-33-
treinta y tres

RESOLUCION N. 686-2016

Recurso de casación No. 419-2009
CONJUEZ PONENTE: DR. IVAN PATRICIO SAQUICELA RODAS

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
Quito, a 01 de junio de 2016, a las 09h00.-

VISTOS: El 30 de marzo de 2009, las 11h09, la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en la ciudad de Quito, dictó sentencia y resolvió aceptar la demanda presentada por el Doctor Juan Carlo Carranza Barona, y por ende declaró la nulidad del acto administrativo impugnado, esto es la Acción de Personal No. PGRH-20015-49, de 29 de abril de 2005, suscrita por la Coordinadora de Gestión de Recursos Humanos y por el Director Provincial de Salud de Pichincha (E), con la cual se dejó sin efecto el nombramiento provisional del antes mentado Dr. Juan Carlo Carranza Barona. Adicionalmente, se resolvió en dicha sentencia que la autoridad que emitió tal Acción de Personal, reintegre al actor al cargo del que fue separado, y satisfaga las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha de cesación de sus funciones hasta su efectivo reintegro, debiendo satisfacer al IESS los valores correspondientes a la afiliación por ese período, para lo cual de las remuneraciones a pagarse se descontará el respectivo aporte de personal. Mediante auto de admisibilidad, de fecha 4 de marzo de 2010, 16h20, ésta sala admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el Director Provincial de Salud de Pichincha conjuntamente con el Asesor Jurídico de dicha Dirección y delegado del Procurador General del Estado. El recurso de casación fue admitido por las causales primera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. El Tribunal de Jueces integrado por el Dr. Alvaro Ojeda Hidalgo, (Juez Ponente), Dra. Tatiana Pérez Valencia y Dr. José Suing Nagua, casó la sentencia impugnada de 30 de marzo de 2009, las 11h09, antes referida, y resolvió declarar legal el acto administrativo impugnado; es decir la acción de personal No. PGRH-2005-49, de 29 de abril de 2005. El Dr. Juan Carlo Carranza Barona interpuso acción extraordinaria de protección. La Corte Constitucional, mediante sentencia signada con el número 188-14-SEP-CC, resolvió declarar la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de la obligación de motivar las decisiones judiciales, y la seguridad jurídica, aceptando la acción extraordinaria de protección presentada, decidió retrotraer el proceso hasta el momento en que se produjo la vulneración, y dispuso que otro

Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia conozca el recurso de casación interpuesto.

PRIMERO: COMPETENCIA.- Es Tribunal es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y el artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación; y de acuerdo al acta de sortero electrónico efectuada el 2 de marzo de 2015, a las 10h26.

SEGUNDO: DEL RECURSO DE CASACION.- El recurso de casación no constituye una nueva instancia y, por tanto, no tiene por objeto sino revisar si en la sentencia existen errores de derecho; esto es si se vulneran normas jurídicas en la sentencia misma, vicios que deberán ser evidenciados de conformidad con las causales y formas de infracción previstas en la Ley de Casación.

Edgardo Villamil Portilla expresa que: "*En casación, (...)es un juicio a la sentencia del Tribunal y no a la conducta del procesado o de las partes en el contrato. No hay, salvo excepciones, un juicio sobre los hechos del proceso, es un juicio a la sentencia, un contraste entre ella y la ley; por lo que el esfuerzo argumentativo y el tipo de sentencia son diferentes...*" (Villamil Portilla, Edgardo, "Estructura de la sentencia judicial", Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Consejo Nacional de la Judicatura de Colombia, Bogotá, 2004, página 156).

En este sentido, el análisis del presente recurso se contrae exclusivamente a efectuar una confrontación entre los aspectos materia del recurso de casación y la sentencia dictada por el Tribunal juzgador, en función de las pruebas actuadas ante esa instancia; es decir partiendo de los hechos fijados por el Tribunal A quo, sin que se pueda efectuar estudio, referencia o constatación de otra documentación, pues no se trata de un recurso de apelación, como deja claramente diferenciado el Código Orgánico de la Función Judicial.

El recurso de casación interpuesto por el Dr. Jorge Cueva Ayala, Director

-34-
Treinta y cuatro

Provincial de Salud Pichincha y, Dr. Marco Augusto Suárez Galarza, Asesor Jurídico de la Dirección Provincial de Pichincha y delegado del Procurador General del Estado, se fundamenta en las causales primera, quinta y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. Refieren la falta de aplicación del artículo 124 inciso segundo de la Constitución Política del Ecuador de 1998, artículos 6 literal b; 70, 71, 72, 74 y 75; 90, 92, 93 literal b) y 95 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa; el Decreto Ejecutivo No. 012 de 22 de abril de 2005, y el artículo 11 literal d) del Reglamento de le mencionada ley. Señalan la aplicación indebida de los artículos 28 y 29 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 31 de la Ley de Modernización del Estado, 94 inciso final del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, y numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política de 1998, y 47 de la LOSCCA 2003. Alegan además la errónea interpretación del artículo 19 de la LOSCCA 2003.

