la audiencia pública llevada a efecto en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo Distrito de Quito, Segunda Sala, la parte recurrida expresa que el 30 de Agosto del 2005, la Empresa Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca, ETAPA y el Consorcio Yanuncay, procedieron a celebrar un contrato para la construcción del proyecto Yanuncay, para la segunda Etapa de los Planes Maestros de Agua Potable para la ciudad de Cuenca, Grupo II, por un precio de US\$ 4.997.900.24 más el IVA, en un plazo de 365 días; la entidad contratante entregó a la contratista en calidad de anticipo el 50% del precio del contrato con su respectivo reajuste. Con fundamento en los artículos 104 y 105 de la codificación de la Ley de Contratación Pública, 115 de su Reglamento y cláusula vigésima segunda, numeral 22.03 del contrato y contando con los informes técnico, económico y jurídico la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca ETAPA, comunicó al representante del consorcio Yanuncay, la decisión de dar por terminado en forma anticipada y unilateral el referido contrato, dándole el término previsto en el contrato para las justificaciones del caso. El consorcio Yanuncay mediante oficio No. 325-CCY de 21 de Noviembre del 2006, procedió a dar respuesta, la que luego de ser analizada por la entidad contratante en forma técnica, financiera y jurídica concluye que los incumplimientos contractuales no habían sido justificados ni remediados. A solicitud y bajo la exclusiva responsabilidad del Ing. Rafael Vélez Loja, Gerente General de ETAPA, contenida en el oficio No. 2006-4443-GG ingresado a la Institución el 7 de Diciembre del 2006; la Contraloría General del Estado, luego de verificar la existencia de la resolución No. 001-PY-2006-GG de 28 de Noviembre del 2006 y más

documentos adjuntos a ésta, procedió conforme lo disponen los artículos 55 y 112 de la Ley de Contratación Pública, 32 numeral 17 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 17, inciso segundo del Reglamento Sustitutivo para el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos a los integrantes del Consorcio Yanuncay, lo que les fue comunicado mediante oficio No. 055100-SGEN.C de 11 de Diciembre del 2006. Los integrantes del Consorcio impugnan el acto que constituye el registro efectuado por la Contraloría General del Estado en el registro de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos; en lo principal los recurrentes fundamentan su acción manifestando que la Contraloría no ha cumplido con verificar si la resolución de terminación unilateral y anticipada del contrato haya sido motivada; a lo que hay que añadir que dicha afirmación no es valedera pues lo primero que hace la entidad es precisamente eso, es decir, verificar que exista la resolución y que esta se encuentre debidamente motivada. La Resolución que nos ocupa tiene siete considerandos en los que se enuncian normas y principios jurídicos que justifican su emisión y sobre todo la decisión de la entidad de dar por terminado el contrato con el Consorcio Yanuncay, por lo tanto cumple con el mandato determinado en el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución; no se causa daño grave pues de manera alguna se limita su derecho al trabajo o la libertad de empresa, puesto que mientras se soluciona el incumplimiento puede realizar sus actividades con el sector privado, tanto a nivel nacional como internacional; destacan que el Registro de la Contraloría no implica pronunciamiento alguno de esta entidad acerca de la procedencia jurídica o la legalidad de las resoluciones emitidas conforme lo establecen los artículos 120 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública y 11 del Reglamento Sustitutivo para el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción. La inclusión o exclusión del Registro es responsabilidad exclusiva de la entidad u organismo público contratante que lo solicite; la Contraloría no podrá excluir del registro a ninguna persona o empresa por resolución propia, según lo disponen los artículos 120 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública y 17 incisos segundo y tercero del Reglamento sustitutivo para el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, de Garantías de Contrato y Régimen de Excepción. Por lo tanto, al carecer de fundamentación legal y no existir acto ilegítimo, solicita se rechace la acción. El Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo Distrito de Quito, Segunda Sala resuelve negar la acción de amparo propuesta. Decisión que es apelada ante el Tribunal Constitucional. Radicada la competencia en la Segunda Sala por el sorteo de rigor, para resolver se realizan las siguientes,

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- El Tribunal Constitucional, de acuerdo con los artículos 95 y 276 numeral 3 de la Constitución Política de la República, es competente para conocer y resolver en este caso; **SEGUNDA.-** No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente caso, por lo que se declara su validez; **TERCERA.-** La acción de amparo procede con el objeto de adoptar medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de

un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública que viole cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente y que de modo inminente amenace con causar un daño grave. También se podrá interponer contra los particulares cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. **CUARTA.-** Es pretensión de los recurrentes, se disponga la exclusión del Registro efectuado por la Contraloría General del Estado en el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, que dicha Entidad mantiene y que ha sido publicado en el R.O. No. 6 de 23 de Enero del 2007, tanto del Consorcio Yanuncay, como de sus integrantes y socios. **QUINTA.-** Conforme el artículo 119 de la Constitución Política del Estado "*Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común*" (lo subrayado es de la Sala); es decir, la competencia tiene como fuente a la Constitución y a la ley; por consiguiente, corresponde determinar si efectivamente, la Contraloría General del Estado tiene o no competencia para efectuar el Registro materia de impugnación. Los artículos 112 y 31 numeral 17 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establecen que la Contraloría General del Estado, es el órgano competente para llevar el Registro de los Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos el mismo que tendrá como base la solicitud y resolución de la respectiva entidad contratante; el mismo que, en la especie, consta en el oficio No. 2006-4443-GG- de 5 de Diciembre del 2006, suscrito por el Ing. Rafael Vélez Loja, Gerente General encargado de la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de la ciudad de Cuenca ETAPA, al no haberse dado cumplimiento con el contrato celebrado el 30 de Agosto del 2005, para la construcción del proyecto Yanuncay, para la segunda etapa de los planes maestros de agua potable para la ciudad de Cuenca. **SEXTA.-** Conforme los artículos 11 y 12 del Reglamento Sustitutivo para Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción, se exigen los siguientes requisitos: a) Que la institución pública respectiva remita copia auténtica de la resolución mediante la cual se declara la terminación del contrato por causas imputables al contratista; y, b) que dicha institución solicite el registro respectivo. Es decir, para el registro de contratistas incumplidos la Contraloría General del Estado, exige que esos requisitos sean debidamente observados; sin que dicho acto de registro implique pronunciamiento alguno del órgano de control sobre la procedencia o legalidad de las resoluciones de las instituciones públicas que lo soliciten; en otras palabras, la inclusión o exclusión del registro de contratistas incumplidos, es responsabilidad única y exclusiva de la entidad u organismo público contratante que lo solicite; o como lo afirma el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo en su resolución "*...la inscripción solo es un acto de ejecución que proviene de uno principal que es la resolución de terminación unilateral y anticipada del contrato...*". Se debe recordar, que luego de transcurridos cuatro años, contados desde la fecha en que la entidad hizo efectiva la garantía de fiel cumplimiento; y, antes de ese plazo, cuando exista sentencia ejecutoriada en la cual se determine la inexistencia del incumplimiento o cuando la entidad u organismo hubiere revocado la declaratoria de incumplimiento. En todos los casos, conforme lo

determinan los artículos 121 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública y 17 del Reglamento Sustitutivo para Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción determinan que en todos los casos, la máxima autoridad de la entidad debe solicitar expresamente al Contralor General del Estado la exclusión al referido Registro. **SEPTIMA.-** Un acto de autoridad es ilegítimo, cuando ha sido dictado por autoridad que no tiene competencia para ello, o sin observar los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico, o cuando su contenido es contrario a dicho ordenamiento, o ha sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o la debida motivación. **OCTAVA.-** En la especie, la Empresa Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca ETAPA, mediante oficio No. 2006-4124-GG de 6 de Noviembre del 2006, notificó al representante del Consorcio Yanuncay, la decisión de dar por terminado en forma anticipada y unilateral el contrato de 30 de Agosto del 2005, para que justifique y remedie de ser el caso los supuestos incumplimientos derivados de la ejecución de la obra, para lo que se contó con los informes técnico, económico y jurídico atento a lo dispuesto en los artículos 104 y 105 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, 115 de su Reglamento y cláusula vigésima segunda numeral 22.03 del contrato; a lo que, mediante oficio No. 325-CCY- de 21 de Noviembre del 2006, el Consorcio Yanuncay procedió a dar respuesta, sin que se haya justificado ni remediado los incumplimientos contractuales, lo que en definitiva dio lugar a la declaratoria de terminación anticipada y unilateral del contrato, tomando en cuenta que la entidad no se encontraba incurso en la situación prevista en el artículo 1568 del Código Civil. **NOVENA.-** En definitiva, no se puede alegar violación al libre ejercicio de la libertad de empresa; o que, el acto de registro carezca de motivación argumento fundamental de los recurrentes, pues, tal cual se desprende del análisis de la Resolución 001-PY-2006-GG, emitida por ETAPA el 28 de Noviembre del 2006, existen siete consideraciones donde se explican claramente las razones jurídicas y técnicas en que se fundamenta, y concretamente en su consideración séptima se invoca el artículo 105 de la Ley de Contratación Pública norma que faculta a la entidad a dar por terminado unilateralmente el contrato; debiendo destacarse, que el ejercicio de estos derechos encuentran su limite en el ordenamiento jurídico, el Consorcio Yanuncay se encuentra cumpliendo con una sanción derivada del incumplimiento de un contrato, medida preventiva cuyo objetivo es el de garantizar la ejecución de una obra que beneficia a una colectividad y por supuesto, los costos provenientes del Presupuesto General del Estado. Medida preventiva que además, como se ha señalado, no esta sujeta a condicionamiento o pronunciamiento por parte de la Contraloría General del Estado. En suma, el acto de registro, es legítimo, se ha seguido con el procedimiento propio del régimen, en el que se establecen sanciones y salvaguardias encaminadas a proteger el bien común, como objetivo principal de un Estado Social y Democrático de Derecho, tal es el caso ecuatoriano; como queda demostrado no se viola derecho alguno de los invocados en la demanda y consecuentemente, no ocasiona un inminente daño grave. Por lo expuesto, la acción planteada no reúne los requisitos de admisibilidad determinados en el artículo 95 de la Constitución Política y 46 y siguientes de la Ley de Control

Constitucional. La Segunda Sala en ejercicio de sus atribuciones,

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución adoptada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo Distrito de Quito, Segunda Sala; y, en consecuencia, negar el amparo solicitado por los integrantes del Consorcio Yanuncay; y, 2.- Devolver el expediente para los fines contemplados en el artículo 55 de la Ley del Control Constitucional; **NOTIFIQUESE** y **PUBLIQUESE**.

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Magistrada.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Magistrado.

RAZÓN: Siento por tal que la resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional el día de hoy veinte y nueve de octubre del dos mil siete.- LO CERTIFICO.-

f.) Abg. Espec. Robert Córdova Cun, Secretario de Sala (E).

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretario de Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 0539-2007-RA

CASO No. 0539-2007-RA

**SEGUNDA SALA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

ANTECEDENTES:

Guillermo Fernando Bustos Rosero, por sus propios derechos, y fundamentada en el artículo 95 de la Constitución Política y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional interpone acción de amparo constitucional en contra del Dr. Ernesto Díaz Jurado, en su calidad de Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, en los siguientes términos: Expresa que por el lapso de 27 años, 10 meses ininterrumpidos, bajo dependencia. Inicio su relación laboral el 1 de Octubre de 1978, hasta el 11 de Julio y 9 de Agosto del 2006, en que ilegalmente, el IESS le destituye del cargo de Digitador Grado Q24, del Departamento de Fondos de Terceros de la Dirección Provincial de Pichincha del IESS, administrativamente en la Unidad de Historia Laboral. La autoridad administrativa pública del IESS le acusa y falsamente afirma que durante el período asignado a las ventanillas de Planta Baja del Edificio Matriz, perteneciente al proceso de Historia Laboral, recaudó la suma de diez centavos de dólar, por el servicio de impresión

de mecanizados de aportes, claves de afiliados y claves de empleadores, hecho para el cual no habría tenido autorización alguna, no depositando los valores recaudados en la Tesorería Provincial del IESS; con su negativa, no justificó de manera alguna el manejo, destino y uso de esos valores, no realizando ningún tipo de acción administrativa a fin de precautelar los intereses institucionales, perjudicando a los afiliados y demás personas que hicieron uso de esas ventanillas; afirmaciones que vulneran su honor y su buena reputación. Tal autoridad pública se ha empeñado en causarle daño moral, económico, social y laboral; en definitiva, ha atentado contra su vida misma, pues no ha cometido irregularidad alguna y menos haber incurrido en el delito culposo del que se le acusa, violándose las normas del debido proceso y la seguridad jurídica al no cumplirse con lo determinado en el artículo 212 de la Constitución y artículos 78, 81, 83, 84 y 107 del Reglamento a la LOSCCA. En el proceso sumarial existen omisiones ilegítimas de autoridad pública; no se ha valorado las pruebas aportadas por su parte; es más no existe una sola que haya demostrado el IESS en su contra de modo objetivo. Adicionalmente, asegura que la destitución es ilegítima por cuanto ya habría prescrito, esto es, mediante Oficio 62100000-1642-PD de 4 de Marzo del 2006, suscrito por la Subdirectora de Recursos Humanos, contestando el 7 de Marzo del 2006; posteriormente, y luego del írrito sumario, se lo destituye de su puesto de trabajo, cuando la facultad de la administración había prescrito. El acto administrativo de 11 de Julio y ratificado el 9 de Agosto del 2006, no guarda relación de proporcionalidad en cuanto al grado de responsabilidad y a la sanción impuesta; violándose además, su derecho a la estabilidad prevista en los artículos 120 y 124 de la Constitución. Solicita la suspensión de los actos administrativos referidos, la reincorporación inmediata a sus labores y el pago de remuneraciones dejadas de percibir. En la audiencia pública llevada a efecto en el Tribunal de instancia la parte recurrida en lo principal alega: Entre las atribuciones y deberes del Director General del IESS determinadas en el literal g) del artículo 32 de la Ley de Seguridad Social esta la de nombrar, promover, sancionar y remover al personal del IESS. De conformidad con el oficio s/n de 10 de Febrero del 2006, suscrito por Fany Núñez, mediante el cual informa a la señora Pilar Muñoz, sobre las actividades realizadas el 22 de Diciembre del 2005, fecha en la que se ha hecho cargo de la coordinación de la Unidad de Historia Laboral y siguiendo con la disposición de la Sra. Graciela Pazos, Coordinadora de la Unidad, se procedió a la recaudación en las ventanillas 18 y 19 de diez centavos por los mecanizados de Historia Laboral de los afiliados y la entrega de clave patronal, detallando los valores diarios y gastos ocasionados dando un valor de USD 1.010.00 dólares, indicando textualmente lo siguiente: "El valor de \$ 180 por pagar no se le puede entregar por cuanto se lo dio a compañeros en calidad de préstamos, los mismos que serán entregados a la brevedad posible". Conforme el Oficio 13111700.0301 de 10 de Abril del 2006 del Jefe de Afiliación y Control Patronal, dirigido a la Lcda. Ana Leyla Cevallos, se informa que el recurrente estuvo en las ventanillas del 2005-08-22 a 2005-09-04; del 2005-10-31 al 2005-11-13; y, del 2005-12-26 al 2006-01-08. De la declaración de Vicente Reyes Proaño, Funcionario de Tesorería Provincial de Pichincha, custodio de la bóveda de Tesorería, en respuesta a la pregunta tercera, claramente expresó que siendo custodio de la bóveda, en reiteradas ocasiones el personal del proceso Historia Laboral, asignado a laborar en las ventanillas de Tesorería, acudían

a su persona con el objeto de que les cambie las monedas fraccionarias que recaudaban por billetes, demostrándose una vez más el cobro indebido. Dentro del sumario administrativo consta el decreto del Director General del IESS, autoridad nominadora, quien acogiendo el dictamen emitido por la Subdirectora de Recursos Humanos del IESS constante en Oficio 62100000-5076-PD de 10 de Junio del 2006 y en forma motivada dispone la destitución del recurrente al haber infringido los literales a), b), d), e) y h) del artículo 24 y por encontrarse incurso en los literales k) y l) del artículo 26 y 122 de la LOSCCA. El acto administrativo que impugna no está inmerso en ninguna de las causales previstas en el artículo 95 de la Constitución. El acto de destitución ha sido legal y constitucional sin violación al debido proceso y derecho a la defensa, por lo que solicitan se rechace la acción propuesta. El accionante al creerse lesionado en sus derechos debió concurrir mediante juicio contencioso administrativo y no mediante este improcedente recurso de amparo. Alegan por último la inexistencia de la prescripción alegada, pues, la autoridad al tener conocimiento de la infracción el 27 de Marzo del 2006 e imponer la sanción a los setenta y seis días de término más o menos, no existe prescripción o caducidad. Por lo tanto, queda demostrada la inexistencia de acto ilegítimo, el mismo que no ha causado daño grave e inminente. Solicita se rechace la presente acción. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, Primera Sala, resuelve aceptar la acción de amparo constitucional. Decisión que es apelada ante el Tribunal Constitucional. Radicada la competencia en la Segunda Sala por el sorteo de rigor, para resolver se realizan las siguientes,

