

127 / 124  
César Vidal Chiriguayo

auto de interdicción

SEÑORES JUECES DEL TRIBUNAL DISTRITAL No. 2 DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE GUAYAQUIL.-

**AB. CRISTINA NIVELÓ HARB y AB. MILTON CARRERA TAIANO**, en nuestras calidades de Prefecta (e) y Procurador Sindico del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial del Guayas respectivamente, conforme lo acreditamos con las copias certificadas de la adjuntas, dentro del juicio N° **077-2010-1**, que sigue **CÉSAR VIDAL CHIRIGUAYO MIRANDA** en contra del **GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DEL GUAYAS**, ante ustedes, con el debido respeto, comparecemos y presentamos la siguiente **ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN**:

**LEGITIMACIÓN DE PERSONERÍA**

Comparecemos en la calidad invocada y conforme lo establecido en el Art. 50 literal a) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, por cuanto nos corresponde la representación judicial del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial del Guayas.

**I.- COMPETENCIA DEL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA CONOCER LA PRESENTE ACCIÓN.-**

Esta acción se presenta para ante la Corte Constitucional, de conformidad con lo establecido en el art. 94 de la Constitución de la República del Ecuador , Art. 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para que en el término previsto (5 días) remitan el proceso al máximo organismo de administración de justicia Constitucional cuya Sala de Admisión es la Competente para admitir la presente demanda, todo esto en concordancia con lo establecido en el Art. 35 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

**II.- DEMOSTRACIÓN DE HABER AGOTADO TODOS LOS RECURSOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS.**

La Procuraduría General del Estado, y el GADP del Guayas fueron notificados con el auto de inadmisión del recurso de casación el 15 de enero del 2014, por



lo tanto, se han agotado en este juicio todos los recursos que la Ley de Casación y el Código de Procedimiento Civil, como norma supletoria, permiten.

### **III.- SEÑALAMIENTO DE LAS JUDICATURAS, SALAS O TRIBUNALES DEL QUE EMANAN LAS DECISIONES VIOLATORIAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.**

1. La Sala de Conjuces de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

Quienes emitieron el auto de inadmisión de fecha 14 de enero del 2014, las 17h15 dentro del proceso 401-2012-ML, en la sala mencionada y que vulnera derechos constitucionales fueron: Abg. Héctor Mosquera Pazmiño, Conjuez nacional; Dr. Francisco Iturralde Alban, Conjuez Nacional; Dra. Daniela Camacho Herold, Conjueza Nacional, quienes inadmitieron el recurso de casación presentado por el GADP del Guayas, de la sentencia de única instancia dictada por el Tribunal Distrital N° 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, dictada el 9 de abril de 2012 a las 16h00.

2. El Tribunal Distrital N° 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil.

Quienes dictaron la referida sentencia del 9 de abril de 2012 a las dentro del juicio 077-10-1, y que vulnera derechos constitucionales, fueron los Jueces Distritales: doctor José Pincay Romero, abogado Miguel Antepara Figueroa y doctora Patricia Vintimilla Navarrete.

### **IV.- IDENTIFICACIÓN PRECISA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES VIOLADOS EN LAS DECISIONES JUDICIALES.**

Los derechos constitucionales que se han violado con las decisiones judiciales impugnadas son los establecidos en la Constitución de la República del Ecuador en los artículos 76 - *Debido Proceso*, particularmente los números 1, 7 letra l) y; el establecido en el artículo 82 - *Seguridad Jurídica*.

### **V.- ELEMENTOS CONSIDERATIVOS DEL PROCESO.-**

128 ~~125~~  
Ciento Veintiocho

*ciento veintiocho*

El mandato imperativo del artículo 426 de la Constitución de la República, vigente desde el 20 de Octubre de 2008, obliga a las autoridades administrativas y servidores públicos a aplicar directamente las normas constitucionales.

Concordantemente en el artículo 424 ibídem se determina la supremacía de la Constitución y se ordena que "los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica" (sic).

Bajo estas premisas, el servidor público que ejerce la máxima autoridad administrativa del Gobierno Provincial del Guayas, debe atenerse y adecuar sus resoluciones y decisiones al "principio de responsabilidad" previsto en el artículo 233 ibídem; a respetar el derecho a la seguridad jurídica en la forma prevista en el artículo 82 de la Carta Suprema; y al cumplimiento de los deberes y responsabilidades dispuestas en los numerales 1 y 7 del artículo 83 de nuestra Carta Fundamental.

Guardando armonía con el principio de responsabilidad que trata el citado artículo 233, el artículo 77 numeral 1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado determina que las máximas autoridades de las instituciones del Estado, son **RESPONSABLES** de los actos, contratos o resoluciones emanados de su autoridad y además de la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución de la República y las leyes.