TERCERO: LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.- Antes del análisis de las casuales alegadas por el recurrente, conviene referirnos a lo resuelto por la Corte Constitucional en la Acción Extraordinaria de Protección planteada por el ciudadano Juan Carlo Carranza Barona. La Corte Constitucional, mediante sentencia No. 188-14-SEP-CC, dejó sin efecto la sentencia de 19 de junio de 2012, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia; dentro del juicio contencioso administrativo No. 13472-LLM (recurso de casación No. 0419-2009). Declaró la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de la obligación de motivar las decisiones judiciales, y la seguridad jurídica, recogidos en los artículos 76 numeral 7 literal l), y 82 de la Constitución; en lo relevante como fundamentación la Corte Constitucional señaló:

"(...) La Sala de la Corte Nacional de Justicia, por su parte, decidió casar la sentencia de instancia y declarar la legalidad del acto; no obstante, presentó como argumento para sostener su decisión un análisis que no corresponde al objeto del juicio, que era la estricta impugnación en sede contencioso-administrativa de su remoción por

habérsele considerado como un cargo de libre nombramiento y remoción.

Por lo tanto, el razonamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, expuesto en la sentencia de casación, adolece de un vicio de incongruencia en su formulación. Dicho vicio se evidencia debido a que respecto de la actuación jurídica que fue impugnada a través del juicio contencioso-administrativo debió haberse constreñido el análisis a las características internas del acto impugnado, que determinarían su validez o nulidad, mas no a las de otro acto, fuera del alcance de su decisión en el caso concreto (...)"

En consecuencia, este Tribunal se concretará al objeto del juicio, revisando, como es su competencia, el recurso de casación interpuesto.

Conforme enseña la doctrina, el recurso de casación será revisado en un orden lógico de causales; esto es, en primer lugar examinaremos la causal quinta, luego la causal cuarta y finalmente la causal primera de la Ley de Casación, en las que sustenta su recurso el recurrente.

3.1. CAUSAL QUINTA, EN LA SENTENCIA SE ADOPTAN DECISIONES INCOMPATIBLES.-

Dice el recurrente que, a pesar de que el actor en ninguna parte de la demanda enuncia la clase de recurso contencioso administrativo que interpone, "(...) el Tribunal juzgador interpreta y califica que se trata de recurso subjetivo o de plena jurisdicción, pero en la Resolutiva de la sentencia, dice: "...aceptando la demanda, **declara la nulidad del acto administrativo materia de la presente impugnación...",** lo que en forma por demás clara se establece una incompatibilidad. En todo caso la incompatibilidad consiste en que, el Tribunal A quo, determina el Recurso como de plena jurisdicción o subjetivo, sin embargo resuelve por el contenido del otro recurso que es recurso objetivo o de anulación (...)".

Ahora bien, la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación determina:

"Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles". En este caso el recurrente afirma que hay una incompatibilidad por cuanto el Tribunal

-35-
treinta y cinco

determina que es un recurso de plena jurisdicción o subjetivo, y que sin embargo resuelve por el contenido del recurso objetivo o de anulación.

Este Tribunal puntualiza que, en efecto, en la sentencia los jueces del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, señalan que Juan Carlo Carranza Barona, formula recurso subjetivo o de plena jurisdicción, pero no es cierto que el actor no haya determinado la clase de recurso que presentó y que el Tribunal se atribuyó calificar o interpretar, como afirma el recurrente. Pues, en la demanda propuesta el actor en forma expresa, en el acápite denominado "PRETENSION", dice: "(...) Con los antecedentes expuestos, y a través del Recurso Contencioso Administrativo Subjetivo o de Plena Jurisdicción, impugno la acción de personal No. PGRH-2005-49 (...)"

Por lo demás, este Tribunal no encuentra que haya motivo para casar la sentencia recurrida por la causal quinta, no existen resoluciones contradictorias o incompatibles; en la sentencia se lee que el fundamento fáctico y jurídico sobre el cual se expidió la acción de personal impugnada no se ajusta a la realidad ni a los presupuestos previstos en el artículo primero del Decreto Ejecutivo No. 012 de 22 de abril de 2005, además se señala que no está debidamente motivada, y que este vicio indefectiblemente provoca la nulidad del acto administrativo por cuanto no es susceptible de convalidación. Por tanto, estamos frente a lo que la doctrina llama los actos nulos de pleno derecho y los anulables, en esa consideración es que, tratándose de un recurso de plena jurisdicción o subjetivo, la sentencia lo que hace es declarar nulo el acto administrativo, mas no resolver el recurso de anulación u objetivo. Recordemos que, de conformidad con el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa el recurso de plena jurisdicción o subjetivo se lo interpone para amparar un derecho subjetivo del recurrente, y eso es lo que ha hecho el actor y ha considerado el Tribunal a quo, verificándose así que existe confusión en el recurrente al creer que por el hecho de haberse declarado la nulidad, el recurso es objetivo o de anulación, lo cual no es así, por lo que se desecha el recurso por este extremo.