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- El Tribunal Constitucional, de acuerdo con los artículos 95 y 276 numeral 3 de la Constitución Política de la República, es competente para conocer y resolver en este caso; **SEGUNDA.-** No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente caso, por lo que se declara su validez; **TERCERA.-** La acción de amparo procede con el objeto de adoptar medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública que viole cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente y que de modo inminente amenace con causar un daño grave. También se podrá interponer contra los particulares cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. **CUARTA.-** Es pretensión del recurrente, se deje sin efecto el acto administrativo contenido en la resolución dictada por el Director General del IESS de 11 de Julio y ratificada el 9 de Agosto del 2006, mediante la cual se le destituye del cargo de Oficinista Q 24 del Departamento de Fondos de Terceros de la Dirección Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y se le reintegre de manera inmediata a su lugar de trabajo cancelándole todos los haberes dejados de percibir desde el momento de su destitución. **QUINTA.-** Del estudio y revisión de las piezas procesales que se adjuntan al proceso, y particularmente del estudio del sumario administrativo incoado en contra del recurrente, se tiene que el mismo tuvo como antecedente los oficios Nos: 019-SS-AG-IESS-DA y 040-SS-AG-IESS-DA-5, de 8 y 21 de Febrero del 2006, suscritos por la Ing. C.P.A. Sonia M. Sierra A., Auditora Jefe de Equipo de la Contraloría General del Estado; el 13001700-044 de 13 de Febrero del

2006, suscrito por el Dr. Marcelo Ortega Rodríguez, Director Provincial del IESS; y, 62100000-1841-PD de 27 de Marzo del 2006, emitido por la Lcda. Ana Leyla Cevallos Delgado, Subdirectora de Recursos Humanos; de los cuales se desprende presuntas irregularidades cometidas por empleados de las ventanillas 17, 18, 19 y 20 de la Planta Baja y Primer Piso del Edificio Matriz, correspondiente al proceso de Historia Laboral y que hacen relación al cobro de diez centavos de dólar por el servicio de impresión de mecanizados de aportes, claves de afiliados y claves de empleadores. Iniciado el sumario administrativo conforme las formalidades que dispone la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCCA, y una vez concluido éste, se establece de manera clara la existencia de irregularidades relativas al indebido cobro, valores que no se llegaron a depositar en la Tesorería del IESS, como tampoco, se ha justificado el destino de aquellos; lo cual evidentemente, implica infringir los literales a), b), d), e) y h) del artículo 24 en concordancia con los literales k) y l) del artículo 26 de la LOSCCA; y, a la vez, se encuadra en las causales de destitución determinada en el literal i) del artículo 49; y 122 ibídem. **SEXTA.-** Un acto de autoridad es ilegítimo, cuando ha sido dictado por autoridad que no tiene competencia para ello, o teniéndola no ha observado los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico, o cuando su contenido es contrario a dicho ordenamiento, o ha sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o la debida motivación. **SEPTIMA.-** Conforme el literal g) del artículo 32 de la Ley de Seguridad Social, es atribución del Director General del IESS “Nombrar, promover, sancionar y remover al personal del Instituto, de conformidad con las leyes y reglamentos sobre la materia” En consecuencia, el acto de destitución a más de cumplir con las exigencias de las normas de la Constitución determinadas en el numeral 27 del artículo 23 y numeral 10 del artículo 24 y que hacen referencia al debido proceso y ejercicio del derecho a la defensa, respectivamente, se ha cumplido con las formalidades propias del régimen al cual esta sujeta el recurrente, concretamente las disposiciones de la Ley y Reglamento de Servicio Civil y Carrera Administrativa, tal cual se desprende del sumario administrativo que obra del proceso en el mismo que, de manera inobjetable se evidenció que el recurrente prestó sus servicios en los períodos comprendidos entre el 22 de Agosto del 2005 al 4 de Septiembre del 2005; del 31 de Octubre del 2005 al 13 de Noviembre del 2005; y, del 26 de Diciembre del 2005 al 8 de Enero del 2006, circunstancia que sumada a los testimonios tanto de los funcionarios del mismo Instituto como las declaraciones de los usuarios dentro del sumario administrativo, vinculan al recurrente con los hechos relatados motivo de la sanción; acto que además, ha sido ordenado y sancionado por autoridad competente, tal es el caso del Director General del IESS, sobre la base del dictamen emitido por la Subdirectora de Recursos Humanos de la misma Institución, constante en Oficio No. 62100000-5076-PD de 10 de Julio del 2006, quien acorde con el mandato constitucional determinado en el numeral 13 del artículo 24 de la Carta Política, de manera motivada recomienda la destitución del recurrente; evidenciando con ello, una actuación que a más de legal, es legítima; no viola como queda demostrado derecho constitucional alguno de los referidos en la demanda y tampoco ocasionan inminente daño grave. **OCTAVA.-** Por otro lado, mal puede existir prescripción de la acción, pues conforme consta del expediente, la Subdirectora de Recursos Humanos del IESS,

le hace conocer al Director General del cobro indebido mediante Oficio No. 62100000-1841-PD de 27 de Marzo del 2006, ante lo cual, y de manera inmediata, dicho Director General dispuso con fecha 29 de Marzo del mismo año, la iniciación del sumario administrativo; y con fecha 28 de Junio del 2006, luego de practicas de manera ininterrumpida las diligencias que franquea la normativa pertinente y que obra del expediente, resuelve la destitución de la recurrente; es decir, no hay lugar a la prescripción alegada por lo que se la rechaza por improcedente. Por lo expuesto, la acción planteada no reúne los requisitos de admisibilidad determinados en el artículo 95 de la Constitución Política y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional. La Segunda Sala en ejercicio de sus atribuciones,

RESUELVE:

1.- Revocar la resolución adoptada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo Distrito de Quito, Primera Sala; y, en consecuencia, negar el amparo solicitado por Guillermo Fernando Bustos Rosero; y, 2.- Devolver el expediente para los fines contemplados en el artículo 55 de la Ley del Control Constitucional; **NOTIFIQUESE** y **PUBLIQUESE**.

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Magistrada.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Magistrado.

RAZÓN: Siento por tal que la resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional el día de hoy veinte y nueve de octubre del dos mil siete.- Lo Certifico.-

f.) Abg. Espec. Robert Córdova Cun, Secretario de Sala (E).

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretario de Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 0540-2007-RA

CASO No. 0540-2007-RA

SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ANTECEDENTES:

Víctor Julio Cartagena Salazar, por sus propios derechos, y fundamentado en el artículo 95 de la Constitución Política y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional interpone acción de amparo constitucional en contra del Dr. Ernesto Díaz Jurado, en su calidad de Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, en los siguientes términos: Expresa que por el lapso

de 30 años ininterrumpidos, bajo dependencia. Inicio su relación laboral el 1 de Noviembre de 1975, hasta el 9 de Agosto del 2006, en que ilegalmente, el IESS le destituye del cargo de Oficinista Grado Q24, del Departamento de Fondos de Terceros de la Dirección Provincial de Pichincha del IESS, Unidad de Historia Laboral. La autoridad administrativa pública del IESS le acusa "presumiblemente" que durante el período asignado a las ventanillas de Planta Baja del Edificio Matriz, perteneciente al proceso de Historia Laboral, recaudó la suma de diez centavos de dólar, por el servicio de impresión de mecanizados de aportes, claves de afiliados y claves de empleadores, hecho para el cual no habría tenido autorización alguna, no depositando los valores recaudados en la Tesorería Provincial del IESS; con su negativa, no justificó de manera alguna el manejo, destino y uso de esos valores, no realizando ningún tipo de acción administrativa a fin de precautelar los intereses institucionales, perjudicando a los afiliados y demás personas que hicieron uso de esas ventanillas; afirmaciones que vulneran su honor y su buena reputación. Tal autoridad pública se ha empeñado en causarle daño moral, económico, social y laboral; en definitiva, ha atentado contra su vida misma, pues no ha cometido irregularidad alguna y menos haber incurrido en el delito culposo del que se le acusa, violándose las normas del debido proceso y la seguridad jurídica al no cumplirse con lo determinado en el artículo 212 de la Constitución y artículos 78, 81, 83, 84 y 107 del Reglamento a la LOSCCA. En el proceso sumarial existen omisiones ilegítimas de autoridad pública; no se ha valorado las pruebas aportadas por su parte; es más no existe una sola que haya demostrado el IESS en su contra de modo objetivo. Adicionalmente, asegura que la destitución es ilegítima por cuanto ya habría prescrito, esto es, mediante Oficio 62100000-1642-PD de 4 de Marzo del 2006, suscrito por la Subdirectora de Recursos Humanos, contestando el 6 de Marzo del 2006; posteriormente, y luego del írrito sumario, se lo destituye de su puesto de trabajo, cuando la facultad de la administración había prescrito. El acto administrativo de 12 de Julio y ratificado el 9 de Agosto del 2006, no guarda relación de proporcionalidad en cuanto al grado de responsabilidad y a la sanción impuesta; violándose además, su derecho a la estabilidad prevista en los artículos 120 y 124 de la Constitución. Solicita la suspensión de los actos administrativos referidos, la reincorporación inmediata a sus labores y el pago de remuneraciones dejadas de percibir. En la audiencia pública llevada a efecto en el Tribunal de instancia la parte recurrida en lo principal alega: Entre las atribuciones y deberes del Director General del IESS determinadas en el literal g) del artículo 32 de la Ley de Seguridad Social esta la de nombrar, promover, sancionar y remover al personal del IESS. Asegura que se ha respetado el procedimiento determinado en el artículo 78 y siguientes de la LOSCCA, garantizándose el derecho al debido proceso y a la defensa y artículo 71 del Reglamento a la Ley. Se agrega al expediente recibos de recaudación por el indebido cobro y demás documentación pertinente, concretamente, el oficio s/n de 10 de Febrero del 2006, suscrito por Fany Núñez, Coordinadora de la Unidad de Historia Laboral, en el que detalla la recaudación que se realizó día a día, de 10 centavos de dólar; el Oficio 13111700.0301 de 10 de Abril del 2006 del Jefe de Afiliación y Control Patronal, dirigido a la Lcda. Ana Leyla Cevallos, se informa que el recurrente estuvo en las ventanillas laborando desde el 30 de Mayo al 12 de Junio del 2005; del 11 al 25 de Julio del 2005; del 19 de Septiembre al 2 de Octubre del 2005; y, del 23 de Enero

al 5 de Febrero del 2006, sin que el servidor en momento alguno comunicó de la irregularidad. La denuncia penal ante la Fiscalía Distrital de Pichincha, en torno a los hechos irregulares, se la efectuado acatamiento a lo dispuesto en el artículo 42 de la LOSCCA. Dentro del sumario administrativo consta el decreto del Director General del IESS, autoridad nominadora, quien acogiendo el dictamen emitido por la Subdirectora de Recursos Humanos del IESS constante en Oficio 62100000-5101-PD de 10 de Julio del 2006 y en forma motivada dispone la destitución del recurrente al haber infringido los literales a), b), d), e) y h) del artículo 24 y por encontrarse incurso en los literales k) y l) del artículo 26 y 122 de la LOSCCA. El acto administrativo que impugna no esta inmerso en ninguna de las causales previstas en el artículo 95 de la Constitución. El acto de destitución ha sido legal y constitucional sin violación al debido proceso y derecho a la defensa, por lo que solicitan se rechace la acción propuesta. El accionante al creerse lesionado en sus derechos debió concurrir mediante juicio contencioso administrativo y no mediante este improcedente recurso de amparo. Alegan por último la inexistencia de la prescripción alegada, pues, la autoridad al tener conocimiento de la infracción el 27 de Marzo del 2006 e imponer la sanción el 10 de Julio del 2006 y notificada el 12 de Julio del 2006, se encuentra dentro del término establecido por el artículo 99 inciso segundo de la LOSCCA, no existe por tanto, prescripción o caducidad. Por lo tanto, queda demostrada la inexistencia de acto ilegítimo, el mismo que no ha causado daño grave e inminente. Solicita se rechace la presente acción. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, Primera Sala, resuelve aceptar la acción de amparo constitucional. Decisión que es apelada ante el Tribunal Constitucional. Radicada la competencia en la Segunda Sala por el sorteo de rigor, para resolver se realizan las siguientes,

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- El Tribunal Constitucional, de acuerdo con los artículos 95 y 276 numeral 3 de la Constitución Política de la República, es competente para conocer y resolver en este caso; **SEGUNDA.-** No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente caso, por lo que se declara su validez; **TERCERA.-** La acción de amparo procede con el objeto de adoptar medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública que viole cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente y que de modo inminente amenace con causar un daño grave. También se podrá interponer contra los particulares cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. **CUARTA.-** Es pretensión del recurrente, se deje sin efecto el acto administrativo contenido en la resolución dictada por el Director General del IESS de 10 de Julio y notificada el 12 del mismo mes y año, mediante la cual se le destituye del cargo de Oficinista Q 24 del Departamento de Fondos de Terceros de la Dirección Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y se le reintegre de manera inmediata a su lugar de trabajo cancelándole todos los haberes dejados de percibir desde el momento de su destitución. **QUINTA.-** Del estudio y revisión de las piezas procesales que se adjuntan al proceso, y particularmente del estudio del sumario administrativo incoado en contra del recurrente, se tiene que

el mismo tuvo como antecedente los oficios Nos: 019-SS-AG-IESS-DA y 040-SS-AG-IESS-DA-5, de 8 y 21 de Febrero del 2006, suscritos por la Ing. C.P.A. Sonia M. Sierra A., Auditora Jefe de Equipo de la Contraloría General del Estado; el 13001700-044 de 13 de Febrero del 2006, suscrito por el Dr. Marcelo Ortega Rodríguez, Director Provincial del IESS; y, 62100000-1841-PD de 27 de Marzo del 2006, emitido por la Lcda. Ana Leyla Cevallos Delgado, Subdirectora de Recursos Humanos; de los cuales se desprende presuntas irregularidades cometidas por empleados de las ventanillas 17, 18, 19 y 20 de la Planta Baja y Primer Piso del Edificio Matriz, correspondiente al proceso de Historia Laboral y que hacen relación al cobro de diez centavos de dólar por el servicio de impresión de mecanizados de aportes, claves de afiliados y claves de empleadores. Iniciado el sumario administrativo conforme las formalidades que dispone la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCCA, y una vez concluido éste, se establece de manera clara la existencia de irregularidades relativas al indebido cobro, valores que no se llegaron a depositar en la Tesorería del IESS, como tampoco, se ha justificado el destino de aquellos; lo cual evidentemente, implica infringir los literales a), b), d), e) y h) del artículo 24 en concordancia con los literales k) y l) del artículo 26 de la LOSCCA; y, a la vez, se encuadra en las causales de destitución determinada en el literal i) del artículo 49; y 122 íbidem. **SEXTA.-** Un acto de autoridad es ilegítimo, cuando ha sido dictado por autoridad que no tiene competencia para ello, o teniéndola no ha observado los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico, o cuando su contenido es contrario a dicho ordenamiento, o ha sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o la debida motivación. **SEPTIMA.-** Conforme el literal g) del artículo 32 de la Ley de Seguridad Social, es atribución del Director General del IESS "*Nombrar, promover, sancionar y remover al personal del Instituto, de conformidad con las leyes y reglamentos sobre la materia*" En consecuencia, el acto de destitución a más de cumplir con las exigencias de las normas de la Constitución determinadas en el numeral 27 del artículo 23 y numeral 10 del artículo 24 y que hacen referencia al debido proceso y ejercicio del derecho a la defensa, respectivamente, se ha cumplido con las formalidades propias del régimen al cual esta sujeta el recurrente, concretamente las disposiciones de la Ley y Reglamento de Servicio Civil y Carrera Administrativa, tal cual se desprende del sumario administrativo que obra del proceso en el mismo que, de manera inobjetable se evidenció que el recurrente prestó sus servicios en los períodos comprendidos entre el 30 de Mayo al 12 de Junio del 2005; del 11 al 25 de Julio del 2005; del 19 de Septiembre al 2 de Octubre del 2005; y del 28 de Noviembre al 11 de Diciembre del 2005, circunstancia que sumada a los testimonios tanto de los funcionarios del mismo Instituto como las declaraciones de los usuarios dentro del sumario administrativo, vinculan al recurrente con los hechos relatados motivo de la sanción; acto que además, ha sido ordenado y sancionado por autoridad competente, tal es el caso del Director General del IESS, sobre la base del dictamen emitido por la Subdirectora de Recursos Humanos de la misma Institución, constante en Oficio No. 62100000-5101-PD de 10 de Julio del 2006, quien de conformidad con el artículo 83 del Reglamento de la LOSCCA y acorde con el mandato constitucional determinado en el numeral 13 del artículo 24 de la Carta Política, de manera motivada recomienda la destitución del

recurrente; evidenciando con ello, una actuación que a más de legal, es legítima; no viola como queda demostrado derecho constitucional alguno de los referidos en la demanda y tampoco ocasionan inminente daño grave.

OCTAVA.- Por otro lado, mal puede existir prescripción de la acción, pues conforme consta del expediente, la Subdirectora de Recursos Humanos del IESS, le hace conocer al Director General del cobro indebido mediante Oficio No. 62100000-1841-PD de 27 de Marzo del 2006, ante lo cual, y de manera inmediata, dicho Director General dispuso con fecha 29 de Marzo del mismo año, la iniciación del sumario administrativo; y con fecha 11 de Julio del 2006, luego de practicas de manera ininterrumpida las diligencias que franquea la normativa pertinente y que obra del expediente, resuelve la destitución de la recurrente; es decir, no hay lugar a la prescripción alegada por lo que se la rechaza por improcedente. Por lo expuesto, la acción planteada no reúne los requisitos de admisibilidad determinados en el artículo 95 de la Constitución Política y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional. La Segunda Sala en ejercicio de sus atribuciones,

RESUELVE:

1.- Revocar la resolución adoptada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo Distrito de Quito, Primera Sala; y, en consecuencia, negar el amparo solicitado por Víctor Julio Cartagena Salazar; y, 2.- Devolver el expediente para los fines contemplados en el artículo 55 de la Ley del Control Constitucional; **NOTIFIQUESE** y **PUBLIQUESE**.

