

RESOLUCIÓN No. 101-2016

JUICIO No. 800-2011

JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SEGUIDO POR
ANDRADE ARTEAGA MARTHA EN CONTRA DEL BANCO
NACIONAL DE FOMENTO Y EL PROCURADOR GENERAL DEL
ESTADO, REMITIDO A LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA POR
RECURSO DE CASACIÓN PRESENTADO POR LAS PARTES.



RESOLUCION N. 101-2016

Recurso de casación No. 800-2011

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.-**

JUEZ PONENTE: Dr. Pablo Tinajero Delgado

Quito, 21 de enero de 2016, a las 11h09.-

VISTOS: En virtud de que: **a)** el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución N° 4-2012 de 25 de enero de 2012; **b)** el 23 de enero del 2014 se sorteó el Tribunal de jueces para la causa No. 800-2011, quedando conformado por los doctores Álvaro Ojeda Hidalgo, Maritza Tatiana Pérez Valencia y Juan Gonzalo Montero Chávez (ponente); **c)** la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y el doctor Pablo Tinajero Delgado fueron designados como Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, mediante Resolución N° 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura; y por la Resolución N° 01-2015 de 28 de enero de 2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia en la que se resolvió la integración de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia; **d)** del acta de sorteo de 29 de enero de 2015 se desprende que las causas que se encontraban en conocimiento del doctor Juan Montero Chávez como Juez ponente encargado, corresponden su conocimiento al doctor Pablo Tinajero Delgado, en la misma calidad que tenía el Juez saliente, por lo que somos competentes para resolver la presente causa conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación, así como los artículos 1 y 4 de la Resolución No. 2-2015 de 28 de enero de 2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Estando el presente recurso de casación en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4 expidió sentencia el 04 de agosto de 2011, las 14h56, dentro del proceso No. 310-2009-FL, seguido por la señora Martha Elizabeth Andrade Arteaga en contra del Gerente General y representante legal del Banco Nacional de Fomento y del Procurador General del Estado, en la que resolvió "*declara parcialmente con lugar la demanda y se establece*



Recurso de casación No. 800-2011

la ilegalidad del acto administrativo contenido en la acción de personal No. 470-2009, suscrita por el Ing. Roberto Barriga Ayala, Gerente General del Banco Nacional de Fomento, y se dispone el inmediato reintegro de la actora en el puesto que venía ocupando en el Banco Nacional de Fomento, Sucursal Chone, mediante acción de personal que deberá emitir la entidad demandada dentro del término de cinco días.”

1.2.- El 08 de agosto de 2011, la señora Martha Elizabeth Andrade Arteaga solicitó la ampliación de la referida sentencia.

1.3.- El 16 de agosto de 2011 los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4 se pronunciaron respecto de la mencionada solicitud de ampliación.

1.4.- El 22 de agosto de 2011, la señora Martha Elizabeth Andrade Arteaga presentó recurso de casación en contra de la referida sentencia, fundamentándose en las causales primera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del inciso segundo del artículo 46 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y por omitir resolver todos los puntos de la pretensión.

1.5.- El 23 de agosto de 2011, el doctor Jaime Robles Cedeño, Director Regional de Manabí de la Procuraduría General del Estado, presentó recurso de casación, fundamentándose en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del artículo 228 de la Constitución de la República del Ecuador y por errónea interpretación del artículo 71 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.

1.6.- El 05 de septiembre de 2011, el Gerente General y representante legal del Banco Nacional de Fomento presentó recurso de casación, fundamentándose en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 76 y 228 de la Constitución de la República del Ecuador; del artículo 70 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público; y, del literal a.1) del artículo



Recurso de casación No. 800-2011

11 y del artículo 152 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público; por indebida aplicación del artículo 71 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público; y, por falta de aplicación de los artículos 113 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

1.7.- El 13 de septiembre de 2011, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4 calificó el recurso.

1.8.- El Tribunal de Conjuces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en auto de 06 de enero de 2014, las 08h05, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el Gerente General y representante legal del Banco Nacional de Fomento por las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación e inadmitió a trámite los recursos de casación interpuestos por la señora Martha Elizabeth Andrade Arteaga y por el Director Regional de Manabí de la Procuraduría General del Estado.