3.2. CAUSAL CUARTA, EN LA SENTENCIA SE OMITE RESOLVER TODOS LOS

PUNTOS DE LA LITIS.-

Dice el recurrente que en el fallo solamente se enuncian las excepciones de la parte demandada, y sin que se haya hecho un análisis crítico valorativo, el Tribunal A quo ha desestimado las excepciones de la parte demandada. Es así que el recurrente señala que: "*No se resuelve sobre la excepción de falta de legítimo contradictor, cuando en la Acción de Personal impugnada en esta causa, la suscriben tanto el señor Director Provincial de Salud de Pichincha de ese entonces Dr. Nelson Arellano Lascano, como la Dra. Miriam Romero Pinos, Coordinadora del Proceso de Gestión de Recursos Humanos, que no ha sido demandada por el actor*".

Al respecto es necesario señalar que en la contestación a la demanda, el Director Provincial de Salud de Pichincha dedujo, entre otras, las siguientes excepciones: "*b.- Ilegitimidad de Personería Pasiva: La demanda se ha propuesto al Señor Procurador General del Estado y no al Estado Ecuatoriano, en la persona del Señor Procurador, quien tiene la representación legal del Estado, además porque el Director Provincial de Salud de Pichincha, carece de Personería Jurídica (...) e.- Falta de legítimo contradictor: Al no ser el Estado Ecuatoriano en forma directa, teniendo como representante al Señor Procurador General del Estado, por una parte; y, al mismo tiempo no es demandada la Coordinadora de la Gestión de Recursos Humanos de la Dirección Provincial de Salud de Pichincha, en la persona de la Dra. Miriam Romero Pinos que es quien suscribe en forma conjunta la acción de personal impugnada*".

Adviértase entonces que en la forma como está redacta la contestación a la demanda, las excepciones deducidas por la parte demandada son, por un lado, la ilegitimidad de personería pasiva por no haberse demandado al Estado Ecuatoriano; y por otro lado, la falta de legítimo contradictor por no haberse demandado a la Coordinadora de la Gestión de Recursos Humanos de la Dirección Provincial de Salud de Pichincha, y además, por no haberse demandado al Estado ecuatoriano (a pesar de que este último aspecto ya fue mencionado en la otra excepción).

Con cargo a la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, el recurrente afirma que en la sentencia recurrida se ha dejado de resolver una de las excepciones planteadas; esto es, la falta de legítimo contradictor por no haber sido demandada la Coordinadora de la Gestión de Recursos Humanos, quien suscribió la acción de

36 - Treinta y seis

personal impugnada conjuntamente con el Director Provincial de Salud de Pichincha, lo cual será analizado a continuación. Lo referente a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por indebida aplicación de normas de derecho, uno de cuyos argumentos es que se debió demandar al Estado ecuatoriano en lugar de haberse demandado al Procurador General del Estado, será analizado en el numeral 3.3.2 de esta sentencia.

La causal cuarta recoge los vicios ultra petita y de extra petita, así como los de citra petita o mínima petita. Constituye ultra petita cuando hay exceso porque se resuelve más de lo pedido, en cambio cuando se deciden puntos que no han sido objeto del litigio, el vicio de actividad será de extra petita. En cambio cuando se deja de resolver sobre alguna o algunas de las pretensiones de la demanda o sobre las excepciones, estamos frente a lo que se llama citra petita o mínima petita.

En el presente caso, el recurrente alega que en la sentencia recurrida el Tribunal de instancia ha omitido resolver sobre una de las excepciones planteadas por la parte demandada, esto es, la de falta de legítimo contradictor. Al respecto se verifica que a fojas 24 a 30 del proceso consta el escrito de contestación a la demanda presentado por el Director Provincial de Salud de Pichincha, que en el literal e) de las excepciones consta lo siguiente: "... *al mismo tiempo no es demandada la Coordinadora de la Gestión de Recursos Humanos de la Dirección Provincial de Salud de Pichincha, en la persona de la Dra. Miriam Romero Pinos que es quien suscribe en forma conjunta la acción de personal impugnada*". Por su parte, en los antecedentes de la sentencia impugnada solamente se menciona las excepciones planteadas por la parte demandada, una de las cuales se refiere a la de falta de legítimo contradictor por no haberse demandado a la funcionaria que suscribe la acción de personal impugnada conjuntamente con el Director Provincial de Salud, pero en la parte considerativa no se analiza ni se examina dicha excepción de manera alguna, y en la parte resolutiva el Tribunal de instancia se ha abstenido de resolver este asunto, configurándose así el vicio de citra petita o mínima petita, al haberse dejado de resolver una de las excepciones sobre las que se trabó la litis, por lo que se acepta el recurso por este extremo.

3.3. ANALISIS DE LA CAUSAL PRIMERA.-

El recurrente afirma que: "En la sentencia recurrida no se aplicaron las normas de las siguientes disposiciones legales que rigen para esta causa, y que están contenidas en los Arts. 124 inciso 2do. de la anterior Constitución Política de la República del Ecuador dictada en el año 1998; de los Arts. 6 literal b); 70, 71, 72, 74 y 75 del capítulo IV de la Selección de Personal, 90, 92, 93 literal b) y 95 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 184 de fecha 6 de octubre del 2003 (o su equivalente de la actual codificación); Decreto Ejecutivo No. 012 de 22 de abril del 2005 publicado en el Registro Oficial No 7 de 29 de abril del 2005; y, Art. 11 literal d) del Reglamento de la mencionada Ley de Servicio Civil. Disposiciones legales en las que establece imperativamente que todos los servidores públicos ingresan por concurso de méritos y oposición, no así los cargos de libre nombramiento y remoción. Es determinante el inciso 2do del Art. 124 de la Constitución de 1998, en concordancia con el Art. 6 literal b); 70, 71, 72, 74 y 75 del capítulo IV de la elección de personal de la LOSCCA 2003."