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Magistrada.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Magistrado.

RAZÓN: Siento por tal que la resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional el día de hoy veinte y nueve de octubre del dos mil siete.- Lo Certifico.-

f.) Abg. Epec. Robert Córdova Cun, Secretario de Sala (E).

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretario de Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

N° 0850-07-RA

LA SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el caso signado con el N° 0850-07-RA

ANTECEDENTES

Marcos Ludwing Iván Moreno Ubidia comparece ante el Juez de lo Civil de Ibarra , y de acuerdo con la disposición

del artículo 95 de la Constitución Política del Estado, interpone Acción de Amparo Constitucional contra el Acto Administrativo contenido en la Acción de Personal N° DTGRH-2007-0162- del 25 de abril del 2007, suscrito por el Ec. Mauricio Tayupanta N, en calidad de Director Técnico de Gestión Recursos Humanos (E) y Dr. Domingo Paredes Castillo, Secretario Ejecutivo del CONSEP, por el cual, y con la explicación de “ *Conforme a lo resuelto por el Consejo Directivo del CONSEP, en sesión de abril 17 del 2007 y a lo previsto en el artículo 11, literal c) de la Codificación a la Ley de Sustancias y Psicotrópicas y a lo dispuesto por el señor Secretario Ejecutivo mediante oficio N° 2007-0209 SE JDPC, se resuelve REMOVER del cargo de Director Zonal de Imbabura al Ec. Marcos Ludwing Iván Moreno Ubidia* “, lo que se le notifica mediante memorando DTGRH-2007-289 del 27 de abril del 2007. Los demandados son: El Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas – CONSEP – en la persona del Secretario Ejecutivo Dr. Domingo Paredes Castillo, Representante Legal del mismo, según el artículo 15 de la Codificación de la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, a quien solidariamente demanda. Los fundamentos de hecho que expone en su demanda se resumen así: Que mediante Acción de Personal N° 2001.036 del 24 de enero del 2001 se le otorga al accionante nombramiento como Jefe Zonal en Imbabura del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas – CONSEP-, designación aprobada mediante Resolución N° 100406 del 30 de marzo del 2000 y 201373 del 15 de agosto del 2000, expedidas por los señores Subsecretario de Presupuesto y Contabilidad (E) y Subsecretario General del Ministerio de Finanzas y Crédito Público, respectivamente; Acción de Personal suscrita por el Jefe de Personal del CONSEP e Ing. Miguel Enrique López, Secretario Ejecutivo del mismo, y registrada el 01 de febrero del 2001 en la Jefatura Nacional de Personal del CONSEP., fecha desde la que ha desempeñado sus funciones a cabalidad, sin haber recibido ni llamado de atención ni sanción alguna. Que mediante Acción de Personal N° 2006 1015 DTGRH del 30 de noviembre del 2006, suscrita por el Dr. Marcelo Reinoso, Director Técnico de Gestión Recursos Humanos del CONSEP (E) y Gral. de Policía (sp) Enrique Montalvo, Secretario Ejecutivo, bajo la explicación de implementar la nueva estructura ocupacional del CONSEP, en el marco del proceso de Homologación, de conformidad con la Disposición Transitoria Tercera de la Ley para Reprimir el lavado de Activos, así como ratificar y regularizar los actos de designación del personal, se cambia de denominación del cargo de Jefe Zonal del CONSEP a Director Zonal del CONSEP de Imbabura, violando la disposición del artículo 89 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa . Que mediante memorando N° DTGRH-2007-289 del 27 de abril del 2007, el Ec. Mauricio Tayupanta, quien suscribe como Director Técnico Gestión Recursos Humanos (E) del CONSEP, le hace conocer que el Consejo Directivo del CONSERP con fecha 17 de abril del 2007, ha resuelto removerlo del cargo de Director Zonal del CONSEP en Imbabura, agradecía irónicamente su valiosa colaboración en las funciones, y le dispone que proceda a entregar lo que tenga a su responsabilidad, a la Dra. Narcisa Romo Jiménez, Especialista 2 de la misma Dirección Zonal, acompañando a la comunicación, la Acción de Personal mediante la que se lo remueve del cargo, sin que para ello haya dado motivo ni exista razón legal alguna, lo que determina que no se cumplió con el debido proceso..se violó el principio de legalidad, se comete un acto ilegítimo

y de abuso de poder, en un procedimiento evidentemente irregular, inconstitucional y violatorio de toda norma legal, lo que le ocasiona gravamen irreparable. El Acto Administrativo del que recurre, se encuentra viciado de ilegalidades y nulidades, que se cumplen con el propósito de sacarlo de la Institución, y evidencian abuso de poder y trasgresiones legales, entre las que se destacan la inobservancia y violación de los artículos 23,24,35,119,124,inciso 2do y 272 de la Constitución Política de la República, que garantizan el derecho a la defensa, el principio de legalidad, el debido proceso, derecho al trabajo, a la estabilidad de los servidores públicos y la supremacía de la Constitución; artículos 92, literal b) de la LOSCCA, así como la violación de Convenios Internacionales de los cuales el Ecuador es signatario, como la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 25 estatuye que toda persona tiene derecho a recurrir ante los tribunales competentes cuando se violen sus derechos establecidos en la Constitución, y especialmente en la Resolución de carácter obligatorio dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo Distrito de Quito Primera Sala, que le ampara su estabilidad, su permanencia en el puesto de trabajo que desempeñaba en el CONSEP, acto ilegítimo que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 15 de abril del 2004, publicada en el R. O. 477-8-XII-2004-página 7 condena el hecho de no dar lugar a la legítima defensa del servidor público, como también no haber cumplido con las reglas del debido proceso, hecho corroborado por la Procuraduría General del Estado, publicado en el Registro Oficial N°. 468-24-XI-2004 página 18, pronunciamiento que determina que por principio universal y constitucional nadie puede ser privado de su derecho a la defensa, en ningún estado o grado del respectivo pronunciamiento. La Resolución del Secretario del CONSEP constituye acto ilegítimo e improcedente, que viola las garantías del debido proceso, de manera especial la prevista en el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución, que impone que *“las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas y principios jurídicos en que haya fundado y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”*. Así lo sostiene la Resolución del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo Segunda Sala de Quito 31 de enero del 2000 que sostiene *“ que cuando ni procesalmente ni dentro del expediente reglamentario, y peor aún que no se le haya permitido al servidor público ejercer su Constitucional derecho a la defensa, violaciones que se agravan aun mas cuando el acto administrativo impugnado no contiene la motivación adecuada, es decir la que exige el vigente ordenamiento jurídico; derechos consagrados cuya inobservancia son causa de nulidad del acto impugnado por omisión insubsanable que no pueden ser convalidadas administrativamente. Solicita el recurrente la adopción de las siguiente medidas: a) suspensión definitiva de los efectos de la Acción de Personal del 25 de abril del 2007, N° DTGRH-2007-0162 mediante la que se lo remueve del cargo de DIRECTOR ZONAL DE IMBABURA DEL CONSEP; B)el reintegro a sus funciones de DIRECTOR ZONAL DE IMBABURA DEL CONSEP, y, c) el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir durante el tiempo que permanezca fuera del cargo, mas los intereses y costas judiciales. Dadas las características graves del caso, solicita se ordene simultáneamente la suspensión de la Resolución recurrida. Por sorteo de Ley, le correspondió el conocimiento y resolución de la Acción de*

Amparo Constitucional, al Juez Primero de lo Civil de Imbabura, Dr. Luis Germán Changotasi con jurisdicción en Ibarra, que dispone la realización de la Audiencia Pública el 19 de junio del 2007, a las 16H00; a la que concurren el accionante con su Abogado Defensor Dr. David Moran, El Ab. Carlos Luzuriaga Velasteguí ofreciendo poder o ratificación del Dr. Domingo Paredes Castillo, Secretario Ejecutivo del CONSEP, y Dr. Miguel Ramírez, Abogado Regional 1 de la Procuraduría General del Estado. El recurrente por intermedio de su Abogado Defensor Dr. David Morán se ratifica en los fundamentos de Hecho y Derecho de su demanda y solicita se resuelva en el término contemplado en la Ley. El Ab. Carlos Luzuriaga Velasteguí expresa que para que proceda la Acción de Amparo Constitucional deben cumplirse los presupuestos establecidos en el artículo 95 de la Constitución, que son: existencia de acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que en el caso no se configura, pues el acto administrativo recurrido es legítimo por las siguientes consideraciones: El artículo 124 de la Constitución garantiza los derechos y establecerá las obligaciones de los servidores públicos y regulará su ingreso, estabilidad, evaluación, ascenso y cesación. Tanto el ingreso como el ascenso dentro del Servicio Civil y la Carrera Administrativa se harán mediante concurso de Méritos y de Oposición. El artículo 71 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público dice que para desempeñar un puesto público se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora. El Ingreso a un puesto público será efectuado mediante Concurso de Merecimientos y Oposición, con los cuales se evalúe la idoneidad de los interesados y se garantice el libre acceso a los mismos. El artículo 93 de la citada ley, al referirse a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, señala que las autoridades nominadoras podrán remover libremente a los servidores públicos que ocupen los puestos señalados en el literal b) del artículo 92 de ésta Ley, y que la remoción así efectuada no constituye destitución ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza. El artículo 6 del Reglamento para Aplicación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas prevé que el CONSEP como persona jurídica autónoma de derecho público está constituido por los siguientes órganos: 1. - Consejo Directivo; 2.- Secretaría Ejecutiva; 3.- Jefaturas Regionales, cuyas sedes las determinará el Consejo Directivo y 4.- Las Jefaturas Provinciales. El artículo 93, letra b) de la LOSCCA, reformado mediante Ley N° 30, publicada en el registro Oficial N° 261 del 28 de enero del 2004, determina los servidores públicos excluimos de la Carrera Administrativa, entre los que se encuentran los Directores; la remoción así efectuada no constituye destitución ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza. El Consejo Directivo del CONSEP, integrado por el Procurador General del Estado o el Subprocurador, los Ministros de Gobierno, Educación y Cultura, Salud Pública, Bienestar Social, Defensa Nacional y Relaciones Exteriores o sus delegados, de conformidad a las atribuciones otorgadas por la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas Codificada, en sesión del 17 de abril del 2007, resolvió remover del cargo de Director Zonal Imbabura al Ec. Marcos Ludwing Iván Moreno Ubidia, de conformidad a lo establecido en el artículo 11, literal c) de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; dado que es atribución de la Procuraduría General del Estado proponer al Consejo Directivo del CONSEP el nombramiento y remoción del Secretario

Ejecutivo y de los Directores del CONSEP, razón por la que la Acción de Personal N° DTGRH-2007-162 del 25 de abril del 2007 es legítima, a más de que goza de presunción de legalidad; por tanto el recurrente al ser nombrado Jefe Zonal del CONSEP en Imbabura y posteriormente Director zonal del CONSEP en Imbabura no ingresó al servicio público mediante Concurso de Mérito y Oposición y al estar sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción de conformidad con la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, de la Ley de Sustancias estupefacientes y Psicotrópicas Codificada y al Pronunciamiento del procurador General del estado, expresado en el Oficio N° 09441 del 15 de junio del 2004, y dado que no cuenta con un nombramiento regular que determine su estabilidad laboral, no es lógico que un cargo sea de libre nombramiento y no sea de libre remoción. Pide se tome en cuenta como jurisprudencia, el caso análogo de la resolución del Dr. Jorge Iván García, Juez segundo de lo Civil del Carchi, que niega la Acción de Amparo Constitucional propuesta por el Dr. José Antonio Rivas en contra del CONSEP, al ser removido del cargo de Director Zonal del CONSEP en el Carchi, igualmente la Resolución de la Primera Sala del Tribunal Constitucional, dentro del Amparo Constitucional N° 0407-06-RA propuesto por el Sr. Luis Urgilés Contreras en contra del Defensor del Pueblo, al ser removido mediante Acción de Personal del cargo de Comisionado de la Defensoría del Pueblo de la Provincia del Azuay, en la que el Tribunal Constitucional revoca la Resolución emitida por Juez de Instancia. Que están excluidos de la carrera administrativa “ los funcionarios que tienen a cargo la dirección política y administrativa del Estado, los Ministros, Secretarios Generales y Subsecretarios de Estado, El Secretario Nacional Técnico de Recursos Humanos y Remuneraciones, los titulares de los organismos de control y las segundas autoridades de éstas, los Secretarios Generales, los Coordinadores Generales, Coordinadores Institucionales, Intendentes de Control, Asesores, Directores, Gerentes y Subgerentes que son titulares o segundas autoridades de las empresas e instituciones del Estado, los Gobernantes, los Intendentes, Subintendentes y Comisarios de Policía, Jefes y tenientes políticos que son cargos de libre nombramiento y remoción, entendida la norma con valor comprensivo, no taxativa o nominativa, sino ejemplificativa . El Juez de Instancia resuelve que la Acción de Personal N° DTGRH-2007-0162 del 25 de abril del 2007, por medio de la cual se remueve de sus funciones al compareciente Ec. Marcos Ludwing Iván Moreno Ubidia del cargo de Director Zonal del CONSEP en Imbabura es un acto ilegítimo y acepta el recurso de Amparo Constitucional propuesto, dejando sin efecto el referido acto administrativo. Con estos antecedentes, para resolver, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional hace las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- El Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 95 y 276 numeral 3 de la Constitución Política de la República y 46 y siguientes de la Ley Orgánica de Control Constitucional, es competente para conocer y resolver la Acción de Amparo Constitucional propuesto. **SEGUNDA.-** En el conocimiento y resolución del presente caso, no se ha omitido solemnidad sustancial alguna, por lo que expresamente se declara su validez. **TERCERA.-** Es pretensión del recurrente que se

deje sin efecto la Acción de Personal No. DTGRH-2007-0162 del 25 de abril del 2007, mediante el cual se le remueve del cargo de Director Zonal del CONSEP en Imbabura. **CUARTA.-** Que la Acción de Amparo procede ante la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: a) que exista un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública; b) que el acto viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, Convenio o Tratado Internacional vigente; c) que el acto u omisión de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También procede el amparo constitucional ante actos de particulares que prestan servicios públicos o cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. **QUINTA.-** Que un Acto Administrativo es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, que no se lo haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente, o bien que se lo haya dictado sin fundamento o insuficiente motivación; por lo tanto el análisis de legitimidad del acto impugnado no se basa solo en el estudio de su competencia, sino también de su forma, contenido, causa y objeto. **SEXTA.-** Que según el Art. 8 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 490 del 27 de diciembre de 2004, señala que: “*Del CONSEP.- Para el cumplimiento y aplicación de esta Ley crease, con sede en Quito, el Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP), como persona jurídica autónoma de derecho público, que ejercerá sus atribuciones en todo el territorio nacional. Estará dotado de patrimonio y fondos propios, presupuesto especial y jurisdicción coactiva para la recaudación de los recursos que la Ley determine*”. Así mismo, en el Art. 14 del mismo cuerpo legal expresa que : “*De la Secretaría Ejecutiva, sus funciones y atribuciones.- La Secretaría Ejecutiva será el organismo técnico y operativo del CONSEP y tendrá las siguientes funciones y atribuciones, que ejercerá en coordinación con los otros organismos y autoridades encargados de la aplicación de esta Ley: ... 4.- Administrar los recursos y los bienes del CONSEP, de acuerdo con las leyes y reglamentos*”. En el Art. 15 de la ley referida, dice: “*Del Secretario Ejecutivo.- El Secretario Ejecutivo, que será el representante legal del CONSEP, tendrá a su cargo la dirección técnica, la gestión administrativa de la Secretaría Ejecutiva y la coordinación con las demás instituciones encargadas del cumplimiento de esta Ley. El Secretario Ejecutivo nombrará a los servidores del CONSEP o contratará personal temporario, dentro de los límites contemplados en la Ley y su presupuesto. Para designar Directores Departamentales, requerirá la autorización previa del Presidente del Consejo Directivo. El Secretario Ejecutivo ejercerá, por sí o por delegación, la jurisdicción coactiva para recaudar créditos y multas*”. Así mismo, el Reglamento para la aplicación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en su Art. 6, determina: “*El CONSEP, como persona jurídica autónoma de derecho público, conforme lo establece el Art. 9 de la Ley, estará constituido por los siguientes órganos: 1. Consejo Directivo; 2. Secretaría Ejecutiva; 3. Jefaturas Regionales y zonales cuyas sedes las determinará el Consejo Directivo. 4. Jefaturas provinciales*”. Por otro lado, en el Reglamento Orgánico Funcional del CONSEP, publicado en el Registro Oficial N° 367 de 29 de Septiembre de 2006, en la Sección IV, denominada “De los procesos Desconcentrados”, Art. 45, dice: “*Misión.- Cumplir y hacer cumplir las políticas para prevenir en la zona las diferentes*