II.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA EL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2.1.- **Validez procesal.-** En la tramitación de este recurso extraordinario de casación se han observado todas y cada una de las solemnidades inherentes a esta clase de impugnación, no existe causal de nulidad que se deba considerar, por lo que expresamente se declara la validez del proceso.

2.2.- **Delimitación del problema jurídico a resolver.-** El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 04 de agosto de 2011 adolece de los yerros acusados por el recurrente por los vicios señalados en la causal primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

2.3.- **Argumentos del Gerente General y representante legal del Banco Nacional de Fomento para proponer su recurso de casación.-** Como ya se dijo, el recurrente fundamentó su recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. A continuación, se va a analizar por separado lo que adujo:



2.3.1.- Con relación a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación del numeral 1 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.- El recurrente, luego de transcribir el numeral 1 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, señaló lo siguiente: *“El señor Gerente General de ese entonces, mediante acción de personal No. 454-2009, de 31 de Agosto del 2009, dejó sin efecto el nombramiento provisional otorgado a la actora, por no haberse sometido al concurso de méritos y oposición, violando así palmariamente la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y su Reglamento. El acto administrativo de la Resolución, cumple con las garantías del debido proceso, está suficientemente motivado y sustentado conforme obra de autos: (sic) sin embargo, la sentencia de la que recorro contraviene esta disposición Constitucional al establecer la ilegalidad del acto administrativo, pese a que se encuentra probado a cabalidad y consta de autos que el acto administrativo adoptado por el Banco se fundamenta en las disposiciones mencionadas y por lo tanto es absolutamente legítimo además de legal.”* La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en sentencia dictada el 26 de enero de 2012 dentro del proceso No. 41-2010 manifestó: *“CUARTO.- ... Humberto Murcia Ballén en su obra de la casación (citado por Santiago Andrade p. 201) sostiene: ‘que por virtud del carácter extraordinario de la casación, no puede revisar la sentencia por aspectos que el recurrente no señale, ni por cargos ni infracciones que este no denuncie, a ella (a la Corte) no le es permisible aniquilar el fallo oficiosamente cuando este resulte violatorio de normas sustanciales, las cuales sin embargo no se han citado como quebrantadas en la sentencia’. De lo anterior adviene, como consecuencia, el fundamento jurídico o razón de ser de la llamada ‘proposición jurídica completa’, o sea la necesidad de que el recurrente cite en el cargo o cargos, para éxito de esto, todos y cada uno de los preceptos legales sustanciales que tengan incidencia en el punto controvertido. Finalmente vale decir que el recurso de casación tiene que revestir la forma que la técnica llamada proposición jurídica completa. Si el recurrente no plantea tal proposición señalando con precisión una a una y todas las*



Recurso de casación No. 800-2011

normas de derecho que estima violadas en la sentencia si no se limita a una cita parcial o incompleta de ellas, el recurso no está debidamente formalizado.” De la revisión del recurso interpuesto por este extremo se verifica que el recurrente lo fundamenta en el numeral primero del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, sin embargo, se refiere a la motivación del acto administrativo, regulada en el literal 1) del numeral 7 del artículo 76 de la Norma Suprema, norma no señalada por el recurrente, aspecto que cabe señalar se encuentra en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, que no fue aducida, confundiendo cada una de las referidas causales, lo que no procede en derecho, ya que éstas son autónomas e independientes y tienen individualidad propia, error que torna al recurso en improcedente y que no puede ser corregido por la Sala, al ser la fundamentación una carga procesal del recurrente. En consecuencia, se rechaza el recurso de casación por este extremo

2.3.2.- En cuanto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación de los artículos 228 de la Constitución de la República del Ecuador, 70 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público; y, del literal a.1) del artículo 11 y del artículo 152 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.- El recurrente transcribe los referidos artículos e indica: *“Consta de autos, que el nombramiento extendido a la actora es un acto administrativo inconstitucional, ilegal e ilegítimo, emitido únicamente en base a disposiciones emanadas de los señores Otto Suárez Rodríguez y Edgardo Mármol Aguirre, Ex Presidente del Directorio y ex Gerente General del Banco Nacional de Fomento, respectivamente, con el que se otorgó un nombramiento a la hoy actora Martha Elizabeth Andrade Arteaga, sin cumplir con los requisitos Constitucionales (sic) y legales, es decir sin el respectivo concurso de méritos y oposición, lo cual acarreó la consecuencia obvia de que el nombramiento que tenía la accionante era ilegal y de nulidad absoluta. Por lo mismo, era indispensable que las autoridades del Banco, con estricta sujeción a las normas señaladas, dejaran sin efecto el referido*