Así expuesta la fundamentación del recurrente, está claro que señala falta de aplicación de normas de Derecho, en consecuencia corresponde al tribunal de casación examinar si, en efecto, éstas normas debían ser aplicadas al caso en cuestión.

La causal primera que invoca, de acuerdo a la doctrina y reiterados criterios de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Nacional de Justicia tiene que ver con la infracción directa a la norma sustantiva; es decir, no corresponde al tribunal de casación hacer valoración alguna a los hechos que fueron ya fijados por el tribunal de instancia, sino únicamente determinar si la subsunción realizada es la correcta. La subsunción no es sino el encadenamiento lógico de una situación fáctica específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotética contenida en la norma. El vicio de juzgamiento o in iudicando contemplado en la causal primera, se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la escogida; 2) Cuando el juzgador entiende

rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido; 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido de alcance que no tiene. (Gaceta Judicial. Año CXI. Serie XVIII, No. 10. Página 3573. Quito, 23 de noviembre de 2010).

3.3.1. FALTA DE APLICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO.-

En el caso que nos ocupa, el recurrente acusa la falta de aplicación del inciso segundo del artículo 124 de la Constitución de 1998 que establece: "*La ley garantizará 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 concursos de méritos y de oposición.* ***Solo por excepción, los servidores públicos estarán sujetos a un régimen de libre nombramiento y remoción***" (lo resaltado nos pertence). Adicionalmente manifiesta que en la sentencia recurrida se han dejado de aplicar el literal b) del artículo 6 y los artículos 70, 71, 72, 74, 75, 90 y 95 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa vigente a la época, normas éstas que regulan el ingreso de los servidores a la carrera administrativa, en especial, establecen el requisito del concurso de méritos y oposición para el ingreso a la carrera administrativa. Al respecto es necesario puntualizar que el acto administrativo impugnado es la Acción de Personal No. PGRH-2005-49 con la que, al amparo del Decreto Ejecutivo No. 012, se dejó sin efecto el nombramiento provisional del doctor Juan Carlo Carranza Barona, y es la materia sobre la que se trabó la litis. Dicho en otras palabras, no está en discusión la forma en que el doctor Juan Carlo Carranza Barona ingresó a la Dirección Provincial de Salud de Pichincha y si cumplió determinados requisitos legales; por lo que las referidas normas invocadas por el recurrente resultan impertinentes al caso analizado, ya que regulan un asunto distinto a la materia del litigio. Para sustentar falta de aplicación de normas jurídicas se debe considerar que, establecidos los hechos en instancia, corresponde a los jueces la aplicación de las normas jurídicas pertinentes. La falta de aplicación, entonces, consiste en que los jueces debiendo aplicar dichas normas no lo hicieron. La falta de

aplicación se produce "(...) *cuando la disposición legal que regula la situación fáctica sub lite no es aplicada por el sentenciador para resolver la materia de la decisión judicial*" (CAMACHO, RUEDA, Aurelio. Recursos de Casación y Revisión en Materia Civil. Universidad Externado de Colombia. Página 69), lo cual evidentemente en el caso sometido a nuestro análisis no sucede.

Adicionalmente el recurrente señala que en la sentencia recurrida existe falta de aplicación del literal b) del artículo 93 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa vigente a la época, que enumera los servidores públicos excluidos de la carrera administrativa, mas sin embargo se verifica que la sentencia recurrida expresamente señala: "*En el caso, existe certeza de que el recurrente estaba sometido al régimen de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, cuyo artículo 93, literal b) (numeración de la época) establecía taxativamente cuáles son los puestos públicos que tienen la condición de libre nombramiento y remoción; entre los cuales no se encuentra el cargo de Profesional 2 (Comisario de Salud) Coordinador, que es precisamente el que ocupaba el actor*", por lo que es claro que, al contrario de lo afirmado por el recurrente, en la sentencia efectivamente sí se aplicó la citada norma.

En lo que respecta a la falta de aplicación del Decreto Ejecutivo No. 012 de 22 de abril del 2005 alegada por el recurrente, esta Sala considera que es en aplicación del artículo primero de dicho Decreto que se emitió la acción de personal impugnada. Empero, no puede sostenerse falta de aplicación del Decreto Ejecutivo No. 012 en la sentencia, pues la Acción de Personal No. PGR-2005-49 que se impugna dejó sin efecto el nombramiento provisional del doctor Juan Carlo Carranza Barona, por considerar que estaba entre los supuestos considerados en el Decreto mencionado; es decir, la autoridad nominadora consideró que el cargo de Comisario que ocupaba el actor era de libre nombramiento y remoción. Ciertamente, el cargo de Profesional 2 Comisario de Salud, no es un cargo que se encuentre señalado en la Ley, como cargo de alta confianza o de dirección política o administrativa, en consecuencia no es de libre nombramiento y remoción y, por tanto, no le era aplicable el Decreto Ejecutivo No. 012 de 22 de abril de 2005, de manera que la falta de aplicación de dicho Decreto en la sentencia impugnada resultaba irrelevante, motivo por el cual se

-37- treinta y ocho

desecha el recurso por este extremo.