manifestaciones que generan la problemática de las drogas, a través de políticas y estrategias participativas e integradoras centradas en el ser humano con un enfoque equilibrado y solidario. El cumplimiento de la misión es responsabilidad del Director Regional del Litoral y de los directores zonales en las respectivas jurisdicciones". Igualmente el Art. 46 del mismo cuerpo legal establece que: "Atribuciones.- Son atribuciones de los directores a cargo de los Procesos Desconcentrados: a) Ejercer la rectoría de la prevención de uso indebido de las sustancias psicoactivas y de la producción y comercialización de las sustancias fiscalizadas, dentro de su jurisdicción; b) Posicionar a la Dirección Regional o Zonal en el contexto social; c) Rendir cuentas de la gestión que ejecuta cada proceso; d) Generar conciencia ciudadana de la importancia de la prevención del uso indebido, tenencia, producción y comercialización de sustancias sujetas a fiscalización; y, e) Desarrollar modelos participativos para educar a la población en la prevención y lograr una sociedad libre de drogas". En este sentido, la norma es clara al determinar que el Secretario Ejecutivo del CONSEP, está facultado legalmente para organizar y dirigir la parte administrativa; y por ende sus actos deben ser entendidos en base a esta prerrogativa legal; y los Directores Zonales deben sujetarse a la norma que establece sus obligaciones y responsabilidades. **SÉPTIMA.-** Que el Art. 92 literal b) de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, dice: "Servidores públicos excluidos de la carrera administrativa.- Excluyese de la carrera administrativa: ... b) Los funcionarios que tienen a su cargo la dirección política y administrativa del Estado, los ministros, secretarios generales y subsecretarios de Estado; el Secretario Nacional Técnico de Recursos Humanos y Remuneraciones, los titulares y las segundas autoridades de las instituciones del Estado; los titulares de los organismos de control y las segundas autoridades de estos organismos; los secretarios generales; los coordinadores generales; coordinadores institucionales; intendentes de control; los asesores; los directores, gerentes y subgerentes que son titulares o segundas autoridades de las empresas e instituciones del Estado; los gobernadores, los intendentes, subintendentes y comisarios de policía; los jefes y tenientes políticos, que son cargos de libre nombramiento y remoción;" Por lo tanto la norma establece que los Directores son de libre remoción. Recalcamos que la Procuraduría General del Estado, en varias ocasiones ha determinado que: "Es pertinente hacer notar que la enumeración contenida en el Art. 93 (actual 92) de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, no es taxativa sino conceptual, ejemplificativa; en consecuencia, cualesquiera sea la nomenclatura que en cada institución (de aquellas que se menciona en el artículo 102 de la misma ley) se utilice, debemos entender que en tanto el cargo que ocupe determinado servidor se adecue a una de las condiciones de dicho artículo, tal cargo es de libre nombramiento y remoción". **OCTAVA.-** Que, para el análisis y resolución de casos análogos, de acuerdo con la disposición contenida en el artículo 59, segundo inciso de la Ley de Control Constitucional, esta Sala Constitucional solicitó el 19 de septiembre del 2007, al Secretario General de la Procuraduría General del Estado, que remita copia certificada del oficio signado con el No. 09441 de 15 de junio de 2004, dirigido al Arq. Crisithian Córdova Cordero, Secretario Ejecutivo del CONSEP, en su época, que absuelva una consulta sobre la libre remoción de

funcionarios, que por ser de característica jurídica vinculante y de obligatorio cumplimiento, lo anexo al proceso, el mismo que en su parte pertinente dice (sic) "Sobre la base de lo expuesto, considero que las Jefaturas Zonales del CONSEP, son órganos directivos cuyos titulares ejercen la representación del Secretario Ejecutivo del CONSEP, por tanto estos cargos constituyen puestos de libre nombramiento y remoción, y con ello se encuentran excluidos de la carrera administrativa". **NOVENA.-** Que, es necesario anotar que un Acto Administrativo es legítimo cuando ha sido emitido por el órgano competente. La competencia es la cantidad de potestad que tiene un órgano del Estado para proferir un acto o como lo define Gordillo: "el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente ejercer en razón de la materia, el territorio, el grado y el tiempo" (Gordillo: Tratado de Derecho Administrativo, tomo. III Buenos Aires, Ed. Machi 1996); por lo tanto ningún agente público puede ejercer su actividad sino dentro del marco de la competencia jurídica que se le ha atribuido. "El Acto Administrativo es en consecuencia legítimo, por que es el poder jurisdiccional por el derecho, lo que en un Estado Social de Derecho lo distingue de la simple fuerza y la arbitrariedad, al determinar dentro de la organización estatal, el titular, el procedimiento, la oportunidad, la causa y la finalidad del ejercicio del poder; o dicho en otras palabras, el ordenamiento jurídico señala quién, cómo, cuándo por qué y para qué va a ser ejercido el poder; es decir lo limita haciendo al gobierno responsable de sus actos a través de los órganos encargados del control de juridicidad" Oyarte Martínez. Rafael. La Acción de Amparo Constitucional. Fondo Editorial de la Fundación Andrade & Asociados Quito. 2006. En la especie la Acción de Personal No. DTGRH-2007-0162 del 25 de abril del 2007, se emitió en base a las prerrogativas legales, y guarda total coherencia con el sistema constitucional, sin afectar ningún derecho constitucional protegido por la Carta Magna. Por las consideraciones que anteceden, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales,

RESUELVE:

1.- Revocar la Resolución adoptada por el Juez Primero de lo Civil de Imbabura, con jurisdicción en Ibarra, Dr. Luis Germán Changotasi, y consecuentemente negar el Amparo Constitucional planteado por el Ec. Marcos Ludwing Iván Moreno Ubidia.-2.- Devolver el expediente al Juez de Instancia para los fines determinados por el artículo N° 55 de la Ley Orgánica de Control Constitucional.- 3.- Enviar copia certificada de la presente Resolución, a la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura, para que observe la conducta del Juez de Instancia, Dr. Luis Germán Changotasi en la sustanciación del proceso. **NOTIFIQUESE y PUBLIQUESE.-**

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Vocal Segunda Sala. Segunda Sala.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Vocal Segunda Sala.

RAZON.- Siento por tal que la Resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional a los veintinueve días del mes de octubre del año dos mil siete.- Lo Certifico.-

f.) Robert E. Córdova Cun, Abg. Espec., Secretario Segunda Sala.

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretario de Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 1042-2007-RA

SEGUNDA SALA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso No. 1042-2007-RA

ANTECEDENTES

Xavier E. Marcos Stagg, Gerente General y representante legal de la Compañía Sociedad Agrícola e Industrial San Carlos S.A.; *Ing. Ralf Schneidewind Schmith*, Gerente General y representante legal de Compañía Azucarera Valdez S. A.; señor *Vicente Antonio Abbud Isaías*, Presidente Ejecutivo y representante legal de la Compañía Ecados S.A.; *Ing. Francisco Gordillo Tobar*, Gerente General y representante legal de la Compañía Monterrey Azucarera Lojana C. A. (MALCA); *Ing. Carlos Arturo Valdivieso Eguiguren*, Gerente General y representante legal del Ingenio Azucarero del Norte Compañía de Economía Mixta (IANCEM), comparecen ante el Juez Noveno de lo Civil de Guayaquil y, en lo principal, manifiestan “La relación entre los distintos ingenios azucareros y los agricultores de caña de azúcar se ha manejado en todo momento en base a la libertad de comercio, puesto que una actividad como el proceso de producción de la caña de azúcar no puede de ninguna manera verse limitada o enmarcada en parámetros estáticos porque se atendería en contra de la realidad del mercado. Los ingenios realizan un auténtico acto mercantil al comprar una determinada cantidad y calidad de caña a los respectivos productores, y por este acto mercantil (que reúne todos los requisitos para su validez) se pacta de manera consensual un precio adecuado y justo. El sistema siempre ha funcionado de esta forma, puesto que es el más consecuente con la realidad de este tipo de mercado, y es por esto, que es imposible que se trate de imponer un precio fijo para la tonelada métrica de caña de azúcar, más aún en un mercado tan volátil y variable, sin tener el fundamento técnico-económico adecuado. El 29 de junio del presente año, el Ing. Carlos Vallejo López, actual Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, expidió el Acuerdo Ministerial No. 196, en el que se determina lo siguiente: “Art. 1.- Establecer el precio mínimo de sustanciación (en la transcripción, el recurrente comete un error gramatical evidente: El término sustanciación es aplicable mas al campo jurídico y no como fundamento del precio de una mercancía u objeto) (debió decir sustentación, conforme consta en el Acuerdo Ministerial que se impugna) en USD 17,75 la tonelada métrica de la caña de azúcar en pie con 13° (Pol) determinado en guarapo del primer molino, tomando como base el valor promedio de los precios de venta ex ingenio del saco de azúcar de 50 kilos para el comercio y para la industria, dándole una equivalencia a la tonelada métrica de caña en pie del 75% (indexación) del valor de este saco de azúcar. Art. 2.- El valor a pagarse

como premio por calidad de cada grado superior a los 13° (Pol) será de 3,30% sobre el precio mínimo de sustentación para la tonelada métrica de la caña de azúcar en pie. La caña con grado inferior a 12° Pol, será castigada con el mismo valor que se premia. Art. 3.- Los ingenios azucareros pagarán a los cañicultores el precio que resultare de aplicar las disposiciones contenidas en el presente Acuerdo y se reservarán para su beneficio el diferencial de azúcar y los derivados que se obtienen como melaza, miel, bagazo, cogeneración de energía eléctrica y participación total de la cuota americana. Art. 4.- Los ingenios Azucareros pagarán a los cañicultores el valor de su producto en el plazo máximo de 30 días, contados desde el inicio del corte. Art. 5.- El presente Acuerdo entrará en vigencia a partir de su suscripción, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial”. Los recurrentes señalan que como fundamentación del indicado Acuerdo Ministerial se citan una serie de principios generales, entre los cuales se invoca que uno de los objetivos del Gobierno Nacional a través del Ministerio de Agricultura y Ganadería busca promover el desarrollo armónico y sostenido del sector agropecuario, fijar las políticas y arbitrar los mecanismos de comercialización y regulación necesarios para proteger al cañicultor ecuatoriano.- Igualmente expresan “Como se aprecia de la revisión del referido Acuerdo Ministerial, en el mismo se trata de imponer condiciones a las relaciones contractuales y mercantiles que existen entre los Ingenios Azucareros y los sectores de la producción de caña de azúcar, para lo cual se impone un denominado “precio mínimo de sustentación”, a través del cual se pretende obligar a los distintos Ingenios Azucareros que paguen un determinado precio -es decir, aunque no se le reconoce expresamente un precio oficial-, anulando totalmente la posibilidad de la libre negociación del producto de la caña de azúcar, lo cual se va en contra de los usos y costumbres tradicionales en este sector. Manifiestan además: “En el indicado Acuerdo Ministerial, se invocan también varias normas constitucionales en un vano intento por tratar de motivar este acto administrativo. Todos los artículos que se citan, obedecen a principios de carácter general, no concretos, precisos ni concisos. Ninguna de estas normas le conceden al Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca la potestad expresa de incidir fijando precios en las relaciones contractuales entre el sector de los Ingenios Azucareros y los productores de la caña de azúcar. Así mismo, se invoca el Art. 17 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, el mismo que preceptúa “Art. 17.- De los Ministros.- Los Ministros de Estado son competentes para el despacho de todos los asuntos inherentes a sus ministerios, sin necesidad de autorización alguna del Presidente de la República, salvo los casos expresamente señalados en leyes especiales. Los ministros de Estado, dentro de la esfera de su competencia, podrán delegar sus atribuciones y deberes al funcionario inferior jerárquico de sus respectivos ministerios, cuando se ausenten en comisión de servicios al exterior o cuando lo estimen conveniente, siempre y cuando las delegaciones se concedan no afecten a la buena marcha del despacho ministerial, todo ello sin perjuicio de las funciones, atribuciones y obligaciones que de acuerdo con las leyes y reglamentos tenga el funcionario delegado. Las delegaciones ministeriales a las que se refiere este artículo serán otorgadas por los Ministros de Estado mediante Acuerdo Ministerial, el mismo que será puesto en conocimiento del Secretario General de la Administración Pública y publicado en el Registro Oficial. El funcionario a quien el Ministro hubiere delegado sus funciones

responderá directamente de los actos realizados en ejercicio de tal delegación” (sic)” Se evidencia que la norma transcrita también refiere únicamente a ciertas funciones y competencias de los Ministros de Estado, pero una vez más, se hace mención de asuntos generales, no concretos a un tema específico. Igualmente señalan que “Debemos recordar que el Señor Ministro de Agricultura es un funcionario público, y como tal, debe circunscribir su actividad en el marco que se ha institucionalizado para tal efecto; estamos hablando del Derecho Público y precisamente uno de los principios del Derecho Público, es que tanto en el Gobierno como en todo el campo de la Administración Pública, solo puede hacerse lo que está expresamente permitido por el ordenamiento jurídico, lo que está recogido en el Art. 119 de nuestra Constitución Política, porque de lo contrario estaríamos hablando de un abuso de poder por parte de la autoridad, al no limitar sus actuaciones dentro de los parámetros constitucionales, legales y reglamentario correspondientes. Continúa expresando “En el año 2004, el entonces Ministro de Agricultura y Ganadería, Ing. Salomón Larrea F., expidió el Acuerdo Ministerial No. 128, el mismo que fue publicado en el Registro Oficial No. 358 del jueves 17 de junio de 2004, en el que se establece el denominado “Nuevo Sistema de Fijación de Precio de Base de la Tonelada Métrica de la Caña de Azúcar”. Para expedir el indicado Acuerdo, el entonces Ministro de Agricultura y Ganadería argumentó que se encontraba facultado por lo dispuesto en el Acuerdo Interministerial No. 073 del 9 de noviembre de 1984, y fue publicado en el Registro Oficial No. 66 del 15 de noviembre de 1984, además de las facultades que le concedían los artículos 2 y 4 de la Ley de Control de Precios y Calidad” Siguiendo con su argumento dice “Por considerar que el Acuerdo Ministerial No. 128 expedido por el entonces Ministro de Agricultura y Ganadería carecía de los respectivos fundamentos jurídicos y legales, se realizó una consulta al Procurador General del Estado respecto de la legitimidad del referido Acuerdo, en el que se hace patente incluso, que los artículos 2 y 4 de la Ley de Control de Precios y Calidad – que había servido de sustento para la expedición del tantas veces referido Acuerdo Ministerial – se encontraba derogado tácitamente por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor”. Señala además: “El 27 de agosto del año 2004 el Procurador General del Estado, Dr. José María Borja Gallegos admite un pronunciamiento en el que se aprecia lo siguiente: “Sobre la base de lo expuesto, considero que el Acuerdo Ministerial No. 128 publicado en el Registro Oficial No. 358 de jueves 17 de junio de 2004, por el cual el Ministro de Agricultura y Ganadería estableció el Nuevo Sistema de Precio Base de Tonelada Métrica de Caña de Azúcar, carece del soporte legal necesario para su validez, toda vez que se fundamenta en el artículo 2 del Acuerdo Interministerial No. 073 publicado en el Registro Oficial No. 66 de 15 de noviembre de 1984, y este último a su vez estuvo fundado en la Ley de Control de Precios y Calidad, derogada expresamente por la Disposición General Segunda de la Ley de Defensa del Consumidor (R. O. 520 de 12 de septiembre de 1990). Por tanto, el referido Acuerdo Ministerial No. 128 debe ser abrogado de conformidad con el procedimiento que al efecto franquea el ordenamiento jurídico vigente”. Con arreglo a lo previsto en la letra e) del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el presente pronunciamiento es vinculante y de aplicación obligatoria para la Administración Pública”. De lo anotado puede colegirse que el Acuerdo Ministerial No. 128 y que fuere publicado en el Registro Oficial No. 358 de jueves 17

de junio de 2004, expedido por el Ministro de Agricultura y Ganadería de aquella época, carece de legitimidad, por lo que cualquier acto posterior que tenga como fundamento este Acuerdo sería inevitablemente ilegítimo”. Continúa en su exposición: “Señor Juez, hemos invocado este caso como antecedente para que usted tenga un elemento más de juicio, y en especial para que conozca que no es la primera ocasión de que se atenta en contra de la libertad de contratación de los ingenios azucareros por parte del Ministerio de Agricultura y Ganadería, y porque como se colige, esta imposición ya ha sido declarada ilegítima por parte del Procurador General del Estado, a través de un pronunciamiento de carácter vinculante y de aplicación obligatoria para toda la administración pública sin excepción”. Además dice: “De lo hasta ahora expuesto, se concluye inequívocamente que el señor Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca, abrogándose funciones que no le concede ninguna ley ni reglamento, de forma unilateral y – lo que es peor – sin mayores fundamentos técnicos y económicos de manera unilateral e ilegítima determina un precio base (al que se lo llama “precio mínimo de sustentación”) para la tonelada métrica que carece de motivación, lo cual es improcedente y constituye indiscutiblemente un abuso de autoridad. Como fundamentos de Derecho expone lo siguiente: “El primer inciso del artículo 95 de nuestra Constitución Política consagra lo siguiente: “Cualquier persona, por propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace en causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública”. La invocada norma constitucional consagra a la acción de amparo constitucional como un procedimiento que por su propia naturaleza, en virtud de los principios que protege, es de carácter especialísimo que se encuentra principalmente destinado a tutelar los derechos constitucionales de todas las personas. Los requisitos para la procedencia de esta acción son los siguientes: a) Que el acto impugnado debe ser ilegítimo; b) Que violentare algún o algunos derechos consagrados en la Constitución; y, c) Que causare, o hubiese causado un daño grave. Precisamente, el acto administrativo contenido en el Acuerdo Ministerial No. 196, de fecha 29 de junio de 2007, expedido por el señor Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuicultura, y Pesca, reúne estos tres requisitos, como a continuación se procederá a explicar: La ilegitimidad del acto.- La ilegitimidad de un acto proveniente de una autoridad pública se determina de diversas formas, por ejemplo, cuando la autoridad que lo expide no se competente para hacerlo, o cuando el acto es discriminatorio; o, cuando el acto contraviere disposiciones legales y constitucionales. Arrogación de funciones.- Relativamente al Acuerdo Ministerial No. 196, de fecha 29 de junio de 2007, se evidencia una clara falta de competencia por parte del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca, puesto que ninguna Ley, ningún decreto lo faculta para determinar de manera