5



Recurso de casación No. 800-2011

nombramiento provisional, pues el banco en acatamiento de la Constitución y la Ley, no debe, ni puede aceptar esta ilegalidad, so pena de incurrir en incumplimientos y hacerse merecedor de sanciones por parte de los Organismos de Control. Tanto es así, que existió una prohibición expresa de la Contraloría General del Estado, conforme consta de autos, que contiene la prohibición de otorgar nombramientos sin que se haya cumplido con esta disposición Constitucional (sic) del concurso de méritos y oposición. En la sentencia que impugno, ni en la parte considerativa ni en la resolutive se han considerado estos elementos que resultan ineludibles, por lo que la falta de aplicación, vuelve a la sentencia sin sustento jurídico. (...) Esta disposición legal es coherente con lo prescrito en el Art. 228 estudiado en líneas anteriores; es decir, para otorgar el nombramiento provisional de la actora, no se ha cumplido con lo establecido en esta norma legal, que determina que debe existir la selección de candidatos para ocupar puestos públicos, y evidentemente conforme consta de autos y probado hasta la saciedad por el banco, la accionante no se sometió a la selección de candidatos para el otorgamiento de su nombramiento, produciendo con ello la ilegalidad del nombramiento. La sentencia recurrida ha incurrido en la falta de aplicación de esta disposición legal, lo cual trae como consecuencia la falta de legitimidad de la misma. (...) Esta disposición contempla que se extienden los nombramientos provisionales solo cuando se haya ganado un concurso de méritos y oposición, así como el procedimiento establecido para la selección de personal, que debe regirse por los principios de legalidad, neutralidad, credibilidad, igualdad y transparencia. La sentencia materia del presente Recurso de Casación (sic), adolece del cumplimiento de estas expresas disposiciones legales, pues como hemos dicho a lo largo de este recurso, el acto administrativo de la acción de personal con la que se ha dejado sin efecto el nombramiento provisional de la actora, obedece a que para su nombramiento no se cumplió con todo el andamiaje jurídico establecido en la Constitución y en la ley, reseñadas en el presente escrito de Casación (sic). Por todo lo expuesto, es imperativo y necesario dejar plenamente establecido que el Banco Nacional de Fomento, respetuoso de la ley, no podía bajo ninguna circunstancia



Recurso de casación No. 800-2011

permitir que en forma ilegal se siga manteniendo un nombramiento provisional ilegítimo, porque inclusive la propia Contraloría ha recomendado en un Informe Final de Auditoría que 'El señor Gerente General se abstendrá de emitir nombramientos, suscribir contratos, de trabajo o similares, en caso de que no proceda el requisito de concurso de merecimientos y oposición debidamente realizado, de cuyos resultados se dejará constancia en los expedientes debidamente numerados por la Unidad de Recursos Humanos para su posterior verificación y seguimiento...' recomendación que consta a fojas 58 de los autos; de manera que el Banco Nacional de Fomento, lo único que ha hecho es dar cumplimiento con la Constitución, la ley y reglamentos, por que (sic) caso contrario estaría sujeto a sanciones por este Organismo de Control."