3.3.2. APLICACIÓN INDEBIDA DE NORMAS DE DERECHO.-

El recurrente alega que la Segunda Sala del Tribunal Contencioso Administrativo, aplicó indebidamente los artículos 28 y 29 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 31 de la Ley de Modernización del Estado, 94 inciso final del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, y numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política de 1998, y 47 de la LOSCCA 2003. Afirma que los artículos 28 y 29 de le mencionada Ley se encuentran derogados tácitamente con la vigencia de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

Al respecto esta Sala debe hacer las siguientes puntualizaciones. En primer lugar debe considerarse que el recurrente alega aplicación indebida de las disposiciones antes mencionadas, pero en ningún momento explica la forma en que se ha producido dicha aplicación indebida y cómo ha incidido en el fallo que recurre; es decir, no justifica de qué forma concreta se habría producido la indebida aplicación, y cómo se habría dejado de aplicar la norma pertinente o correcta para en su lugar aplicar la indebida. Sin perjuicio de lo dicho, hemos de señalar que el recurrente sustancialmente indica que se demandó al Procurador General del Estado, cuando por lógica jurídica debió demandarse al Estado ecuatoriano.

En la sentencia que se impugna, el Tribunal a quo precisa que siendo el Procurador General del Estado el representante judicial del Estado, está habilitado para comparecer en representación de todo el Estado ecuatoriano y de las instituciones que carecen de personería jurídica, como actor o demandado, dentro de los correspondientes procesos jurisdiccionales. Este tribunal no encuentra, entonces, que exista aplicación indebida de normas de derecho sobre este aspecto, ya que está claro que la demanda fue propuesta contra el Procurador General del Estado, en su calidad de representante Judicial del Estado ecuatoriano, además de que en el artículo 28 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se señala en forma clara que la representación y defensa del Estado y de sus instituciones en el proceso contencioso administrativo será ejercida por la Procuraduría General del Estado, de conformidad con la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. En

consecuencia, para sostener aplicación indebida debe evidenciarse que las normas aplicadas son impertinentes a los elementos fácticos del proceso, que no es el caso según hemos expuesto.

Dentro del mismo acápite, el recurrente sostiene que: "Tampoco es aplicable el contenido del artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado, del Art. 94 inciso final del Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, y numeral 13 del Art. 24 de la Constitución Política de 1998 que se refieren a la motivación, toda vez que el Decreto Ejecutivo No. 012 de 22 de abril del 2005 publicado en el Registro Oficial contiene la suficiente motivación y los fundamentos fácticos para declarar insubsistente el nombramiento provisional otorgado al Dr. Juan Carlo Carranza Barona que venía desempeñando el cargo de libre nombramiento y remoción de Profesional 2 Comisario de Salud (Coordinador). En todo caso, es preciso establecer que al hacer constar Profesional 2 en las Acciones de Personal de nombramiento y remoción del funcionario, únicamente se le ubica en el nivel que le correspondía para que desempeñe esas funciones de confianza y de gestión estratégica en la institución, en la partida presupuestaria que siempre fue llenada con nombramiento provisional..."

En suma, el recurrente alega la aplicación indebida de estas normas, pues afirma que no son aplicables. Precisemos que lo que se impugna por parte del actor en el juicio contencioso administrativo es la acción de personal PGRH-2005-49 de 29 de abril de 2005, que se sustenta en el Decreto Ejecutivo No. 012 de 22 de abril de 2005, y que resolvió dejar sin efecto el nombramiento provisional del Dr. Juan Carlo Carranza Barona. Así, en la sentencia se explica la aplicación de éstas normas, y se argumenta las razones por las que considera que el fundamento fáctico y jurídico en la que se sustenta la acción de personal impugnada no se ajusta a los presupuestos establecidos en el artículo primero del tantas veces mentado Decreto Ejecutivo; en suma, la sentencia aplica las disposiciones que el recurrente considera son aplicadas indebidamente. En efecto, esta Sala considera que lejos de poder sostener la indebida aplicación de éstas normas, las mismas se han aplicado correctamente a los supuestos de hecho materia del litigio, por lo que no puede prosperar la alegación del casacionista. Por fin, es preciso señalar que el recurrente afirma que el Decreto Ejecutivo No. 012 de 22 de abril del 2005 no contiene la suficiente motivación; esta

alegación es equivocada e impertinente, por cuanto la sentencia recurrida declara la nulidad de la Acción de Personal por considerar que no tiene motivación, mas no se refiere a la motivación del Decreto Ejecutivo No. 012 de 22 de abril de 2005, que no es materia de la litis, por lo que se desecha el recurso por este extremo.