unilateral el precio de la tonelada métrica de la caña de azúcar, más aún cuando este precio ha sido pactado a través de un auténtico acto de comercio por las partes pertinentes, como lo es la compraventa, por lo que el Acuerdo Ministerial deviene en ilegítimo, tal como lo sustentan varios fallos del Tribunal Constitucional, de los cuales podemos citar la Resolución No. 082-2001-TP, en el cual el Pleno del Tribunal Constitucional, al conocer una demanda de amparo en contra del Director Distrital del INDA, se pronuncia de la siguiente forma: “...*sobrepasando sus facultades y ha actuado con arrogación de funciones siendo por lo mismo, éste un acto ilegítimo*”. En este mismo sentido, el Tribunal en Resolución signado con el No. 029-2000-TP, manifestó: “*Cada uno de los órganos del poder público tiene funciones específicas que cumplir, pero dentro de los parámetros de la Constitución, si no se sujetan a estos sus actos son inconstitucionales e ilegítimos*”. Todo contrato celebrado válidamente, con los requisitos legales debidamente cumplimentados, debe ser respetado, y no se puede por lo tanto a través de Acuerdos Ministeriales determinar de manera unilateral un precio fijo por cualquier operación. Falta de motivación.- En el acto administrativo que se recoge en el Acuerdo Ministerial No. 196, de fecha 29 de junio de 2007, se evidencia una falta de motivación, porque – como se lo expresó anteriormente – se han invocado una serie de normas constitucionales (incluso una del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva), que no prevén la facultad discrecional para que el señor Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, pueda determinar unilateralmente un precio mínimo de sustentación para el producto de la caña de azúcar en pie, y lo que es peor, que se fija este precio sin que se haya realizado un concienzudo estudio técnico y económico. Continúa señalando que “El numeral 13, del artículo 24 de nuestra Constitución Política instituye que: Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: “13.- *Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolverse la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente*”. Continúan expresando que “El Acuerdo Ministerial, tantas veces mencionado en la presente demanda se encuentra indebidamente motivado, por lo que también es necesario manifestar que no basta que en el mismo se invoquen varias normas, puesto que lo que exige claramente nuestra Constitución Política de la República es que en todo acto de autoridad se haga constar los correspondientes antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que sean pertinentes y adecuados, lo que no acontece en el impugnado Acuerdo. De la misma forma prosigue: “*Varias resoluciones del Tribunal Constitucional se han expedido en abono de la tesis de la ilegitimidad de cualquier acto administrativo que adolece de la falta de debida motivación. En suma, señalan que “El Acuerdo Ministerial No. 196, de 29 de junio de 2007, materia de esta acción de amparo, violentan gravemente los siguientes derechos constitucionales: Derecho a la igualdad.- o al no discrimen, recogido en el artículo 23, numeral 3 de la Constitución Política del Ecuador. Precisamente, para que la diferenciación dispuesta por la autoridad administrativa sea constitucional, es necesario que el criterio de diferenciación sea adecuado a la*

finalidad estipulado en la ley. En el presente caso, primero tenemos que el Ministro de Agricultura y Ganadería ha actuado sin atribución legal ni reglamentaria ni normativa de ningún tipo, y además al pretender determinar unilateralmente un denominado “precio mínimo de sustentación” para la tonelada métrica de caña de azúcar, está actuando de manera arbitraria y discriminatoria en contra de un grupo concreto de comerciantes del mercado del azúcar como lo son los ingenios azucareros, y más aún cuando el acto administrativo impugnado carece de motivación. – Debemos hacer hincapié que los actos administrativos no pueden limitar las acciones privadas- que es un ámbito en el que se puede hacer todo lo que no esté expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico, y que no atente contra la moral, buenas costumbres o el orden público, a menos que exista una potestad expresamente prevista en la Ley para el efecto (que no es el presente caso), puesto que los individuos gozan de la garantía constitucional del derecho a la autonomía de la voluntad en la contratación. Tenemos que el señor Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, carece de potestad discrecional para restringir esta libertad de contratación, a través de la cual se instituye una reserva a favor de los ciudadanos, garantizándoles la libertad entre ellos y lo más importante, frente al poder público. Derecho a la libertad de empresa.- consagrado en el artículo 23, numeral 16 de la Constitución Política del Ecuador. Con el Acuerdo Ministerial No. 196, de fecha 29 de junio de 2007, lo que se origina es la limitación a la libertad que tienen las empresas y a uno de sus fines, que es el de desarrollar negocios lícitos, y obtener una ganancia justa, producto precisamente de su legítima actividad mercantil. Con este acto se imponen condiciones rigurosas en un mercado variable y que siempre ha funcionado de manera óptima a través del acuerdo de las partes implicadas. Derecho a la libertad de contratación.- Consagrado en el artículo 23, numeral 18 de la Constitución Política del Ecuador. Toda persona tiene derecho a pactar acuerdos y precios de manera libre por la venta de productos agrícolas, y como se conoce señor Juez, todo contrato legalmente celebrado con los requisitos respectivos, debe ser respetado por todas las partes, y tal como lo señala el artículo 1561 del Código Civil, todo contrato es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo. Es bueno insistir en la circunstancia de que las relaciones entre los ingenios azucareros y los señores productores de la caña de azúcar son de tipo comercial, por lo que las obligaciones que emanan de este tipo de contrataciones son de naturaleza mercantil y consecuentemente, están regidas por la normativa que dispone del Código de Comercio. Un acuerdo mercantil, sobre todo si esta relación mercantil recoge su validez de normas jerárquicamente superior como lo son las recogidas en el Código de Comercio. Que cause un daño grave e inminente.- Como se lo expresó anteriormente, el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, ha determinado de manera unilateral y arbitraria un precio fijo para la tonelada métrica de azúcar, sin haber realizado los correspondientes estudios técnico-económicos, sobre todo para un mercado variable como lo es el del azúcar. Es irresponsable tratar de fijar un parámetro estático a través de la imposición de un precio mínimo de sustentación, puesto que esta decisión podría afectar de manera irreparable la relación comercial entre los ingenios azucareros y agricultores, lo que influenciaría en toda la cadena de producción del azúcar, desde que es cosechada hasta que es adquirida por el consumidor final. Pretender fijar un precio provocaría un alza en los costos, lo

que se traduciría en perjuicio para los propios cortadores de caña, podría paralizarse la comercialización de un producto de primer nivel de consumo como es el azúcar, acarreado inflación, paralización de actividades cuando las condiciones del mercado fluctúan y no haya posibilidad de una variación por precio de acuerdo de los comerciantes, afectando un incalculable número de familias ecuatorianas que se benefician del azúcar. El daño es grave y además inminente, puesto que afecta las relaciones contractuales de los ingenios azucareros y los señores cañicultores, cerrando absolutamente la posibilidad de libre contratación, de acuerdo a la realidad del mercado. Por otra parte, al imponerse este "precio mínimo de sustentación" de la caña de azúcar en pie, se generará un incremento que será pagado por el consumidor final, sùmese a esto, que automáticamente se incrementarán todos los costos para la exportación del azúcar, lo que decantaría en decrecimiento de los ingresos de divisas para el país, ya que productores de azúcar extranjeros reciben subsidio del Estado -lo que no ocurre en nuestro País- lo que debilita nuestra competitividad con relación a estos productores. De todo lo expuesto, se concluye, de manera inequívoca que el Acuerdo Ministerial No. 196 de 29 de Junio de 2007, expedido por el Señor Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca, constituye un acto de autoridad ilegítimo, por haber sido dictado sin competencia y sin la debida motivación, y que además violenta al principio constitucional de igualdad, lo que constituye una transgresión a la libertad de empresa y hacen tabla rasa del derecho constitucional a la libre contratación. Además de ser ilegítimo, el referido Acuerdo Ministerial No. 196 de 29 de Junio de 2007, viola una serie de derechos constitucionales (la igualdad, la libertad de empresa y la libertad de contratación). Finalmente, representa un acto que amenaza de manera inminente con causar un daño grave: La imposibilidad de fijar un precio equitativo, lo que afectaría a todos los niveles de la sociedad ecuatoriana en general. Continuando con su exposición, dice: "Por todo lo expuesto con claridad y precisión señor Juez, le solicito se sirva conceder el amparo constitucional presentado en contra del Ministro de Agricultura y, por lo tanto, se ordene la suspensión de los efectos, por inconstitucionalidad de fondo, del acto administrativo que contiene el Acuerdo Ministerial No. 196 de 20 de Junio de 2007. Además, en consideración a la evidente violación de los preceptos, principios y derechos consagrados en la Constitución, del daño inminente que el Acuerdo causa y tomando en cuenta la enorme repercusión social que se originaría con la aplicación de estos actos administrativos ilegítimos, solicito se digne suspender la vigencia del mencionado Acuerdo Ministerial y además de toda orden adicional que pueda expedir el Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca que tenga, o pueda tener, como efecto determinar de manera unilateral el precio por tonelada métrica de azúcar en pie" (sic) (El subrayado es de la Sala.- Vale señalar que el Acuerdo Ministerial en ninguna parte menciona el precio sobre la tonelada métrica de azúcar en pie). El 16 de Agosto de 2007, día y hora señalados para la diligencia, en el Juzgado Noveno de lo Civil de Guayaquil se ha realizado la audiencia pública en la que el ingeniero Carlos Vallejo López, Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca, ha expresado "Sobre las pretensiones del actor y los documentos anexos a la demanda, con inacción categórica de lo que admito y lo que niego por improcedente e inconstitucional: a) Impugno los nombramientos de los supuestos representantes legales de los Ingenios Azucareros, por cuanto estos carecen y han

omitido requisitos legales para su validez. A) Impugno y niego la copia certificada del pronunciamiento del Procurador General del Estado de 27 de agosto de 2007, por cuanto lo expuesto por dicho funcionario no es mas que una opinión y no es la autoridad competente para pronunciarse sobre la materia que se cuestiona. b) Categóricamente admito y me ratifico en la copia certificada constante de autor y acompañada a esta demanda de amparo constitucional, del Acuerdo Ministerial No. 169 de 29 de Junio de 2007 en el que dispongo el precio de la tonelada métrica de caña de azúcar en pie, a favor del cañicultor ecuatoriano, ya que este Acuerdo proclama mejores garantías tendientes a asegurar el desarrollo y crecimiento del sector agrícola, como al fomento y progreso de la propiedad agraria o de las empresas o microempresas agropecuarias, priorizando la investigación en esta materia y, desde luego, desterrando la pobreza, tal como lo disponen los artículos 266 y 269 de la Constitución de la República".- Continúa manifestando "Las excepciones a las pretensiones del actor: a) Ilegitimidad de personería de los supuestos representantes legales de los Ingenios demandantes en este amparo, por cuanto: Los representantes legales de una persona jurídica están sujetos a los requisitos determinados en sus Estatutos; y en muchas ocasiones, para someter a su representada o formar parte en una acción que comprometa la responsabilidad de su representada como en este caso necesita su Gerente o representante legal de una Autorización especial o delegación que le deberá dar la Junta General de Accionistas, en este caso no existe ninguna certificación a nombre de cada de ellos, que los otorgue esta delegación o copia de la Junta General de Accionistas, autorizándoles tal acción. A.- Falta de Legitimidad del Contradictor.- De conformidad con lo determinado, en el Art. 6, literal c), d), y Art. 11 de la Ley Orgánica de la procuraduría General del Estado, que habla sobre las solemnidades sustanciales se debería haber contado en esta causa con el Delegado Abogado de la Procuraduría General del Estado que tiene domicilio en esta ciudad de Guayaquil, en las calles Malecón (2000) Simón Bolívar y Av. 9 de Octubre. Por otro lado señor Juez, el Cañicultor ecuatoriano es persona interesada a nivel nacional en esta acción y sobre el tema que ilegal y arbitrariamente se ventile en este juzgado, tiene una agrupación clasista y es la Unión Nacional de Agricultores del Ecuador con sede en la ciudad de El Triunfo y cuyo representante legal es el señor Astolfo Pincay Flores, quien debió ser citado notificado con esta acción. Por otro lado señor Juez, el inciso tercero del Art. 266 de la Constitución Política del Ecuador dice: "Las Asociaciones Nacionales de productores en representación del ramo, los campesinos y profesionales del sector agropecuario, participarán con el Estado en la definición de las políticas sectoriales y de interés social". Los Cañicultores señor Juez, son más de 80.000 familias en toda la Región, el noventa por ciento de ellos son pequeños agricultores, la pequeña propiedad agraria así como la microempresa son agropecuarias, goza de especial protección del Estado, de conformidad con la Ley, según el Art. 267 y 269 de la Constitución Política del Estado. B.- LITIS PENDIENTE.- En el Tribunal Constitucional se encuentra pendiente por recurso de Apelación, un Amparo Constitucional propuesto por Xavier Marcos Stagg, Gerente General y Representante Legal de la Compañía Sociedad Agrícola Industrial "San Carlos" S.A., también Procurador Común de las mismas personas jurídicas proponentes de esta acción, Recurso interpuesto ante el Juez Octavo de lo Civil del Cantón Yaguachi con el número 270-06, y que fue resuelto por

dicha Autoridad el 25 de Octubre de 2006 a las 9h10, cuya copia de resolución adjunto como prueba a mi favor. Señor Juez, a más de la excepción alegada a favor del señor Ministro debo indicar como usted deducirá con mucha facilidad de los documentos adjuntos que se trate de: 1) Los mismos actores Xavier Marcos Stagg como Procurador de los Ingenios Azucareros. 2) El demandado es el Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca. 3) La misma materia, el precio indexado o mínimo de sustanciación de la tonelada métrica de caña de azúcar en pie. 4) El objeto es el mismo, dejar sin efecto el precio indexado de la tonelada métrica de caña de azúcar en pie. El Art. 57 de la Ley Orgánica de Control Constitucional dice: "Se prohíbe la presentación de más de un recurso de amparo sobre la misma materia y con el mismo objeto, ante un Juez o Tribunal. Al efecto quien promueva un recurso de Amparo deberá declarar bajo juramento en el escrito de presentación del mismo, que no ha presentado otro u otros sobre la misma materia y con el mismo objeto ante otro Juez o Tribunal. Es fácil de apreciar que el señor Xavier Marcos Stagg, y los demás representantes legales de los Ingenios "VALDEZ" S.A., "ECUDOS" S.A., "MALCA" C.A., IANCEN. Han incurrido en el delito de **Perjurio**, castigado en el Art. 355 del Código Penal vigente, es decir han declarado con juramento ante una autoridad faltando a sabiendas a la verdad, lo que es castigado con 3 a 6 años de reclusión menor, por lo que desde ya solicito que en la resolución a dictarse se disponga oficiar a la Fiscalía a fin de que se inicie el enjuiciamiento Penal de cada uno de los representantes de los Ingenios Azucareros y su detención preventiva. Por otro lado, señor Juez, el Art. 56 de la Ley Orgánica de Control Constitucional dispone: "Quien interponga un Recurso de Amparo, estará amparado en la presunción de Buena Fe. Pero si el Juez o Tribunal en su casa Institucional calificara de maliciosa la actuación del demandante le impondrá una multa de cien salarios mínimos vitales sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar. Señala además que "No hay violación al numeral 3er. del Art. 23 de la Constitución.- Al efecto, debemos entender que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio, o que a la inversa por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de los derechos que se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad, por eso no es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza. Sin embargo debemos señalar que por lo mismo la igualdad y la no discriminación se desprende de la idea de la unidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento Jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda la distinción del trato puede considerarse ofensiva, por si misma, de la dignidad humana, por lo que se entiende que sólo podrá existir discriminación cuando esta carezca de justificación objetiva y razonable, caso que en la especie no se verifica, puesto que el SECTOR PRODUCTOR DE CAÑA DE AZÚCAR se encuentra en total desventaja frente a los Ingenios Azucareros, motivo por el cual no se hace una discriminación positiva, más bien se busca una igualdad ante la Constitución. NO HAY VIOLACIÓN A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN CONTENIDA EN EL ART. 23 NUMERAL 18 DE LA CONSTITUCIÓN.- Pues