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en sentencia dictada el 08 de septiembre de 2015 dentro del proceso No. 551-2012 señaló:

"El vicio de falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando en el fallo la norma sustantiva aplicable al caso controvertido y ello influye en la decisión de la causa; es decir que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta. En otros términos, la falta de aplicación de norma de derecho tiene lugar cuando establecidos los hechos en el fallo, el tribunal de instancia no los subsume en la norma jurídica pertinente; esto es, en la norma jurídica que contiene la hipótesis jurídica concordante con tales hechos.- Implica error en cuanto a la existencia de la norma." En cuanto a las normas aducidas por el recurrente, el artículo 228 de la Constitución de la República dispone: *"El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora."* El artículo 70 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público ordena: **"Selección de candidatos.-** *Corresponde a las unidades de administración de recursos humanos de cada institución del Estado, conforme a las políticas de la Secretaría*



Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, la selección de candidatos para ocupar puestos públicos.” El literal a.1) del artículo 11 y el artículo 152 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público señalan, respectivamente: “**Art. 11.- Clases de nombramientos.-** Los nombramientos extendidos para el ejercicio de la función pública pueden ser: a) **Provisional: a.1.- Período de prueba.-** Aquel que se extiende a favor del ganador del concurso de méritos y oposición para ingreso a la carrera administrativa en el servicio civil, por el período de seis meses, de conformidad con lo determinado en el Art. 75 de la LOSCCA;”; “**Art. 152.- Principios.-** El Subsistema de selección de personal se sustentará en los siguientes principios: a) **Legalidad.-** De acuerdo con lo que dispone la Constitución Política de la República, en su Art. 124 inciso segundo, el ingreso y el ascenso se realizarán por concurso de méritos y oposición en concordancia y en conformidad con la normativa vigente correspondiente; b) **Neutralidad.-** La aplicación de métodos y procedimientos para seleccionar el recurso humano competente, responderá a un tratamiento equitativo, técnico e imparcial para todos los aspirantes a desempeñar un puesto público; c) **Credibilidad.-** El proceso selectivo se ajustará a la observancia de políticas, normas, procedimientos, métodos y técnicas preestablecidas que den confianza y seguridad en su aplicación, obtención y verificación de resultados; d) **Igualdad.-** La aplicación del proceso selectivo en condiciones de igualdad para los aspirantes y en función de los requisitos de los puestos; y, e) **Transparencia.-** Difusión, conocimiento, transparencia y objetividad en las normas de concurso, procedimiento y resultados.” Las normas aducidas por el recurrente establecen la obligación del ente público de realizar concursos de merecimientos y oposición para conceder nombramientos provisionales y el procedimiento a seguir para los mismos. Estas disposiciones contienen a su vez la obligación de conceder nombramientos provisionales por período de prueba a los servidores públicos o servidoras públicas que hayan ganado concursos de méritos y oposición, nombramientos provisionales que no conceden estabilidad al servidor,



Recurso de casación No. 800-2011

como lo señala la Segunda Sala del Tribunal Constitucional con resolución No. 778-2001-RA, dictada el 30 de enero del 2002: *“CUARTO.-...un nombramiento provisional no garantiza la incorporación de un servidor provisional al sistema de carrera administrativa ni la estabilidad que posee un servidor idóneo. En consecuencia, no goza de los derechos y garantías de los servidores de carrera.”* De autos se verifica que el ente público expidió la acción de personal No. 0256-2009 el 01 de junio de 2009, con la que se concedió nombramiento provisional por período de prueba a la señora Martha Elizabeth Andrade Arteaga, posterior a esto, se expidió la acción de personal No. 470-2009 el 31 de agosto de 2009, con la que dejó sin efecto el nombramiento provisional otorgado a la referida señora por medio de la primera acción de personal, indicando en los antecedentes: *“En memorando N° 2449 de fecha 28 AGO.2009 el Director de Recursos certifica que el servidor ANDRADE ARTEAGA MARTHA ELIZABETH para el ingreso al Banco Nacional de Fomento, no se sometió al Concurso de Méritos y Oposición establecido en la LOSCCA, su Reglamento y la Norma Técnica de la SENRES”*; y tomó como fundamento normativo los artículos 76, 227 y 228 de la Constitución de la República del Ecuador; 69 a 75 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público; y, el artículo 152 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público. Una vez verificado el yerro por parte de la administración pública, se dejó sin efecto el acto administrativo irregular dictado, ya que con el mismo se incumplía disposiciones legales expresas. Al respecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en sentencia dictada el 31 de enero de 2007 dentro del proceso No. 158-2004 señala: *“...la administración, en ejercicio de su potestad de autotutela, es competente para dejar sin efecto cualquier acto administrativo nulo de pleno derecho (actos irregulares), explícito o presunto, aun cuando de éste se pueda sostener que se han generado derechos para el administrado, pues, es evidente que los actos nulos de pleno derecho no se pueden consentir, porque afectan el orden público, algo que trasciende al mero interés del*