3.3.3. ERRONEA INTERPRETACION DE NORMAS DE DERECHO.-

El recurrente manifiesta que en la sentencia recurrida ha existido una errónea interpretación del literal b.1 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa vigente a la época, que disponía lo siguiente: "*Art. 19.- Clases de Nombramiento.- Para el ejercicio de la función pública, los nombramientos pueden ser de dos clases: a) Regulares: Aquellos que se expidan para llenar vacantes mediante el Sistema de Selección de Personal previsto en esta Ley; y, b) Provisionales: b.1) Aquellos expedidos para los ciudadanos que habiendo ingresado por el Sistema de Selección de Personal, se encuentren cumpliendo el período de prueba legalmente establecido ...*".

Como se explicó en el numeral 3.3 de esta sentencia, la errónea interpretación de normas de derecho se presenta cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica jurídica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido o alcance que no tiene.

Al respecto, se verifica que en la sentencia recurrida no se aplica, ni se analiza siquiera, el artículo 19 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa vigente a la época, por lo que mal puede afirmarse que dicho Tribunal ha hecho una errónea interpretación de dicha norma legal, ni le ha atribuido a la mencionada norma un alcance que no tiene, por lo que se desecha el recurso por este extremo.

4.- SOBRE EL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

En los numerales 3.2 y 3.3.3 del presente fallo se expusieron las razones jurídicas que evidencian el error de la sentencia materia de este recurso, y por tal motivo ésta debe ser casada. En consecuencia, la Sala debe asumir las facultades de un tribunal de instancia para dictar la sentencia de mérito que corresponde, conforme lo dispone el inciso primero del artículo 16 de la Ley de Casación. En su obligación de cumplir la tarea de juzgamiento que realizó erradamente el Tribunal de instancia, esta Sala

considera:

4.1.- Los numerales 3 y 9 del artículo 171 de la Constitución Política de la República del Ecuador del año 1998 establecen como atribuciones del Presidente de la República, establecer las políticas generales del Estado y dirigir la administración pública, disposiciones en base a las cuales el entonces Presidente de la República, doctor Alfredo Palacio, emitió el Decreto Ejecutivo No. 012, el mismo que se encuentra publicado en el Registro Oficial No. 7 de 29 de abril de 2005, que señala que la situación de las instituciones del sector público se encontraban deterioradas por el excesivo número de nombramientos y contratos expedidos en el gobierno del destituido Presidente, coronel Lucio Gutiérrez Borbúa, motivo por el cual decretó: "*Artículo primero.- Dejar sin efecto todos los nombramientos de los* ***funcionarios de libre remoción, los contratos de servicios profesionales y ocasionales*** *y dar por terminadas las comisiones de servicios interinstitucionales, expedidas y ejecutadas por el Gobierno del destituido Presidente de la República, ingeniero Lucio Gutiérrez Borbúa, desde el 15 de enero del 2003 hasta el 20 de abril del 2005*" (lo resaltado nos pertenece).

La Dirección Provincial de Salud de Pichincha, con fecha 29 de abril de 2005, expidió la Acción de Personal No. PGRH-2005-49 mediante la cual cesó en sus funciones al doctor Juan Carlo Carranza Barona, y lo hizo al siguiente tenor literal: "*De conformidad con el Decreto Ejecutivo No.012 de 22 de abril de 2005, artículo primero, se procede a dejar sin efecto el nombramiento provisional del doctor Juan Carlo Carranza Barona, a partir de la fecha que se indica en el casillero No. 5d*)".

El doctor Juan Carlo Carranza Barona interpuso recurso subjetivo o de plena jurisdicción impugnando la referida Acción de Personal No. PGRH-2005-49, y en lo fundamental argumenta lo siguiente: "*El Decreto que motivó la acción de personal No. PGRH-2005-49 se refiere única y exclusivamente a los nombramientos de los funcionarios de libre nombramiento y remoción. El cargo de profesional 2 (Comisario de Salud) que venía ocupando, NO se encuentra inmerso en los cargos de libre nombramiento y remoción*".

Corresponde entonces a esta Sala de Casación determinar si los presupuestos previstos en el Decreto Ejecutivo No. 12 son o no aplicables al caso del doctor Juan

Carlo Carranza Barona.

4.2.- El Decreto Ejecutivo No. 012 de 22 de abril de 2005, publicado en el Registro Oficial No. 7 de 29 de abril de 2005, establece dos requisitos para su aplicabilidad: a) que los nombramientos, contratos o comisiones de servicio hayan sido expedidos en el período comprendido entre el 15 de enero de 2003 y el 20 de abril de 2005, presupuesto que se cumple en el caso del doctor Juan Carlo Carranza Barona toda vez que su nombramiento provisional fue otorgado el 3 de mayo de 2004; y, b) que la relación contractual sea de naturaleza precaria, esto es, que no exista estabilidad, como en los casos de los nombramientos de libre remoción, contratos de servicios profesionales u ocasionales, y comisiones de servicios con o sin remuneración. El doctor Juan Carlo Carranza Barona no había suscrito ningún contrato de servicios profesionales u ocasionales, ni había sido declarado en comisión de servicios.