para ello basta con tener presente el contenido del Art. 176 y 179 de la Constitución Política de la República; Capítulo 3, Título VII, que dice: "Los Ministros de Estado representarán al Presidente de la República en los asuntos propios del Ministro a su cargo y dirigirán la Política de su Ministerio"; y, en el numeral 6 del Art. 179 de la misma carta magna dice: A los Ministros de Estado les corresponderá: 1), 2), ..6) Expedir las normas, acuerdos y resoluciones que requiera la Gestión Ministerial". Toda esta en concordancia con lo determinado en el Art. 17 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva que dice: "Los Ministros de Estado son competentes para el despacho de todos los asuntos inherentes a sus ministerios sin necesidad de autorización alguna del Presidente de la República, salvo en los casos expresamente señalados en las leyes especiales". La libertad de contratar se denomina también libertad de conclusión, se la define como la potestad que se concede a cada persona de contratar o no y, en caso de hacerlo, para elegir la persona del otro Contratante (LA PUENTE Y LA VALLE, MANUAL, "El Contrato en General"): En otras palabras, la libertad de contratar de contratar otorga a los particulares el derecho de decidir cuando, como y con quien contratar. Según el profesor Fernández Sesareño. "El Contrato y Mercado" 1ª. Edición. GACETA JURÍDICA EDICIONES LIMA 200, PAGINA 5, Expresa que "La libertad de contratar está naturalmente, en funciones de la libertad y del derecho de los demás. Desconocer esta realidad equivale a negar la calidad antológica del ser humano, lo que significa sostener, erradamente, la existencia de derechos subjetivos obsoletos. Por otro lado la libertad contractual o libertad de confirmación interna, es la facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato y en cuanto se fundamenta en la libertad de la persona, ésta no es una facultad absoluta, sino limitada por el respeto de la libertad, interés y expectativas de los demás. Sin perjuicio de aquello el orden público tiende a evitar que el económicamente débil sea víctima de la explotación y opresión por el ejercicio abusivo y desmesurado de la Libertad Contractual que el empresario o proveedor de bienes y servicios pueda generar a través de cláusulas denigrantes o vejatorias a términos contractuales abusivo contra los consumidores o usuarios, por lo cual el derecho ley en la especie debe proteger al contratante económicamente débil frente a los abusos del económicamente fuerte que pueda encontrar en el contrato un instrumento de opresión y explotación. Los principios de orden público económico exige que en toda relación económica se proteja la parte más débil del contrato. Según anota SOTO COAGUILLA, "La idea del débil contractual no es una creación nueva, es un axioma que tiene su origen en el Derecho Romano, así en el Digesto, Labetán y Paulo, sostienen que cualquier oscuridad o ambigüedad en los pactos en el contrato de compra-venta debían interpretarse en contra del vendedor. Por lo tanto las partes contractuales no se encuentran como elementos neutros o formalmente iguales; es imperativo y necesario que se regule la relevancia jurídica del "STATUS" contractual de los contratantes y la figura del débil contractual, la cual en la especie se refleja en la situación jurídica de los productos de caña de azúcar que al no mantener la vigencia de las normas que rigen los precios y la estabilidad económica equivaldría a eliminar la igualdad que tanto busca la Constitución. Añade también que "NO EXISTE ARROGANCIA DE FUNCIONES.- Señor Juez, de la lectura de mi exposición se colige con mucha claridad que al dictar el Acuerdo Ministerial No. 196, de fecha 29 de junio de 2007 he

actuado y lo he hecho facultado en los Arts. 179 y 179 literal 6) de la Constitución Política del Ecuador todo en concordancia con el Art. 17 del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en consecuencia la imputación de el Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, Ing. Carlos Vallejo López, se está arrogando es una injuria calumniosa grave que la castiga el artículo 494 del Código Penal vigente, debiendo dejar aclarado que mis propios derechos lo exhibiré ante el organismo Jurisdiccional competente a fin de que los actores de este Malicioso Temerario Amparo sean castigados con el rigor de la ley. Sobre la incompetencia del Juez para conceder este amparo, dice: "1.- Por haber litis pendiente. 2.- Por lo determinado en el Art. 2 de la Interpretación de la Ley Orgánica de Control Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que dice que la acción de amparo no procede y dice: a) Los actos normativos expedidos por una Autoridad Pública, tales como leyes orgánicas y ordinarias, decretos leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones de obligatoriedad general, ya sea para suspender sus efectos por violación a la Constitución, en el fondo o en la forma, cabe acción de inconstitucionalidad que debe proponerse ante el Tribunal Constitucional; y, b) Los actos de gobierno, es decir aquellos que implican el ejercicio directo de una atribución Constitucional en ejercicio de una facultad indelegable y que tenga alcance o efecto general. Séptimo: El Art. 95 de la Constitución Política de la República establece tres requisitos indispensables, para la procedencia de la acción de amparo constitucional, los mismos que no se desprenden del libelo propuesto por los Ingenios que recurrentes; el citado artículo establece como uno de los requisitos la acción u omisión ilegítimo de autoridad pública, el acuerdo Ministerial No. 196 emitido por el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, es totalmente legítimo fundamentado en el Art. 269 de la Constitución Política de la República; por lo que no puede un pronunciamiento del Procurador General del Estado reformar o derogar dicha disposición constitucional como los recurrentes pretenden indicar a usted señor Juez, al decir que el pronunciamiento del Procurador General del Estado ha dejado sin efecto normas que actualmente se encuentran en vigencia.- El segundo requisito consagrado en la Constitución es que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o un tratado o convenio vigente, el Acuerdo Ministerial cuya anulación se pide, protege la propiedad privada agraria así como la micro empresa agropecuaria.- Con respecto a que de modo inminente amenaza con causar daño debemos dejar claramente establecido que el acuerdo ministerial, tantas veces indicado protege al sector más vulnerable de la sociedad como son los agricultores y los supuestos que dicen los recurrentes no son nada más que amenazas de especulación que se encuentran debidamente tipificados y sancionados en el Código Penal.- En múltiples resoluciones expedidas por el Tribunal Constitucional ha declarado que la acción de amparo constitucional protege derechos subjetivos, es decir que para que una acción o una omisión sea objeto de tutela debe ser que el acto ilegítimo sea en contra de los individuos o personas naturales y mas no protege a personas jurídicas como es el caso de los recurrentes". Ha agregado 34 fojas con documentos. El Dr. Ernesto Velásquez Baquerizo, Director Regional 1 y representante de la Procuraduría General del Estado, ofreciendo ratificación de gestiones, dice "Contesto la acción de amparo constitucional señalando primeramente que acarrea nulidad de todo lo actuado no contar con el

Procurador General del Estado en las acciones presentadas contra las instituciones del Estado. De oficio no se puede notificar de esta acción al Procurador General del Estado, es el recurrente quien en su libelo debe hacerlo de manera expresa, por lo expuesto el recurrente en su acción de amparo constitucional, al no haber solicitado que se cuente con el Procurador General del Estado, ha violentado lo preceptuado en el Art. 215 de la Constitución y Art. 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, la Autoridad demandada por supuesto ilegítimo de Acuerdo Ministerial No. 196 de 29 de junio de 2007, Ing. Carlos Vallejo López, Ministro de Agricultura, es competente para establecer las políticas agropecuarias, tal como lo establece la Ley Suprema del Estado en sus Arts. 176 y 179, el supuesto acto ilegítimo no cumple con los requisitos requeridos en el Art. 95 de la Constitución, no hay daños e inminentes que afecte derechos subjetivos; el recurrente en su demanda expresa textualmente que el precio mínimo de sustentación del acuerdo Ministerial No. 196 va en contra de los usos y costumbres tradicionales en este sector olvidándose de que la costumbre no puede jamás ser un requisito en desmedro de lo que establezca la ley, ya que el acuerdo 251 de 1988, establece el sistema de indexación fijando un precio mínimo de sustentación para garantizar en efecto los derechos de los Cañicultores, que se ratifican en el actual acuerdo Ministerial 196, no existe por tanto ilegitimidad de acto alguno aún cuando el recurrente señala que el precio es pactado por la compra-veta de caña de azúcar a través de un acto auténtico de comercio pero cabe señalar que este acto de comercio debe de estar regulado por las normas que establecen las relaciones comerciales, el actor de la acción de amparo señala "los actos administrativos no pueden limitar las acciones privadas", pretendiendo objetar el principio de que el derecho público estar por encima del derecho privado, es obvio entender y comprender que las relaciones con los particulares deben estar regulado por el Estado y sobre todo en este caso anteponiendo el interés social, se dice que se ha atentado contra la libertad de empresa, a la libertad de contratación, invocando el Art. 23, numeral 16 y 18 de la Constitución, cabe recordarles que la libertad de empresa y de contratación es con sujeción a la ley, y en este caso el Acuerdo Ministerial 196 se convierte en un marco normativo que en efecto va a regular esta relación comercial, no existe daño grave e inminente.- Además debo de advertir señor Juez de que esta acción de amparo pretende mas bien es como en efecto así lo establece la demanda de no declararse con lugar la misma los representantes de las empresas azucareras se han adelantado ha advertir con perjuicios a los consumidores "que de mantenerse el acuerdo, podría paralizarle la comercialización de un producto de primer nivel de consumo y provocaría el alza de los costos, perjudicando gravemente el derecho de los consumidores derechos subjetivos de los ciudadanos, finalmente el acto es ilegítimo y no hay abuso de autoridad pública porque la Constitución en su Art. 243 establece que la economía del país estará determinada por el desarrollo socialmente equitativo, regionalmente equilibrado, ambientalmente sustentado y democráticamente participativo, lo que cabe hacer notar la presencia aquí en esta audiencia pública de quienes se verían afectado con mantener la suspensión que usted, ha hecho mediante providencia del 13 de agosto del 2007 del acuerdo Ministerial en mención, vale por tanto la presencia es esta diligencia de los representantes cañicultores velando por sus derechos subjetivos a favor de la producción nacional y el sustento de la economía igualitaria.No

habiendo acto ilegítimo no habiendo daño grave e inminente sírvase levantar la suspensión precautelatoria de su autoridad y por consiguiente declarar sin lugar la indebida acción de amparo constitucional, solicito término para ratificar mis gestiones.- De inmediato se le concede la palabra al Abogado de la parte actora quien dice: comparezco a nombre y representación del Lcdo. Xavier Marcos Stagg, en su calidad de Gerente General de la Compañía SOCIEDAD AGRÍCOLA E INDUSTRIAL SAN CARLOS S.A., quien también es procurador común de todos los ingenios azucareros que han presentado esta justa demanda de amparo. En los principal debo manifestar de las impugnaciones y excepciones deducidas por parte del patrocinador de la autoridad demandada, esto es, el señor Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, no hace más que aseverar y asegurar los fundamentos jurídicos expuestos con claridad y precisión en la demanda de amparo, el 29 de junio del 2007 el Ing. Carlos Vallejo López, actual Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, expidió el Acuerdo Ministerial No. 196, cuyo punto principal es el establecimiento o fijación de un precio mínimo de sustentación para la tonelada métrica de la caña de azúcar en pie con 13° (Pol), tal como se aprecia en la copia certificada del referido acto administrativo que ha sido agregada al expediente. Este Acuerdo Ministerial no hace otra cosa más que imponer condiciones a las relaciones contractuales y mercantiles que existen entre los Ingenios Azucareros y los sectores productivos de la caña de azúcar, para cuyo efecto, se ha fijado un denominado "precio mínimo de sustentación" que debe ser pagado por los distintos Ingenios Azucareros, sin que exista fundamento jurídico en otras palabras, se está imponiendo un precio mínimo oficial, lo que anula la posibilidad de la libre negociación del producto de la caña de azúcar, lo cual va en contra de los usos y costumbres tradicionales se han practicado en este sector. Solo a manera de ejemplo y para comprobar que las relaciones contractuales entre los Ingenios Azucareros y los productores de caña de azúcar se han manejado siempre en forma consensual; y, en especial, al momento de fijarse el precio de la compra del correspondiente producto, presento en este acto cuatro copias auténticas y certificadas de distintos contratos de compraventa de caña de azúcar en pie, suscritos y celebrados por mi representada y distintos productores de caña de azúcar, en todos los cuales se aprecia clara y contundentemente que el precio siempre se ha fijado de común acuerdo, e incluso en el primero de estos contratos que se acompaña, celebrado entre la Sociedad Agrícola e Industrial San Carlos S.A. y los cañicultores señores María Mélida Baquerizo Maldonado y el Abogado Enrique Fócil Baquerizo; en la parte final de la cláusula décima quinta se establece: *"Las partes al aceptar que lo pactado es ley para los contratantes, expresamente renuncian a cualquier otra forma de determinación o fijación de precios que pudieran surgir de manera gubernamental o ministerial mediante Decretos, Acuerdos o Leyes posteriores a la firma del presente contrato, a mas de las consideraciones legales expuestas, por el principio de que la ley no es retroactiva y rige solo para lo venidero"* (sic) con lo que justifico que la costumbre en las relaciones comerciales entre los distintos ingenios azucareros y los señores cañicultores ha sido siempre la de la libertad para contratar y, por lo tanto, la de pactar precios de forma consensuada por el producto de la caña de azúcar. El Señor Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, ha expedido el Acuerdo Ministerial No. 196, arrogándose funciones puesto que en todo el ordenamiento jurídico

vigente en nuestra República, no se le atribuye a la autoridad mencionada la facultad, potestad o posibilidad de fijar un precio mínimo de sustentación para la tonelada métrica de la caña de azúcar en pie, es decir, está incapacitado jurídicamente para actuar de forma discrecional fijando precios para el sector de la comercialización del azúcar. Debemos recalcar que el Señor Ministro de Agricultura, por ser una autoridad administrativa, debe someterse también al marco constitucional y legal que delimita y señala su ámbito de acción, no puede evadir las normas jurídicas que han sido preestablecidas (lo que se conoce como derecho de sujeción), mas aun en la esfera del Derecho Público, cuyo principal corolario es aquel que instituye que solamente puede realizarse lo que está expresamente permitido. Los actos de autoridades públicas, de manera excepcional pueden ser facultativos o discrecionales, y únicamente para los casos que estén explícitamente previstos en las leyes, puesto que por regla general sus actuaciones son regladas, precisamente para evitar los abusos del poder. El Art. 119 de nuestra Constitución Política de la República es claro hasta mas no poder, en consagrar que las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias, y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consagradas en la Constitución y en la Ley, de lo cual se concluye que el Acuerdo Ministerial impugnado en esta acción de amparo es ilegítimo porque ha sido expedido por el Ministro de Agricultura, sin que esté autorizado por ninguna Ley, reglamento o decreto para dictar un precio mínimo de sustentación para la tonelada métrica de la caña de azúcar, lo que afecta las relaciones contractuales entre las partes que celebran un acto legítimo de comercio, el cual recoge su validez de normas jerárquicamente superiores que un simple Acuerdo Ministerial. El Acuerdo Ministerial No. 196 motivo de esta acción de amparo constitucional, también adolece del vicio de la falta de motivación, tanto es así que en la supuesta fundamentación de este acto, se invocan una serie de normas que no prevén la facultad discrecional para que el Señor Ministro de Agricultura, pueda determinar unilateralmente un "precio mínimo de sustentación" para el producto de la caña de azúcar en pie, y lo que es peor que se fije este precio sin que se haya realizado un pormenorizado estudio técnico y económico, lo que viola de manera flagrante lo que dispone el Art. 24 numeral 13 de nuestra Constitución Política. Insistimos en que no basta que el tantas veces mencionado Acuerdo Ministerial se invoquen varias normas, puesto que lo que exige claramente nuestra Constitución Política es que todo acto de autoridad sea expedido con los correspondientes antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho del impugnado Acuerdo. Luego de reiterar argumentaciones ya señaladas en la demanda concluye su intervención señalando "Por todo lo expuesto le solicito se sirva conceder la acción de amparo constitucional propuesta, y por lo tanto se ordene la suspensión definitiva de los efectos del Acuerdo Ministerial No. 196 expedido el 20 de junio de 2007 por el señor Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca por **inconstitucionalidad de fondo, (el resaltado es de la Sala)** tal cual ha quedado debidamente acreditado en la presente exposición". El 23 de Agosto de 2007, el Juez Noveno de lo Civil de Guayaquil ha dictado su resolución en la que concede el amparo constitucional propuesto por los Ingenios Azucareros en contra del Ing. Carlos Vallejo López, Ministro de Agricultura, Ganadería Acuacultura y Pesca, disponiendo la suspensión definitiva del Acuerdo Ministerial No. 196 de 29 de Junio de 2007 mediante el cual se fija el precio de la tonelada métrica de

caña de azúcar en pie. De esta resolución y dentro del término han apelado el Ministerio de Agricultura y Ganadería y la Procuraduría General del Estado, apelación que ha sido concedida. Por el sorteo de ley, el caso viene a conocimiento de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, la misma que previo a resolver formula las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- El Tribunal Constitucional es competente para conocer y resolver el presente caso, conforme lo establecen el Art. 276 numeral 1 de la Constitución Política vigente en concordancia con el Art. 52 de la Ley Orgánica de Control Constitucional. **SEGUNDA.-** No se ha omitido solemnidad alguna que pueda incidir en la decisión de la causa, por lo que se declara su validez. **TERCERA.-** El Art. 95 de la Constitución Política vigente establece: *“Cualquier persona por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional y que, de modo inminente, amenace causar un daño grave. . .”* No hay discusión respecto del alcance del término “persona”, porque es criterio sostenido por el Tribunal que puede ser una persona natural o una persona jurídica. Tampoco es materia de discusión que un Acuerdo Ministerial, significa que se aplica a todos los sujetos, en contraposición con las normas “inter partes” (entre las partes), que se aplican a las personas que concurren a su celebración. Las normas contenidas en un Acuerdo Ministerial tienen carácter obligatorio general; y, mas aun si este versa sobre una materia de comercialización de productos agrícolas, con efectos erga omnes; es decir, no solo sirven para las partes intervinientes (ingenios azucareros y cañicultores) sino que establecen las condiciones a que han de someterse, en el País, el precio por tonelada métrica de caña de azúcar en pie. **CUARTA.-** Cuando se trata de impugnar la validez, legalidad o legitimidad de un Acuerdo Ministerial, que como ya se dijo, tiene efectos erga omnes, el Tribunal Constitucional ha sentado el criterio de que cuando se demanda “por inconstitucionalidad de fondo” como es el caso presente (Ver a fojas 18 en numeral quinto del libelo inicial) debe demandarse tal inconstitucionalidad, con sujeción a lo previsto en los numerales 5 y 2 del Art. 276 de la Constitución Política vigente en concordancia con el Art. 23 de la Ley Orgánica de Control Constitucional y Capítulo I del Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional. En el presente caso, un conjunto de personas jurídicas comparecen en calidad de actores, ya no solamente en representación de sus respectivas compañías sino de algunas pertenecientes a su gremio, para demandar la “inconstitucionalidad” del acto administrativo contenido en el Acuerdo Ministerial No. 196, emitido por el Ing. Carlos Vallejo López, Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca, por el cual se establece el precio mínimo de sustentación de cada tonelada métrica de caña de azúcar en pie que los ingenios azucareros deben pagar a los cañicultores; por tanto, los representantes de este sector -el de los ingenios azucareros- deben no solo estar debidamente representados por cada uno de los gerentes, sino justificar