Igualmente, el artículo 128 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (LOSCCA), vigente a la época en que emitimos el acto administrativo indebidamente impugnado, en cuanto a la **RESPONSABILIDAD** ordenaba:



**"ART. 128.- La autoridad o funcionario que disponga el pago de remuneración a personas cuyo nombramiento, contrato, traslado, aumento de remuneración o licencia o en general cualquier acto administrativo que hubiere sido efectuado en contravención de la presente Ley o de sus reglamentos, será personal y pecuniariamente RESPONSABLE de los valores indebidamente pagados. En igual RESPONSABILIDAD incurrirán los pagadores, tesoreros o administradores de caja de las instituciones del Estado que efectuaren pagos en contravención a lo dispuesto en la presente ley y quedarán obligados al reintegro inmediato del dinero que tales pagos representen".**

Sila Escuela Superior Politécnica del Litoral (ESPOL) había detectado en su trabajo de análisis institucional para una reestructuración administrativa (necesaria en razón de las nuevas competencias y funciones que les establece la Constitución vigente a los Gobiernos Provinciales), la irregularidad manifiesta en el otorgamiento de los nombramientos efectuados por el anterior Prefecto Nicolás Lapentti Carrión, unos pocos meses antes de culminar su gestión, y lo había comunicado al actual Prefecto Provincial Jimmy Jairala, estaba obligado entonces por la responsabilidad que la Constitución y la ley me imponen, a actuar en ese mismo marco de respeto y aplicación de las normas constitucionales y legales, y en ejercicio de la **AUTO TUTELA ADMINISTRATIVA**, por vía de excepción, ejecutar la **REVOCACIÓN DIRECTA del ACTO ADMINISTRATIVO IRREGULAR y NULO DE PLENO DERECHO** del ex Prefecto Lapentti, como lo hemos indicado al contestar la demanda y proponer nuestras excepciones.

En este contexto vale remarcar, que la Disposición **GENERAL** Octava de la entonces vigente LOSCCA nos ordenaba:

**"Disposición General Octava LOSCCA. "Será NULA cualquier acción o acto administrativo que se produzca en violación de las disposiciones de esta Ley".**

129  
Ciento veintinueve

Tal como hemos demostrado, evidentemente la acción del ex Prefecto Nicolás Lapentti de entregar nombramientos sin cumplir los procedimientos y exigencias de la Constitución y la LOSCCA, violaba las disposiciones de la Ley, lo cual convertía al acto administrativo en NULO, siendo entonces otra causal más para fundamentar y motivar de forma pertinente mi acto administrativo de revocación directa de esos actos irregulares.

Es necesario aclarar que el "NOMBRAMIENTO" de la parte demandante NO fue emitido por aplicación del Mandato Constituyente No. 8, ya que en este caso quien demanda ya había sido asumida por el Gobierno Provincial del Guayas, a través de un "Contrato de Servicios Ocasionales", con vigencia o plazo de UN AÑO contado desde el 01 de mayo de 2008 hasta el 30 de abril de 2009, gozando del "año mínimo de estabilidad" que disponía dicho mandato constituyente, y así consta en el proceso.

Es decir, cuando la parte demandante recibe un nombramiento mal llamado "definitivo", de manos del ex Prefecto Nicolás Lapentti Carrión, **SIN CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN**, ya estaba vigente desde el 20 de Octubre de 2008 la actual Constitución de la República, que en su "Disposición Derogatoria", extingue de forma expresa toda norma del ordenamiento jurídico que le sea contraria o que se le oponga; y que obligaba de forma imperativa e irrestricta al anterior Prefecto Provincial Lapentti, a acatar y aplicar lo que ordena el artículo 228 de la Carta Suprema, que dice:

**"Art. 228.- 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..."**

Es por ello que además invocamos en nuestra resolución administrativa de revocación directa, lo que prescribía a esa época el artículo 17 de la

entonces vigente LOSCCA, que para desempeñar un puesto público se requiere de **nombramiento** o contrato **legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora**, y en el mismo marco jurídico mandatorio, la aplicación del artículo 71 de la misma LOSCCA, que guardando armonía con la norma constitucional tanto de 1998 (Art. 124) como la de la Constitución vigente (Art. 228), establecía que:

**"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"**.

Ahondando en fundamentos y debida motivación, invocamos en nuestro acto administrativo y en la contestación a la demanda y propuesta de excepciones, como cuestión de puro derecho, el entonces vigente artículo 158 del Reglamento de la LOSCCA, que de forma expresa mandaba a la fecha del acto administrativo irregular del ex Prefecto Nicolás Lapentti, lo siguiente:

**"Art. 158.- De los concursos.- El único mecanismo legalmente establecido para el ingreso o ascenso a un puesto será mediante concurso de méritos y oposición, en los términos de los artículos 71, 72 y 75 de la LOSCCA"**.