A fin de determinar si el cargo que ocupaba el actor era de los que la ley consideraba como de libre nombramiento y remoción, es necesario señalar que con Acción de personal No. 0155-GRH de 3 de mayo de 2004 se otorgó al doctor Juan Carlo Carranza Barona un nombramiento provisional como Profesional 2 de la Dirección Provincial de Pichincha, a fin de que ejerza la función de Comisario de Salud. Para la época en la que el actor obtuvo su nombramiento provisional se encontraban vigentes la Constitución de la República de 1998, así como la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y su Reglamento. El segundo inciso del artículo 124 de la Constitución de 1998 disponía que *"La ley garantizará 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 concursos de méritos y de oposición. Solo por excepción, los servidores públicos estarán sujetos a un régimen de libre nombramiento y remoción"*. En concordancia con la norma constitucional citada, el artículo 92 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa del año 2003 establecía que quedan protegidos por las disposiciones de esta Ley, todos los servidores públicos pertenecientes a las instituciones del Estado que hubieren adquirido tal calidad. Es necesario señalar que la razón jurídica de establecer excepciones a la carrera administrativa es diferenciar las funciones de confianza, la responsabilidad directa en la toma de decisiones y encabezar los órganos desde la

dirección política o administrativa de la institución, de otras más bien operativas, a las que cubre la estabilidad. Al estar protegida la carrera administrativa por regla general, los cargos excluidos de aquella deben estar expresamente señalados en la ley, sin que quepa una interpretación extensiva de las exclusiones; es decir, que será la norma legal la que señale expresamente qué cargos no pertenecen a la carrera administrativa y, por tanto, no gozan de la garantía de la estabilidad laboral. Por tal motivo el artículo 93 de la citada Ley enumera taxativamente los servidores excluidos de la carrera administrativa, sin que en dicha enumeración conste el Profesional 2 de las instituciones públicas, ni los comisarios de salud, en virtud de que dicho cargo no exige un alto nivel de confianza, ni implican la dirección política o administrativa de la institución, más bien se trata de un cargo de ejecución de políticas, es decir, funciones operativas limitadas a ejecutar lo que las primeras autoridades establecen como políticas institucionales. Tampoco se nota que el cargo ejercido por el demandante contenga atribuciones de asesoría o gerencia. En definitiva, el actor no tenía atribuido funciones de dirección política o administrativa del Estado, ni se trataba de las denominaciones expresamente expuestas en la disposición normativa, ni fue titular o segunda autoridad de la Dirección Provincial de Salud de Pichincha. Es decir, el cargo de Profesional 2 – Comisario de Salud no consta explícita y expresamente señalado como excepción a la carrera administrativa; o lo que es lo mismo, este puesto no era de libre nombramiento o remoción.

Consecuentemente, los presupuestos previstos en el Decreto Ejecutivo No. 12 no son aplicables al caso del doctor Juan Carlo Carranza Barona, ya que el referido Decreto Ejecutivo exige, entre otros aspectos, que el servidor a quien se cese en sus funciones tenga un puesto de libre nombramiento y remoción; y, como quedó evidenciado, el doctor Juan Carlo Carranza Barona ocupaba un cargo que estaba protegido por la estabilidad reconocida en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa vigente a esa época. Así entonces, la Dirección Provincial de Salud de Pichincha emitió un acto administrativo contrario a derecho, valga decir, un acto administrativo ilegal, toda vez que se fundamentó en un Decreto Ejecutivo que no era aplicable al caso concreto. Cabe indicar que sobre los nombramientos amparados por la estabilidad garantizada en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, y sobre la ilegalidad de los actos administrativos que desconocían

-41-
cuarenta y uno

dicha estabilidad, este Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones, como en las sentencias de 2 de septiembre de 2015 y 30 de julio de 2015, dictadas dentro de los recursos de casación No. 229-2011 y No. 260-2011.

4.3.- Corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la excepción de falta de legítimo contradictor alegada por la parte demandada, la que manifiesta que la acción de personal impugnada está suscrita por el Director Provincial de Salud de Pichincha y por la Coordinadora del Proceso de Gestión de Recursos Humanos, quien no ha sido demandada por el actor.

Al respecto es necesario señalar que el artículo 28 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que la representación y defensa del Estado y de sus instituciones en el proceso contencioso administrativo, será ejercida de acuerdo con lo prescrito en la Ley de Patrocinio del Estado.

El literal b) del artículo 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado señala que en el ejercicio del patrocinio del Estado, el Procurador General del Estado está facultado para intervenir como parte procesal en los procedimientos administrativos de impugnación en los que intervengan las entidades del sector público que carezcan de personería jurídica. El artículo 6 de la citada Ley establece que toda demanda contra entidades del sector público deberá citarse o notificarse obligatoriamente al Procurador General del Estado, quien comparecerá directamente o mediante su delegado. Añade el mencionado artículo que la intervención del Procurador General del Estado o su delegado, no limita ni excluye las obligaciones de las máximas autoridades de las entidades del sector público para presentar demandas o contestarlas. Adicionalmente, el inciso primero del artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que "*Presentada la demanda, el Magistrado de Sustanciación dispondrá que se cite al funcionario representante de la dependencia administrativa de la que haya emanado el acto o resolución que motiva la demanda, y se le entregue la copia de ésta*".