esa calidad de gremio. Los comparecientes no son todos los componentes de los ingenios azucareros que operan en el Ecuador. Por tanto, no se ha acreditado conforme a Derecho la personería activa de los actores. **QUINTA.-** Llama la atención que, al momento, en dos salas diferentes de este Tribunal, se encuentran en trámite amparos constitucionales: Uno, singularizado con el No. 1042-2007-RA, cuya competencia se ha radicado en esta Sala y el otro, que se encuentra en conocimiento de la Tercera Sala signado con el No. 1326-2006-RA. Revisados prolijamente ambos procesos, se concluye: a) Intervienen suscribiendo la acción, las mismas compañías representadas por las mismas personas (Así lo dicen en el encabezamiento de cada escrito inicial). b) La entidad de la que emanó el acto que se demanda, en ambos casos, es el MAGAP Ministerio de Agricultura y Ganadería (así consta en el primer escrito de cada amparo presentado). c) La única diferencia se halla en el nombre del Ministro en funciones al momento de la presentación de la acción de amparo. d) Así mismo, son copias textuales las dos demandas. Mas bien debería decirse que del original anterior se ha copiado el texto para la nueva demanda. Basta cotejar una con otra. Hasta puede pensarse que hay falta de originalidad en las dos. Aunque podrán decir que si hay diferencia entre ambas: El código de identificación es diferente del uno al otro Acuerdo Ministerial. Los puntos 2.7, 2.8., y siguientes de las fojas catorce, quince, dieciséis, diecisiete, dieciocho de la primera demanda corresponde a las fojas 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 del segundo proceso (del que se ventila en la segunda Sala) Por tanto, la Sala encuentra en estos dos procesos que existen identidad de materia y objeto, configurándose los requisitos previstos en el Art. 57 de la Ley Orgánica de Control Constitucional. **SEXTA.-** En la parte inicial de fojas veinte del proceso, consta el pedido concreto de los demandantes “Se digne suspender la vigencia del mencionado Acuerdo Ministerial y además de toda orden adicional que pueda expedir el Ministro de Agricultura y Ganadería, Acuicultura y Pesca, que tenga o pueda tener, como efecto determinar de manera unilateral *“el precio por la tonelada métrica de azúcar en pie” (sic)*. Hasta ahora no hemos conocido que exista una tonelada métrica de azúcar en pie y ninguna referencia en este sentido ha hecho el Ministro de Agricultura en su Acuerdo Ministerial; Acuerdo que alude al precio de sustentación de la tonelada métrica de caña de azúcar en pie. **SEPTIMA.-** A fojas 75 del proceso que conoce esta Sala, se halla la comunicación oficial de 6 de octubre de 2006 suscrita por el Ing. Ralf Schneidewind, Gerente General de Azucarera Valdez, dirigido al señor Astolfo Pincay, Presidente de Unión Nacional de Cañicultores, en la que, textualmente, dice *“En base a las conversaciones con usted el día de ayer en la Compañía Azucarera Valdez S.A. ratificamos la compra de la caña a los cañicultores en base al sistema indexado de pago de la tonelada métrica de caña en pie, basado en los precios promedios de comercialización del saco de azúcar de 50 kg. al granel (comercio, industrias y exportaciones, en el caso de que los hubieren) de Compañía Azucarera Valdez S.A.- El precio es el siguiente: Desde el inicio de la zafra No 122 hasta el 15 de septiembre de 2006: \$ 17,50/t (mas premio por grado de pol); del 16 de Septiembre de 2006: \$ 17,00/t (mas premio por grado de pol). Estos precios podrán variar de acuerdo al precio comercial de venta que se fije en los meses siguientes”*. **OCTAVA.-** Al analizar los fundamentos de derecho, en ambas acciones de amparo, los accionantes especifican cuales son las circunstancias que impugnan del Acuerdo Ministerial 196: a) “La ilegitimidad del acto

proveniente de una autoridad pública se determina por ejemplo cuando la autoridad que lo expide no es competente para hacerlo, o cuando el acto es discriminatorio, o **cuando el acto contraviere disposiciones legales y constitucionales (el subrayado es de la Sala)** y, concretan, señalando que “Al Acuerdo Ministerial No. 196 se evidencia una clara falta de competencia por parte del Ministro de Agricultura puesto que ninguna ley, ningún reglamento, ningún decreto lo faculta de manera unilateral fijar el precio de la tonelada métrica de la caña de azúcar, mas aun cuando este acto ha sido pactado a través de un auténtico acto de comercio entre las partes pertinentes”. Nuestra Carta Fundamental en su Art. 179 establece las atribuciones y funciones de los Ministros de Estado, instituyendo en los numerales 1 y 6, las facultades aplicables al presente amparo: “*Art. 179.- A los Ministros de Estado les corresponderá: 1.- Dirigir la política del Ministerio a su cargo; . . . 6.- Expedir las normas, Acuerdos y Resoluciones que requiera la gestión ministerial*”. Si la Constitución (que es norma suprema) le faculta a cada Ministro de Estado expedir normas, acuerdos y resoluciones que requiera su gestión, la Sala no encuentra motivo alguno de ilegalidad o ilegitimidad en el Acuerdo Ministerial No. 196 expedido por el Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca, el 29 de junio de 2007. **NOVENA.-** Otra de las impugnaciones formuladas por los accionantes es la relacionada con la “falta de motivación”, al asegurar que “El Acuerdo Ministerial tantas veces mencionado en la presente demanda, se encuentra indebidamente motivado, por lo que es también necesario manifestar que no basta que en el mismo se invoquen varias normas puesto que lo que exige nuestra Constitución es que todo acto de autoridad se haga constar los correspondientes antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que sean pertinentes y adecuados, lo que no acontecen el impugnado Acuerdo”. Es obvio que, en los decretos ejecutivos y, en general en los actos administrativos de los Ministerios de Estado, las motivaciones constan en los “considerandos”; de esa revisión, la Sala tampoco encuentra falta de motivación que preceda a la expedición del Acuerdo Ministerial No. 196 por parte del Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca mediante el cual establece el precio mínimo de sustentación por cada tonelada métrica de caña de azúcar en pie, que los ingenios azucareros deben pagar a los productores (cañicultores). **DECIMA.-** Los accionantes anotan que “el Acuerdo Ministerial materia de la acción de amparo contiene graves violaciones de los siguientes derechos constitucionales: 1.- Derecho a la igualdad, debido a que el Ministro de Agricultura pretende determinar unilateralmente un determinado “precio mínimo de sustentación” para la tonelada métrica de caña de azúcar, está actuando de manera arbitraria y discriminatoria en contra de un grupo concreto de comerciantes del mercado del azúcar (ingenios azucareros)” Señalan, además “los actos administrativos no pueden limitar las acciones privadas –que es un ámbito en el que se puede hacer todo lo que no esté expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico y que no atente contra la moral, buenas costumbre y el orden público- Al respecto corresponde señalar que los accionantes no precisan ni siquiera el contenido del derecho de igualdad e incurrir en una grave confusión al creer que “al limitar las acciones privadas” se estaría atentando al principio de la igualdad. La Sala, además, no encuentra de qué forma el Acuerdo Ministerial No. 196 emitido por el Ministerio de Agricultura atente en contra del derecho a la igualdad consagrado por el numeral 3 del Art. 23 de la

vigente Constitución Política .2) Sobre el “Derecho a la libertad de empresa”, constante en el numeral 16 del Art. 23 de la Carta Fundamental citada: El derecho a la libertad de empresa constitucionalmente consagrado no es ilimitado: El límite establecido por la misma Carta Fundamental es, “con sujeción a la ley”; y no puede ser de otra manera, pues no se concibe que las empresas se encuentren por fuera o por encima del Estado, para que no se hallen sujetas a control alguno. En consecuencia, no hay evidencia de la afirmación de los accionantes; y, la Sala tampoco advierte que, con el tantas veces mencionado Acuerdo Ministerial No. 196 expedido por el Ministerio de Agricultura, estableciendo el precio mínimo de sustentación por cada tonelada métrica de caña de azúcar en pie, se lesione el derecho a la libre empresa. 3) En cuanto al Derecho a la libertad de contratación, consagrado en el Art. 23, numeral 18 de la Constitución Política del Ecuador, los accionantes expresan que “las relaciones entre los ingenios azucareros y los señores productores de la caña de azúcar, son de tipo comercial, por lo que las obligaciones que emanan de este tipo de contrataciones son de naturaleza mercantil y, consecuentemente están regidas por la normativa que dispone el Código de Comercio. Un Acuerdo Ministerial no puede afectar la relación entre comerciantes es una relación mercantil, sobre todo si esta relación mercantil recoge su validez de normas superiores como son las recogidas en el Código de Comercio”. Cabe mención que en el ordenamiento constitucional que vive el Ecuador, la única norma suprema es la de la Constitución y ella faculta a los Ministros Secretarios de Estado expedir Acuerdos Ministeriales que, como en el presente caso, están subordinados y sujetos a la Constitución (Art. 179 numerales 1 y 6) y a la Ley (Art. 14 de la Ley de Desarrollo Agrario) que le atribuye competencia al Ministro de Agricultura a fijar políticas y arbitrar los mecanismos de comercialización y regulación para proteger al agricultor, conforme al Art. 16 del Reglamento General a la Ley de Desarrollo Agrario (Políticas y mecanismos de defensa al agricultor); siendo esta última norma la que regula la facultad concedida al Ministro de Agricultura para arbitrar políticas y mecanismos de defensa del agricultor a través del mecanismo racionalizado de la fijación de franjas de precios y medidas contra las prácticas desleales del comercio exterior. **UNDECIMA.-** Los accionantes aducen que hay un Informe del Procurador General del Estado emitido el 27 de agosto de 2004, mediante consulta absuelta a un diputado del Congreso Nacional, citada por los accionistas a fojas trece del proceso que en su parte pertinente, dice “*Sobre la base de lo expuesto considero que el Acuerdo Ministerial No. 128 publicado en el Registro Oficial 358 de 17 de junio de 2004, por el cual el Ministro de Agricultura y Ganadería estableció el nuevo sistema de fijación de precio base de la tonelada métrica de la caña de azúcar, carece del soporte legal necesario para su validez. . . por tanto, el referido Acuerdo Ministerial No. 128 debe ser abrogado de conformidad con el procedimiento que al efecto franquea el ordenamiento jurídico vigente*” (El subrayado es de la Sala). Es preciso referirse al pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado: a) De conformidad con el Art. 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, le confiere potestad al Procurador para absolver consultas “Sin perjuicio de las facultades de la Función Legislativa, del Tribunal Constitucional y de la Función Judicial, determinadas en la Constitución Política de la República y en la ley, el Procurador General del Estado asesorará y absolverá las consultas jurídicas con carácter de

vinculantes sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del Sector Público y de los representantes legales y convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o Tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis en el Tribunal Constitucional". Para el caso citado, el dictamen es un hecho administrativo que no tiene efecto vinculante: Quien formula la Consulta es un Diputado. Ni siquiera lo hace el Presidente del Congreso Nacional. Para quien es vinculante el dictamen? Para el Diputado que elevó la consulta; ni siquiera para el Congreso Nacional. Diferente es el caso si el propio Ministro de Agricultura, Ganadería y Pesca hubiera elevado esa consulta. Sostener que al absolver la consulta del legislador, el Procurador General del Estado declaró la ilegitimidad del Acuerdo Ministerial 196, es desafortunado, por decir lo menos. Es desconocer el ordenamiento constitucional y las funciones y competencias del Tribunal Constitucional. Por tanto, argumentar con el dictamen del Procurador, en ningún caso tiene validez para afectar la legitimidad o la legalidad del citado Acuerdo Ministerial 196; porque el dictamen, según el contenido final del mismo el referido Acuerdo Ministerial debe ser abrogado de conformidad con el procedimiento que al efecto franquea el ordenamiento jurídico vigente" (El subrayado es de la Sala). Es menester señalar que el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, pg. 13, define el termino "ABROGAR: (Del lat. Abrogare) tr. Derecho: Abolir//Derogar" Consecuente con el pronunciamiento del Procurador General del Estado, el Acuerdo Ministerial debe ser abrogado, es decir, derogado. El Tribunal Constitucional es el único organismo facultado por nuestra Carta Fundamental para "Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto, sin perjuicio de que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales". **DUODECIMA.-** La pretensión formulada por los accionantes no se refiere a la violación de un derecho de las personas, para que se otorgue la medida cautelar de amparo de ese derecho vulnerado, sino que piden se suspenda los efectos del Acuerdo Ministerial No. 196 emitido por el Ministro de Agricultura y Ganadería "por la inconstitucionalidad de fondo"; por tanto, la inconstitucionalidad de fondo de un Acuerdo Ministerial, no puede tramitarse por vía de amparo. **DECIMATERCERA.-** La Corte Suprema de Justicia, en varias resoluciones, ha instruido a sus jueces y tribunales sobre la procedencia e improcedencia de la acción de amparo, de las que destacamos las publicadas en los Registros Oficiales números: 378 de 27 de julio de 2001, 559 de 19 de abril de 2002, 288 de 9 de junio de 2006. Sin embargo, en franco desacato de tales resoluciones, la Función Judicial continúa concediendo acciones de amparo, incluso en aquellos casos en los que, como en el presente, los mismos accionantes han proclamado tratarse de actos de naturaleza contractual, violándose el mandato del numeral 6 del Art. 50 del Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional. Es notoria la falta de aplicación del Art. 4 de la Resolución de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial de 27 de julio de 2001, que establece "Art. 4.- Un acto de autoridad es ilegítimo, es decir, arbitrario, cuando: a) La autoridad no es competente

para expedirlo o el acto excede de sus atribuciones establecidas en la Constitución o en la ley, o, b) No se ha expedido con las solemnidades sustanciales exigidas por la constitución o la ley". Por todo lo expuesto, Esta Sala en uso de sus atribuciones constitucionales y legales,

RESUELVE

1.- Revocar la resolución adoptada por el Juez Noveno de lo Civil del Guayas el veintitrés de agosto de dos mil siete; y en consecuencia, negar la acción de amparo constitucional propuesto por varios ingenios azucareros en contra del Ministro de Agricultura y Ganadería. 2.- Notificar la presente Resolución a la Tercera Sala de este Tribunal para los fines de ley referentes al trámite del Caso 1326-2006-RA. 3.- Imponer a los accionantes, la multa de veinticinco salarios mínimos vitales unificados, conforme lo establece el Art. 56 de la Ley de Control Constitucional, multa de cuya ejecución encárgase a la Dirección Administrativa Financiera del Tribunal Constitucional, por las vías que determine la ley. 4.- Oficiar a la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura a fin de que adopte las medidas adecuadas para juzgar y sancionar la conducta observada en este caso por del Dr. Pedro Veloz Vargas, Juez Noveno de lo Civil de Guayaquil. 5.- Devolver el expediente al Juez de origen para los fines contemplados en el Art. 55 de la Ley Orgánica de Control Constitucional. **NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE.**

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente Segunda Sala.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Magistrada Segunda Sala.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Magistrado Segunda Sala.

RAZÓN: Siento por tal que la Resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional a los cuatro días del mes de octubre del año dos mil siete.- Lo certifico.-

f.) Dra. Aída García Berni, Secretaria Segunda Sala.

Caso 1042-2007-RA

SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Quito, 29 de octubre de 2007.- VISTOS.- Agréguese al expediente el escrito de aclaración y ampliación presentado el 11 de octubre del 2007, por el Lcdo. Xavier Marcos Stagg, por derecho propio y como procurador común, en la acción de amparo constitucional No. 1042-2007-RA formulado por varios ingenios azucareros en contra del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca, y que ha concluido con la Resolución expedida por esta Sala el 4 de octubre de 2007 y notificado el 8 del mismo mes y año. el compareciente plantea "Por todo lo expuesto, señores Magistrados, dentro del término legal les solicito respetuosamente se sirvan reformar parcialmente el fallo expedido el 4 de octubre de 2007 y notificado el 8 del mismo mes y año, en el sentido de que por todas las consideraciones, se deje sin efecto la injusta multa que se ha impuesto en nuestra contra, por simple motivo de reclamar los derechos de nuestras representadas que se ven amenazadas por un acto ilegítimo" (el subrayado es de la Sala). Al respecto, la Sala señala: Por expreso mandato del Art. 43 del Reglamento Orgánico Funcional del Tribunal Constitucional "No podrá pedirse al Tribunal

reconsideración ni revocación de las resoluciones que dicte, pero si ampliación y aclaración dentro del término de tres días". En consecuencia, por improcedente, niéguese la reforma parcial de la Resolución No. 1042-2007-RA, expedida por esta Sala en el trámite de la acción de amparo constitucional formulado por varios ingenios azucareros en contra del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, impugnando el Acuerdo Ministerial que establece el precio de sustentación de la tonelada métrica de caña de azúcar en pie. Configurado los requisitos del numeral 3 del Art. 49 del Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional, archívese la causa.- Notifíquese.-

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente Segunda Sala.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Magistrada Segunda Sala.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Magistrado Segunda Sala.

Lo certifico.- D. M., 29 de octubre del 2007.- f.) Ab. Espec. Robert Córdova Cun, Secretario de Sala (E).