Es decir, que para acceder a un nombramiento se debía y se debe obligatoriamente y de manera previa, sujetarse a un proceso público de selección a través de méritos y competencia, e incluso luego de ganar, acceder a un nombramiento provisional sujeto a un período de prueba y evaluación de 6 meses, período durante el cual puede ser cesado el nombrado en caso de NO ser aceptable su desempeño, y solamente después de este procedimiento el servidor obtiene el nombramiento regular.

130 ~~124~~  
Ciento Veintisiete  
ciento treinta

No obstante, el ex Prefecto Provincial, Nicolás Lapentti, a través de su acto administrativo irregular (nulo de pleno derecho), extendió sin la formalidad constitucional y legal del concurso de méritos y oposición previo y sin motivación alguna ese pseudo nombramiento llamado improcedentemente "DEFINITIVO", **denominación que no existía ni en el artículo 18 de la entonces vigente LOSCCA y tampoco en el artículo 11 de su Reglamento**, ni en ninguna parte de la normativa que rige para la administración pública, transgrediendo de esta forma nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello es que dentro de nuestra contestación a la demanda y propuesta de excepciones, y ahora en este informe, hemos pedido que se acoja el pronunciamiento del Tribunal y la Corte Constitucional sobre nuestra subordinación y respeto a la SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, que en la sentencia No. 023-09-SEP-CC, caso No. 0399-09-EP, publicada en el Suplemento Registro Oficial No. 43 del 8 de octubre de 2009, conforme se agregó al proceso, dispone:

**"Supremacía Constitucional:** *La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, siendo por tanto, indispensable que ejerza ese control y demás atribuciones en estricto término al señalado en la Constitución de la República, pues su función primordial es preservar la supremacía e integridad de la misma, y asegurar la efectiva aplicación de los derechos y principios constitucionales, conforme lo prescribe en su artículo 424. Sin embargo, de lo dicho no se puede desconocer lo dispuesto en los artículos 425, 426, 427 y 428 ibídem, toda vez que el control de constitucionalidad abarca a otros operadores, y sin distinción de quien lo aplique perseguirá igual fin, que es el de garantizar la supremacía de la Constitución y, por tanto, las decisiones judiciales adoptadas no pueden escapar a dicho control, y se sujetará también a lo dictado por la Carta Suprema".*

Deben observar además señores Jueces, que el artículo 231 de la Constitución de la República; los artículos 1 y 2 de la "Ley que Regula las Declaraciones Patrimoniales Juramentadas"; y, artículo 6 literal g) de la entonces vigente LOSCCA, obligan al servidor público a que previo al inicio de su función o cargo, deba presentar una declaración de bienes o patrimonial juramentada, disponiéndose en la Constitución y en la Ley que **"QUIENES INCUMPLAN ESTE DEBER NO PODRÁN POSESIONARSE EN SUS CARGOS"**.

Hemos probado en el proceso que el demandante NO presentó su declaración juramentada de bienes ANTES o PREVIO a su posesión, por lo que por mandato constitucional y legal NO podía ejercer su cargo.

Los artículos 6 letra g), 20 y 22 de la entonces vigente LOSCCA, y artículo 14 de su Reglamento de aplicación, disponían que todo servidor debía cumplir con el "REGISTRO" de su nombramiento en la Dirección de Recursos Humanos, en un término no mayor a 15 días contado a partir de la fecha de su emisión, bajo la prevención que en caso de no hacerlo, se ocasiona la NULIDAD DEL NOMBRAMIENTO.

Para abundar me permito copiar el texto del artículo 20 de la entonces vigente LOSCCA, que disponía:

**"Art. 20.- Registro de nombramientos y contratos.-** *Los servidores públicos, deberán registrar sus nombramientos o contratos en la unidad de administración de recursos humanos de la respectiva entidad.*

**La falta de registro originará la NULIDAD del NOMBRAMIENTO o contrato.** *Los actos administrativos realizados con nombramientos o contratos nulos no afectarán a terceros y darán lugar a la determinación de responsabilidades administrativas, civiles y penales".*



131 ~~128~~  
Ciento treinta y un

**La parte demandante**, NO REGISTRÓ el "Nombramiento Definitivo" que le entregó el ex Prefecto Nicolás Lapentti Carrión, lo que originaba su nulidad, que fue parte de la motivación para expedir el acto administrativo revocatorio directo.