En el presente caso se impugna el acto administrativo emanado de la Dirección Provincial de Salud de Pichincha del Ministerio de Salud Pública, y en el escrito de la demanda presentada por el doctor Juan Carlo Carranza Barona consta: "*Con la presente acción demando al Procurador General del Estado, en su calidad de*

representante judicial del Estado Ecuatoriano". Con providencia de 1 de septiembre de 2005 el juez de sustanciación avocó conocimiento de la causa y dispuso citar al Procurador General del Estado, al Ministro de Salud Pública y al Director Provincial de Salud. Mediante delegación No. 50.977 de 6 de octubre de 2005 (foja 17), el Procurador General del Estado delegó al Director de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud "*para que en ejercicio del Patrocino del Estado intervenga a nombre del Procurador General del Estado como parte procesal en el juicio contencioso administrativo No. 13472 LLM, que se tramita en la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, Distrito Quito, por demanda planteada por CARLO CARRANZA BARONA, sin perjuicio de hacerlo en representación del Ministerio de Salud Pública y del Director Provincial de Salud. El ejercicio de esta delegación no limita ni excluye la intervención de la Procuraduría General del Estado en esta causa*". A continuación consta en el proceso la contestación a la demanda y demás actuaciones procesales realizadas tanto por el Ministerio de Salud Pública como por la Dirección Provincial de Salud.

El literal a) del artículo 24 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que la demanda se podrá proponer contra el órgano de la administración pública de que proviniere el acto a que se refiera el recurso. Adicionalmente es importante señalar que en el presente caso el acto administrativo impugnado está suscrito por la competente autoridad nominadora, ya que la acción de personal está suscrita por el Director Provincial de Salud, quien actúa por el Ministro de Salud Pública, de lo que se infiere que la Coordinadora del Proceso de Gestión de Recursos Humanos no es la autora del acto impugnado, sino que también aparece como suscribiente solamente por razones operativas, sin que se pueda considerar que dicha funcionaria haya tomado la decisión que es la materia primigenia de la presente acción.

De lo anotado queda evidenciado que no existe la alegada excepción de falta de legítimo contradictor, toda vez que para la comparecencia de la parte demandada se han aplicado las normas legales antes descritas.

Las demás excepciones planteadas por la parte demandada están analizadas y resueltas en la sentencia dictada por el Tribunal de instancia, con las que concuerda

42 cuarenta y dos

este Tribunal de casación.

4.4.- El doctor Juan Carlo Barona Carranza fijó como pretensión en su demanda "*Que se declare la nulidad del acto impugnado, con los efectos que esta declaratoria genera*". Conforme se manifestó anteriormente, el actor fue cesado de su cargo en base al Decreto Ejecutivo No. 012, lo cual demuestra que las autoridades de la Dirección Provincial de Salud consideraron que el actor ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, cuando en verdad el actor ejerció un cargo que gozaba de estabilidad, en la forma que se ha señalado anteriormente, lo cual torna el acto en ilegal.

Sin embargo, esta Sala estima que no existe causal alguna para declarar la nulidad del acto administrativo impugnado, para lo cual considera que el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece las causas por las cuales se debe declarar la nulidad del acto administrativo o del procedimiento adoptado para su expedición. El literal a) señala como causa de nulidad, la incompetencia del órgano administrativo autor del acto impugnado; y el literal b) establece como causa de nulidad, la omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión.

En el presente caso, no se encuentra que exista causal alguna que afecte a la validez del acto administrativo impugnado, en razón de que si bien la parte demandada consideró erradamente que el doctor Juan Carlo Carranza Barona ejercía un cargo de los señalados en la ley como de libre nombramiento y remoción, el procedimiento adoptado para su cesación era el que correspondía para ello de acuerdo con la ley, y la acción de personal está suscrita por los competentes funcionarios públicos.

Por lo expuesto, la Sala 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 parcialmente el recurso de casación interpuesto y en consecuencia casa parcialmente la sentencia dictada el 30 de marzo de 2009, a las11h09, por el Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo dentro del

juicio No. 13471-LLM propuesto por el doctor Juan Carlo Carranza Barona en contra del Procurador General del Estado y otros, y en aplicación del inciso primero del artículo 16 de la Ley de Casación, declara la ilegalidad del acto administrativo impugnado y dispone la restitución del actor a su puesto de trabajo, sin derecho al pago de las remuneraciones y de otros valores reclamados. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, de conformidad a la acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015. Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

DR. IVAN PATRICIO SAQUICELA RODAS
CONJUEZ NACIONAL

DR. PABLO JOAQUIN TINAJERO DELGADO
JUEZ NACIONAL

ABG. CYNTHIA MARIA GUERRERO MOSQUERA
JUEZA NACIONAL

Certifico.-

Dra. Nadia Armijos Cárdenas
SECRETARIA RELATORA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECRETARIA
QUITO ECUADOR