[Handwritten signature]
9



destinatario del acto administrativo.” Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández indican: “...hay que entender aplicable la sanción de nulidad de pleno derecho en todos aquellos casos en que la Administración ha observado, en efecto, un procedimiento, pero no el concreto procedimiento previsto por la ley para ese supuesto (...) si bien la Administración se ha ajustado a un procedimiento y ha observado sus trámites hay un defecto de calificación previa que desvía la actuación administrativa del iter procedimental realmente aplicable según la Ley, que, de este modo queda total y absolutamente omitido.” (Curso de Derecho Administrativo I, Décima Edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid-España, 2001, páginas 621 y 622). Estas normas y fundamentos expuestos por el ente público en el acto administrativo impugnado no fueron considerados por el Tribunal de instancia al dictar sentencia, más bien los jueces indicaron en su fallo que en el caso procedía la acción de lesividad dispuesta en el literal d) del artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, acción que significa, como lo señala la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en sentencia dictada el 29 de febrero de 2000 dentro del proceso No. 287-99, lo siguiente: “CUARTO.-...Conforme establece la ley, la doctrina y la jurisprudencia, el recurso de lesividad es el ejercicio de la acción atribuida a la Administración, para alcanzar, mediante la jurisdicción contencioso administrativa, la revocatoria del acto administrativo, cuando aquella no pudiese anularlo o revocarlo por sí misma; 2. Este principio se recoge y concreta en el derecho positivo, esto es, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su Art. 23, letra d). (...) el Art. 97 del Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva en el Ordenamiento Jurídico prescribe en su inciso 1: ‘LESIVIDAD. La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derecho y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente.’” Roberto Dromi, citado por Alberto Jhayya Segovia, indica respecto de esta acción: “es una acción procesal administrativa que habilita a la Administración para impugnar, ante el órgano judicial competente, un acto



Recurso de casación No. 800-2011

administrativo irrevocable.” (Diccionario Derecho Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2008, página 139). En cuanto a la extinción de los actos administrativos, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia, en sentencia dictada el 08 de septiembre de 2008 dentro del proceso No. 561-2008 indicó: “SÉPTIMO.-... Esta regla referida a la potestad de la administración para extinguir sus propios actos en sede administrativa, tiene como única excepción el caso de los ‘actos administrativos regulares’ de los que se desprenden derechos para el administrado, según el régimen previsto en el artículo 97 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. A este respecto, es necesario definir lo que se entiende por un acto administrativo regular. El concepto de acto regular, que es tomado de la Jurisprudencia del Consejo de Estado y de la doctrina jurídica de Francia, implica que el acto administrativo del que se trate reúna las condiciones esenciales de validez para que pueda producir efectos. Así, la estabilidad del acto se conecta con la clasificación de las nulidades, por lo que un acto regular comprende tanto los actos válidos como aquéllos que adolecen de un vicio de nulidad relativa. Desde una perspectiva más general, vinculando este planteamiento con la elaboración que esta Corte ha efectuado de los actos ilegales (género) y los actos nulos (especie), con base en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tenemos que en el ámbito de nuestra cultura jurídica son actos regulares todos aquéllos que no adolezcan de uno de los vicios de nulidad previstos en el artículo 59 ibídem. Del mismo modo siguiendo las normas contenidas en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, son regulares tanto los actos administrativos legítimos como aquéllos que adolecen de vicios convalidables, pues bien, si del acto administrativo regular (‘no anulable’ en los términos del artículo 97 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva) se desprenden derechos para el administrado, su extinción no podrá ser efectuada, si es que no media la declaración de lesividad (artículo 97 ibídem) y el subsecuente ejercicio de la acción de lesividad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (letra d del artículo 23