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretario de Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 1069-2007-RA

CASO No. 1069-2007-RA

**SEGUNDA SALA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

ANTECEDENTES:

Luis Harvey Rivadeneira Galiano, por sus propios derechos, y fundamentado en el artículo 95 de la Constitución Política y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional interpone acción de amparo constitucional en contra de la Dra. Betty Amores Flores, Directora General del IESS; ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo Distrito de Quito, Segunda Sala, en los siguientes términos: Expresa que con fecha 3 de Agosto del 2006, fue designado por el Dr. Ernesto Díaz Jurado, Director General del IESS en su calidad de Subdirector Provincial de Salud Individual y Familiar de Pichincha y Esmeraldas función que la ha desempeñado con corrección hasta el 16 de Abril del 2007, en que recibió el Oficio No. 62100000-2224 PI de 13 de Abril de este mismo año, en el que la Dra. Betty Amores Flores, en su condición de Directora General del IESS, le manifiesta "en uso de las facultades que le confiere la Ley de Seguridad Social publicada en el Registro Oficial No. 465 de 30 de Noviembre del 2001, y las señaladas en la Resolución C.D.021, que reformó el Estatuto del IESS, agradezco a usted a partir de la presente fecha las funciones que viene desempeñando en el cargo de Subdirector Provincial de Salud Individual y Familiar de Pichincha-Esmeraldas, del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social". Esta decisión unilateral tomada por la Directora General es infundamentada, puesto que su permanencia en la Subdirección antes referida no ha tenido problema alguno ya que su actuación ha sido apegada estrictamente a las normas establecidas por el Seguro Social, por lo que dicho acto viola derechos y garantías constitucionales como son las establecidas en los artículos 16, 17, 18 y 19; numerales 8 y 26 del artículo 23; 119 y 124 de la Constitución Política. Los argumentos por los cuales se le agradece los servicios son improcedentes e inaceptables en relación a que ninguno

de ellos, otorga competencia a la Directora General del IESS para remover en forma indistinta e indiscriminada, tanto más que su cargo no es de libre nombramiento y remoción por así establecerlo la Resolución No. C.D-023 creada para la aplicación de la Ley de Seguridad Social que se publicó en el Registro Oficial No. 465 de 30 de Noviembre del 2001 y el Reglamento Orgánico Funcional del IESS publicado en la Resolución No. C.D.021, ambas esgrimidas por la Directora General. En base de lo expuesto, solicita la suspensión definitiva del contenido del oficio No. 62100000-2244-PI de 13 de Abril del 2007 y consecuentemente, se ordene la inmediata restitución al cargo de Subdirector Provincial de Salud Individual y Familiar de Pichincha-Esmeraldas. En la audiencia pública llevada a efecto en el Tribunal de instancia la parte recurrida en lo principal alega: Que la apreciación del accionante carece de todo fundamento, así: el artículo 32 letra g) de la Ley de Seguridad Social, expresa: "*Nombrar, promover, sancionar y remover al personal del instituto de conformidad con las leyes y reglamentos sobre la materia*", por su parte, el artículo 15 RESPONSABILIDADES, numeral 9 de la Resolución No. C.D. 021 que dice: "*El nombramiento, promoción, sanción y remoción del personal del Instituto, de conformidad con las leyes y reglamentos sobre la materia*", de las disposiciones indicadas se demuestra claramente que la Directora General actuó con la facultad y competencia para remover del cargo de Subdirector Provincial de Salud Individual y Familiar de Pichincha-Esmeraldas, ya que este se halla incurso en la letra b) del artículo 92 en concordancia con el artículo 93 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, tratándose de un cargo de libre nombramiento y remoción; en tal virtud, la remoción se encuentra emitida con plena competencia y sin violación a norma constitucional alguna. Este improcedente recurso no cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 95 de la Constitución Política. Fehacientemente aparece que el actor ostentaba un cargo directivo de libre remoción conforme lo dispone el artículo 2 de la Resolución C.D. 023, dictada por el Consejo Directivo del IESS de 6 de Noviembre de 2003, en el cual se determina la aprobación de los puestos directivos con los respectivos grados salariales y las plazas en el caso que nos ocupa de Pichincha, Guayas y Azuay. El actor de creerse lesionado en sus derechos por la remoción del cargo, por tratarse de un acto administrativo emanado por autoridad pública, este debió deducir demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo. Advierte que por tratarse de un puesto directivo de libre remoción le fue extendido su nombramiento sin cumplir con lo que prescribe el artículo 71 de la LOSCCA. La aseveración de que no ha tenido ninguna clase de problemas es totalmente alejada de la verdad, el ex Subdirector en su corta permanencia tiene siete llamados de atención y una amonestación por escrito. Por último solicita tomar en consideración algunos fallos que sobre la materia se ha dictado por parte del Tribunal Constitucional y los diferentes jueces, por lo que se deberá rechazar la acción propuesta. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo Distrito de Quito, Segunda Sala, resuelve aceptar la acción de amparo constitucional propuesta. Decisión que apelada ante el Tribunal Constitucional. Radicada la competencia en la Segunda Sala por el sorteo de rigor, para resolver ser realizan las siguientes,

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- El Tribunal Constitucional, de acuerdo con los artículos 95 y 276 numeral 3 de la Constitución Política de la República, es competente para conocer y resolver en este caso; **SEGUNDA.-** No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente caso, por lo que se declara su validez; **TERCERA.-** La acción de amparo procede con el objeto de adoptar medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública que viole cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente y que de modo inminente amenace con causar un daño grave. También se podrá interponer contra los particulares cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. **CUARTA.-** Es pretensión del recurrente la inmediata restitución al cargo de Subdirector Provincial de Salud Individual y Familiar de Pichincha- Esmeraldas que por el espacio de siete meses ha venido desempeñando de manera correcta y dando un impulso especial a los organismos bajo su dependencia, mediante la creación de programas especiales que han quedado truncos; y, se condene a la demandada al pago de daños y perjuicios que le han ocasionado conforme el artículo 120 de la Constitución Política. **QUINTA.-** Conforme a lo establecido en el artículo 124 de la Constitución Política, por excepción las funciones públicas son de libre nombramiento y remoción; esto supone a la vez, que la función pública garantiza el derecho a la “estabilidad”, derecho que a su vez, no es absoluto, esta sujeto a las necesidades de la función o del servicio que se preste. La estabilidad de los funcionarios públicos además, tiene como objetivo fortalecer la institucionalidad, promoviendo y propiciando su profesionalización. **SEXTA.-** En virtud del principio *pro – homine*, contemplado en el artículo 18 de la Constitución Política “*En materia de derechos y garantías constitucionales se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia...*” **SEPTIMA.-** El artículo 92 literal b) de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, establece los cargos de la administración pública que están excluidos de la carrera administrativa y consecuentemente, son de libre nombramiento y remoción; cargos en los cuales, no consta el de “Subdirector” (Subdirector Provincial de Salud Individual y Familiar de Pichincha – Esmeraldas). **OCTAVA.-** Sin embargo, es menester establecer que en el listado de cargos que se excluyen de la carrera administrativa, efectivamente, constan entre otros, los titulares y segundas autoridades; que para el caso del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social constituyen el Director General y el Subdirector General, por lo que, los otros funcionarios con diferentes nominaciones especialmente a nivel provincial no pueden constituir ni titulares, ni segundas autoridades y menos todavía el cargo de “Subdirector Provincial de Salud Individual y Familiar de Pichincha-Esmeraldas” mismo que conforme a la Resolución No. C.D. 023 (Anexo 3) constante a fojas 31 del expediente, aparece en el puesto directivo No. 23. Por lo tanto, resulta forzado considerar como equivalente el cargo de “Subdirector” al de “segunda autoridad”. Visto de otra manera, no resiste el menor análisis que una Institución del Estado como el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social tenga varios titulares y segundas autoridades, tantas direcciones provinciales tenga la Entidad; cuando lo lógico, legal y pertinente es que tenga únicamente un Director General y un Subdirector General, como máximas autoridades, como efectivamente ocurre en la práctica. En

esa virtud, el acto de remoción es ilegítimo, viola los derechos constitucional determinado en el artículo 35 y 124 de la Constitución Política atinente al trabajo y la garantía de estabilidad propia de los servidores de carrera; y, particularmente, las normas del debido proceso y derecho a la defensa, determinadas en el numeral 27 del artículo 23 y numeral 10 del artículo 24 ibídem, ocasionando como es lógico un inminente daño grave en la medida de que se deja al recurrente sin la posibilidad de trabajar y sostener una familia. **NOVENA.-** Por lo demás, esto es, conforme a lo solicitado por el recurrente respecto al pago de daños y perjuicios reclamados, no es ventilable mediante acción de amparo, sino a través de los mecanismos que franquea la justicia ordinaria. La Segunda Sala en ejercicio de sus atribuciones,

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución adoptada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo Distrito de Quito, Segunda Sala; y, en consecuencia, conceder el amparo solicitado por Luis Harvey Rivadeneira Galiano; y, 2.- Devolver el expediente al Juez de origen para los fines contemplados en el artículo 55 de la Ley del Control Constitucional; **NOTIFIQUESE y PUBLIQUESE.**
f.) Dra. Nina Pacari Vega, Presidenta (E).

f.) Dr. Luis Jaramillo Gavilanes, Magistrado (A).

f.) Dr. Diego Pazmiño Holguín, Magistrado (A).

RAZÓN: Siento por tal que la Resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional a los veintiocho días del mes de septiembre del año dos mil siete.- Lo certifico.-

f.) Dra. Aída García Berni, Secretaria Segunda Sala.

EXPEDIENTE No. 1069-2007-RA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- SEGUNDA SALA.- QUITO, 29 de Octubre de 2007.- VISTOS: Agréguese al expediente No. 1069-2007-RA el escrito de solicitud de ampliación presentado por el Dr. Luis Harvey Rivadeneira Galiano, en relación “al pago de los sueldos no percibidos”; al respecto la Sala considera: Conforme el artículo 55 de la Ley de Control Constitucional corresponde al juez de instancia ordenar el cumplimiento de la decisión final adoptada en el procedimiento de amparo; mismo que, por su naturaleza remediadora tiene efecto retroactivo; esto es, que las cosas vuelven a su estado original. Consecuentemente, al haberse concedido el amparo, se ha dejado sin efecto el acto materia de impugnación, lo cual a su vez supone el reconocimiento de las remuneraciones dejadas de percibir durante el tiempo en que estuvo alejado de sus actividades. De este modo, se atiende el pedido de ampliación solicitado.-**NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE.-**

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente Segunda Sala.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Vocal Segunda Sala.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Vocal Segunda Sala.

Lo certifico.- Quito, D.M., 29 de Octubre del 2007.

f.) Ab. Espec. Robert Córdova Cun, Secretario (E).

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretario de Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 3704

EL CONCEJO METROPOLITANO DE QUITO

Visto el informe No. IC-2007-536 de septiembre 19 del 2007, de la Comisión de Suelo y Ordenamiento Territorial.

Considerando:

Que el 22 de junio del 2006 se publicó en el Registro Oficial la Ordenanza No. 3629, relativa al Reconocimiento y Actualización Catastral de las Construcciones Informales del Distrito; que con fecha de 22 de junio del 2007 se sancionó y entró en vigencia la Ordenanza No. 3686, que reforma parcialmente a la Ordenanza No. 3629;

Que atendiendo el criterio de sectores barriales, se debe precisar el contenido de la ordenanza vigente; y,

En ejercicio de sus atribuciones legales,

Expide:

La reforma a la Ordenanza No. 3629, reformada antes por la Ordenanza No. 3686 de Reconocimiento, Registro y Actualización Catastral de las Construcciones Informales del Distrito.

Art. 1.- Añádase en el primer párrafo del artículo 1 de la Ordenanza 3629, a continuación de las palabras "... de la construcción informal" lo siguiente: *"será opcional y..."*.

Art. 2.- En el literal a) del Art. 5 de la Ordenanza 3629, sustituida antes por la Ordenanza No. 3686, añádase a continuación de "Formulario" la palabra: *"gratuito"*.

Art. 3.- Sustitúyase el primer casillero del cuadro del Art. 6 de la Ordenanza 3629, por el siguiente:

CLASE	DESCRIPCION	REQUISITOS
I	Para edificaciones destinadas a vivienda que tengan edificaciones máximas de construcción de hasta 240m2, de hasta tres pisos de altura, cuyos acabados de construcción sean económicos o normales	Informe favorable de calificación. Comprobante de pago de la tasa. Esquemas de la edificación a reconocer, con dimensiones y cuadro de áreas

Art. 4.- Suprímase en el artículo 10 de la Ordenanza 3629, los siguientes textos:

La palabra: homogéneo u homogéneos.

Las palabras: proporcionados por la Dirección de Avalúos y Catastros.

Art. 5.- Sustitúyase el plano adjunto en la Ordenanza No. 3629, por el que se adjunta en la presente ordenanza.

Art. 6.- Suprímase en la disposición transitoria tercera de la Ordenanza 3686 la palabra "tercerizado".

Art. 7.- Sustitúyase la letra j) del Art. 4 de la Ordenanza No. 3629, sustituido antes por la Ordenanza No. 3686, por el siguiente texto:

"j) Construcciones del sector "La Mariscal", cuando la ocupación no esté permitida de acuerdo a la Ordenanza No. 0018 DE ZONIFICACION QUE APRUEBA LA REGULARIZACION VIAL, LOS USOS DE SUELO Y LA ASIGNACION DE OCUPACION DEL SUELO Y EDIFICABILIDAD PARA EL SECTOR LA MARISCAL"

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- Se establece el plazo de **ocho días** a partir de la fecha de su sanción, a fin de que la Procuraduría Metropolitana codifique todas las reformas que se hayan realizado a la Ordenanza No. 3629, y se haga conocer a las administraciones zonales y al público en general el texto único vigente.

Segunda.- Asesoría de Comunicación y Diálogo Social deberá publicar un extracto de la presente ordenanza por los diarios de mayor circulación distrital en el plazo de dos meses a partir de su sanción.

DISPOSICION FINAL

Primera.- La presente ordenanza entrará en vigencia a partir de su sanción, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Segunda.- Esta ordenanza entrará en vigencia a partir de la fecha de su sanción.

Dada en la sala de sesiones del Concejo Metropolitano de Quito, el 27 de septiembre del 2007.

f.) Andrés Vallejo Arcos, Primer Vicepresidente del Concejo Metropolitano de Quito.

f.) Dra. María Belén Rocha Díaz, Secretaria General del Concejo Metropolitano de Quito.

CERTIFICADO DE DISCUSION

La infrascrita Secretaria General del Concejo Metropolitano de Quito, certifica que la presente ordenanza fue discutida y aprobada en dos debates, en sesiones de 20 y 27 de septiembre del 2007.- Lo certifico.- Quito, 28 de septiembre del 2007.

f.) Dra. María Belén Rocha Díaz, Secretaria General del Concejo Metropolitano de Quito.

ALCALDIA DEL DISTRITO.- Quito, 28 de septiembre del 2007.

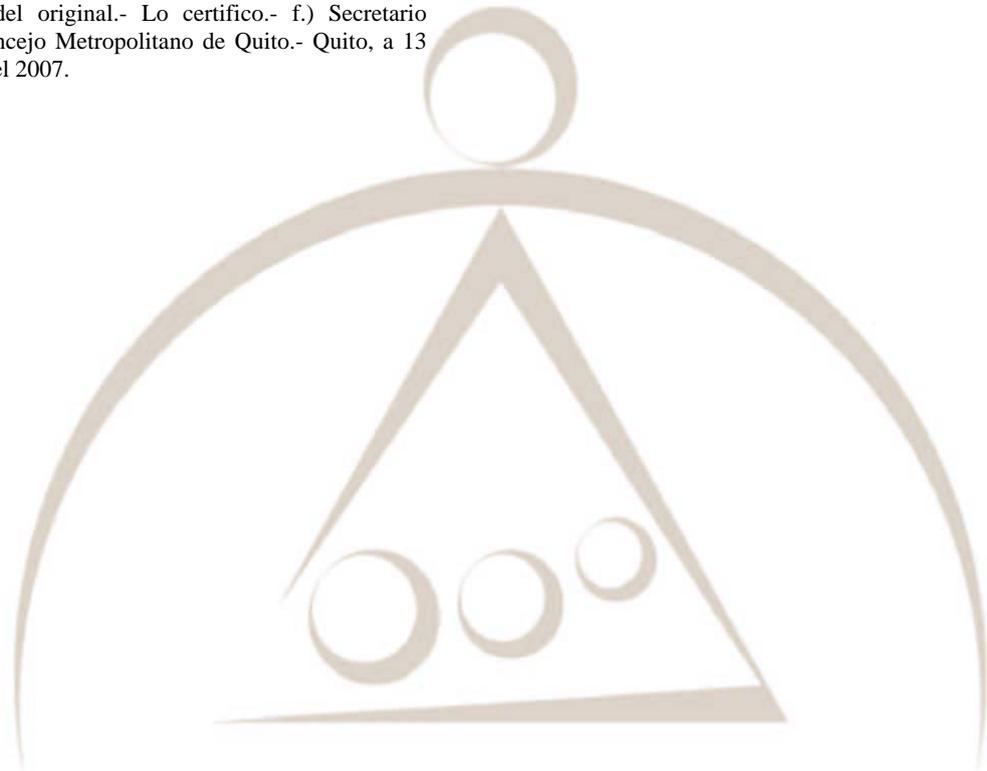
Ejecútese.

f.) Paco Moncayo Gallegos, Alcalde Metropolitano de Quito.

Certifico que la presente ordenanza fue sancionada por Paco Moncayo Gallegos, Alcalde Metropolitano, el 28 de septiembre del 2007.- Quito, 28 de septiembre del 2007.

f.) Dra. María Belén Rocha Díaz, Secretaria General del Concejo Metropolitano de Quito.

Es fiel copia del original.- Lo certifico.- f.) Secretario General del Concejo Metropolitano de Quito.- Quito, a 13 de noviembre del 2007.





Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República
Responsabilidad de la Dirección del Registro Oficial