Recurso de casación No. 800-2011

de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).- 6) De otra parte la extinción de los actos administrativos que contienen vicios invaliables (actos administrativos irregulares) constituye un deber jurídico, que debe ser cumplido por la autoridad pública, en autotutela del interés público. En este sentido, el artículo 93 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establece que 'cualquier acto administrativo expedido por los órganos y entidades sujetas a este estatuto deberá ser extinguido cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados.' Al tratarse en el caso objeto de análisis de un acto administrativo irregular, el propio ente público que lo expidió lo puede anular por medio de otro acto administrativo sin necesidad de recurrir a la acción de lesividad, ya que no se trata de un acto administrativo regular, actuación que obedece al correcto ejercicio de la autotutela de la administración pública, autotutela que significa, según lo indica la Corte Constitucional en sentencia dictada el 04 de septiembre de 2013 dentro del caso No. 0065-11-AN, lo siguiente: "...la administración pública en general goza del principio de autotutela, principio por el cual está en capacidad de revisar sus actos o está en capacidad de imponer sus decisiones. La doctrina jurídica establece dos tipos de autotutela: la declarativa, que consiste en la facultad de la Administración de emitir decisiones (actos administrativos o actos normativos) con los que se pueden crear, modificar o extinguir derechos y deberes de los administrados, sin que para ello medie el concurso de los Tribunales y sin que exista el consentimiento de los destinatarios; y la ejecutiva, por la cual estas decisiones pueden ser impuestas por la administración, incluso coactivamente (ejecución forzosa), sin necesidad de la aprobación judicial ni el consentimiento de los destinatarios." Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, respecto de la autotutela indican: "...la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statu quo, eximiéndose de ese modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial." (Op. cit., página 505). Por las consideraciones anotadas, y al verificar que en la sentencia



Recurso de casación No. 800-2011

impugnada se produjo la falta de aplicación por parte del Tribunal de instancia de las normas aducidas por el recurrente, lo que influye en la decisión de la causa, ya que de habérselas considerado en la sentencia el fallo hubiese sido distinto, se acepta el recurso de casación por este extremo.

2.3.3.- En cuanto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por indebida aplicación del artículo 71 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.- Luego de transcribir el artículo 71 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público el recurrente indica: *“La parte pertinente de la sentencia dice: ‘OCTAVO: Si la razón para dejar sin efecto el nombramiento de la actora, ha sido la omisión del concurso de merecimientos y oposición como lo exige la Constitución y el Art. 71 de la LOSCCA, la responsabilidad de tal omisión no puede atribuirse a la actora, si no a las propias autoridades del Banco Nacional de Fomento, de la cual emanó el nombramiento a favor de la actora... ‘Como hemos afirmado, sustentado y probado, el nombramiento provisional extendido a favor de la demandante, se lo realizó inobservando la constitución (sic) de la República, la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y su Reglamento, así como la norma mandatoria de cumplimiento obligatorio que establecen el debido proceso que debe observarse para el ingreso de una persona al sector público, razón por la que se emitió la absurda e incoherente acción de personal, con la que se nombra a la señorita Martha Elizabeth Andrade Arteaga, al puesto de Asistente Administrativo del Proceso de Servicios Bancarios de la Sucursal Chone del Banco Nacional de Fomento, vulnerando disposiciones reglamentarias, legales y fundamentalmente Constitucionales (sic) que contemplan el debido proceso para el ingreso de una persona al sector público; siendo reiterativo, el Banco Nacional de Fomento, jamás podría consentir que este despropósito jurídico tenga el aval de quienes somos respetuosos del orden legal constituido, razón por la que el Gerente General de aquel*



Recurso de casación No. 800-2011

entonces, emitió la acción de personal No. 454-2009, del 31 de Agosto del 2009, para dejar sin efecto el anómalo nombramiento, por que (sic) de no hacerlo, estaríamos inmersos y sujetos a sanciones por parte de los Organismos de Control. Por tanto, lo aseverado en la sentencia por los señores jueces del Tribunal, de que el Banco Nacional de Fomento es responsable de tal omisión, carece de sentido, porque justamente el cometimiento de actos ilegales, debía ser rectificado oportunamente, como en efecto se produjo al dejar sin efecto el ilegal nombramiento. En definitiva la aplicación indebida de esta disposición legal invocada, vuelve a la sentencia sin ningún valor jurídico." El profesor Santiago Andrade Ubidia indica: "Las causales y la determinación de las normas jurídicas violadas no marchan solas, sino que hay entre ellas una total conexión, por ello no basta atribuir al fallo de instancia que ha transgredido una o muchas disposiciones legales y que se halla incurso en una o varias de las causales de casación, sino que es indispensable establecer la conexión entre unas y otras. Por ejemplo, si se dice que se aplicó indebidamente una determinada disposición de derecho sustantivo y que el fallo casado se encuentra en la situación configurada en la causal primera, se debe señalar con total precisión cuál es la razón por la cual se afirma que no debió aplicarse la norma acusada y cuál es la que sí debía aplicarse, razonando cómo habría sido la resolución si es que se procedía de la manera que a juicio del recurrente debió actuar el tribunal de instancia." (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito-Ecuador, 2005, páginas 203 y 204). De la verificación del recurso interpuesto por el recurrente se aprecia que si bien señaló que se produciría la indebida aplicación del artículo 71 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, no indicó cuál es la norma que debía aplicarse en la sentencia impugnada, aspecto que no puede ser corregido por la Sala, ya que, insistimos, la correcta fundamentación del recurso es responsabilidad del recurrente. En consecuencia, se rechaza el recurso de casación por este extremo.



Recurso de casación No. 800-2011

2.3.4.- Por falta de aplicación del artículo 113 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.- El recurrente indicó lo siguiente: “*Señores Jueces, hemos demostrado que la prueba debidamente actuada por mi representada, esto es aquella pedida, presentada y practicada de acuerdo con la ley, ha sido soslayada injustificadamente (falta de aplicación) por los señores jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4 de Portoviejo, ya que no se la ha valorado, porque no han tomado en cuenta los documentos aparejados al escrito de prueba presentado por el BNF en debida y legal forma, conforme lo establecen los artículos 113 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, pese a que son documentos de absoluta validez y constituyen prueba de irrefutable valor, que no han sido tomados en cuenta por el Tribunal Ad. Quem.*” La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en sentencia dictada el 23 de enero de 2011 dentro del proceso No. 476-2006, señaló: “**QUINTO.-** ... *Esta Corte ha señalado reiteradamente que la valoración de la prueba - punto al cual se refiere la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación- es una atribución de los Tribunales Distritales o de instancia, y que la Sala de Casación está facultada únicamente para controlar que dicha tarea haya tenido lugar sin contravenir el ordenamiento jurídico; por lo que, para que prospere un recurso fundado en tal causal, es necesario que el impugnante cumpla, al mismo tiempo, con estos requisitos: a) Identifique la prueba o pruebas respecto a las cuales el juzgador a quo ha infringido el ordenamiento jurídico; b) Determine la norma o normas de valoración que estima infringidas; c) Demuestre Razonadamente la manera en la cual el Tribunal ha incurrido en la infracción; y, d) Señale la norma o normas de derecho sustantivo que, por efecto de la violación de orden procesal, han dejado de ser aplicadas o lo han sido defectuosamente.*” De la revisión de la fundamentación del recurso interpuesto por el recurrente por este extremo se verifica que no cumple con los citados requisitos, ya que no identifica las pruebas respecto de las cuales el tribunal de instancia ha infringido el ordenamiento jurídico, no determina las normas de valoración que estima infringidas y no señala con claridad las normas de derecho sustantivo que por efecto de la violación de orden



Recurso de casación No. 800-2011

procesal han dejado de ser aplicadas, ya que no es suficiente para el efecto indicar que se refiere al artículo 113 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, ya que pone a la Sala Especializada en la disyuntiva de determinar qué artículos del Código Procesal son aplicables al caso, lo que no procede en derecho, ya que la correcta fundamentación del recurso es carga procesal del recurrente, sin que la Sala pueda corregir este tipo de errores. En consecuencia, se rechaza el recurso de casación por este extremo.

2.3.5.- Respecto del Mandato Constituyente No. 8.- En la sentencia impugnada se toma en cuenta lo dispuesto en el Mandato Constituyente No. 8, por lo que cabe indicar que la parte actora señaló dentro del proceso: *“...desde el 9 de agosto del 2004 vengo prestando servicios para el Banco Nacional de Fomento como tercerizada y de acuerdo al Mandato Constituyente No 8 todos los trabajadores intermediados que hayan prestado servicios por más de 180 días con anterioridad a la aprobación del mandato N° 8 (30 de abril del 2008) debían ser asumidos de manera directa por las instituciones del sector público, por lo que, de conformidad a la disposición del mandato constituyente N° 8 mi relación laboral debe ser directa con el B.N.F estable y permanente, la acción de personal del Gerente General es nula porque contraviene también el mandato constituyente No 8.”* El Mandato Constituyente No. 8 señala en el cuarto inciso de su disposición transitoria primera: *“Los trabajadores intermediados también serán asumidos de manera directa por las instituciones del sector público, empresas públicas estatales, organismos seccionales y por las entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza o estructura jurídica, el Estado o sus Instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos de recursos públicos, siempre y cuando hayan prestado sus servicios por más de 180 días con anterioridad a la aprobación de este mandato.”* De la revisión de esta norma se verifica que no dispone que la relación con los trabajadores intermediados sea estable y permanente como aduce la actora, por lo que esta afirmación carece de asidero jurídico. Sí se constata de autos que en observancia a lo dispuesto en esta norma, conforme la propia actora lo indicó en el proceso, se



Recurso de casación No. 800-2011

celebraron con ella contratos de servicios ocasionales, los que son jurídicamente válidos de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 19 y 64 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público. De acuerdo a lo ordenado en el artículo 228 de la Constitución de la República del Ecuador, norma jerárquicamente superior al Mandato Constituyente No. 8: *“El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción.”*, norma que no puede ser inobservada por parte del Banco Nacional de Fomento para el caso objeto de análisis, por lo que al no ser adecuada en derecho, no es procedente la petición de que se declare nula la acción de personal No. 470-2009 del 31 de agosto de 2009, con la que dejó sin efecto el nombramiento provisional por período de prueba otorgado a la referida señora por medio de la acción de personal No. 0256-2009 el 01 de junio de 2009.

III.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, acepta el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4 el 04 de agosto de 2011, las 14h56, dentro del proceso No. 310-2009-FL, seguido por la señora Martha Elizabeth Andrade Arteaga en contra del Gerente General y representante legal del Banco Nacional de Fomento y del Procurador General del Estado, de acuerdo a lo señalado en el punto 2.3.2 de esta sentencia, en consecuencia casa la sentencia impugnada y de conformidad a lo dispuesto en el primer inciso del artículo 16 de la Ley de Casación, declara la legalidad y validez de la acción de personal No. 470-2009 del 31 de agosto de 2009, con la que se dejó sin efecto el nombramiento provisional por período de



Recurso de casación No. 800-2011

prueba otorgado a la señora Martha Elizabeth Andrade Arteaga. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 01 de junio de 2015.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

Dr. Pablo Tinajero Delgado
JUEZ NACIONAL

Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo
JUEZ NACIONAL
VOTO SALVADO

Certifico.-

Ab. Cynthia Guerrero Mosquera
JUEZA NACIONAL

Dra. Nadia Armijos Cárdenas
SECRETARIA RELATORA



Recurso de Casación No. 800-2011

Voto Salvado concurrente del Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, 21 de enero de 2016, a las 11h09.-



VISTOS: Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, por disentir de la mayoría, **emito el presente voto salvado concurrente**, en los siguientes términos:

En lo principal, estoy de acuerdo con la sentencia de mayoría, en cuanto acepta el recurso de casación propuesto por el Banco Nacional de Fomento, de acuerdo a lo señalado en el punto 2.3.2. de la sentencia.

Sin embargo, el motivo de mi discrepancia tiene que ver con lo afirmado en la parte final del punto 2.3.1., respecto al artículo 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, pues aunque dicho artículo tiene relación (también) con la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, tal norma constitucional no está condicionada, ni puede estarlo, a que sea alegada "únicamente" dentro de dicha causal.

Notifíquese, devuélvase y publíquese.-


Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo
JUEZ NACIONAL


Ab. Cynthia Guerrero Mosquera
JUEZA NACIONAL


Dr. Pablo Tinajero Delgado
JUEZ NACIONAL

Certifico.-


Dra. Nadia Armijos Cárdenas
SECRETARIA RELATORA