Además señores Jueces Constitucionales, la propia Corte Constitucional actual, ha señalado reiterativamente la ilegitimidad de los actos administrativos que, en la expedición de un nombramiento, no cumplen obligatoriamente con los procedimientos del concurso público de méritos y oposición que mandan tanto la Constitución de la República y la entonces vigente LOSCCA y su Reglamento, por lo que para que se consideren en su fallo, copiamos las partes pertinentes de las siguientes Sentencias de la Corte Constitucional en pleno, y sus Salas, anexadas al proceso como pruebas, que dicen:

**a).- TERCERA SALA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, CASO No. 0092-2009-RA, 19 de mayo de 2009.**

*"QUINTA.- Es pretensión de la accionante se deje sin efecto el acto administrativo contenido en la Acción de Personal No. 2008-20-328, de 21 de agosto de 2008, mediante la cual se deja sin efecto su nombramiento, y se ordene su inmediato reingreso al puesto que venía desempeñando.*

***SEXTA.-** Del análisis del proceso se establece que la accionante ingresó a prestar sus servicios en el Banco del Estado, mediante contrato de prestación de servicios ocasionales, para posteriormente y a pedido de la autoridad de ese entonces, el Econ. Leonardo Vicuña Izquierdo, en el puesto de Asistente Bancario en la Sucursal Regional Quito, conforme consta del nombramiento No. 2008-03, que obra a fojas 7 del proceso.*

***SEPTIMA.-** La autoridad demandada ha dejado sin efecto el nombramiento de la accionante considerando que el mismo es provisional, y dentro del periodo de prueba, en base al informe de*

Recursos Humanos, hecho este que considera la accionante le causa daño, porque a decir de ella, su nombramiento era regular o definitivo...**OCTAVA.**- Analizando el proceso es necesario realizar las siguientes precisiones: a) El Art. 24 de la Constitución Política de 1998, en el segundo inciso señalaba lo siguiente: "**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 concurso de méritos y de oposición...**"(El subrayado y las negrillas son nuestras", b) La actual Constitución del Estado, en el Art. 228 dispone lo siguiente: "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 en la que determina la ley...". De las normas invocadas, se desprende que tanto la Constitución de 1998, como la vigente, establecen categóricamente, que para ingresar al servicio civil y carrera administrativa, el mismo debe ser por medio de concurso de méritos y oposición conforme con lo que dispone la ley de la materia, sin que se presten para otro tipo de interpretación. [...] **DECIMA.**- De lo señalado en las consideraciones precedentes, se determina, que tanto la Constitución Política del Estado de 1998, como la actual, determinan el ingreso al servicio civil y carrera administrativa, mediante concurso de merecimientos y oposición, excepto los casos de libre nombramiento y remoción; de igual forma y como no podía ser de otra manera lo señala la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, por lo que el nombramiento de la accionante fue extendido en forma ilegítima, sin observancia de las leyes, nombramiento que según lo dispuesto en la consideración anterior, debió ser obligatoriamente provisional y sujeto a período de prueba de conformidad con lo señalado en el Art. 74 de la LOSCCA, ...por lo que se dejó sin efecto su nombramiento, actuando la autoridad demandada de forma legítima, dentro de sus atribuciones, por lo que el acto administrativo impugnado es legítimo, pues el mismo ha

132  
ciento treinta y dos  
129  
Caso Verströmre

actuado con apego a la ley". La Sala niega la acción de amparo constitucional.

**b).- CORTE CONSTITUCIONAL: CASO No. 1402-2008-RA, 12 de noviembre de 2009.**

"**SÉPTIMA.**- De autos se determina que la recurrente labora desde el 31 de mayo del 2007 con nombramiento provisional expedido mediante Acción de Personal No. SRH-221-GPRH, suscrita por el Director del Hospital Isidro Ayora...Si bien la recurrente posee nombramiento de carácter provisional, pero como se desprende del ordenamiento legal, para acceder a esta clase de nombramiento debe someterse a concurso de méritos y oposición, tanto como lo establece la norma constitucional en el artículo 124 de la Constitución de la República (1998), así como las normas legales y su reglamento, pero como se evidencia de autos, la recurrente en ningún momento participó en concurso de méritos y oposición, por tanto, mal podría solicitar que se la restituya a su cargo, ya que no le corresponde, peor podría solicitar que se extienda a su favor nombramiento regular. Por todo lo anteriormente dicho, se concluye que el acto administrativo emanado de autoridad pública goza de legitimidad, pues deviene de autoridad competente al tiempo que no vulnera presupuesto constitucional subjetivo alguno, como enuncia la accionante en el libelo de la demanda". La Corte Constitucional niega la acción de amparo constitucional.

**c).- SEGUNDA SALA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, CASO No. 0083-2009-RA, 16 de julio de 2009.**

"**SEXTA.**- La Sala considera pertinente invocar la disposición derogatoria única de la Constitución vigente que dice: "Se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial Nro. 1 del 11 de

agosto de 1998 y, toda norma contraria a esta Constitución. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá viciante en cuanto no sea contrario a la Constitución". ... **SEPTIMA.**- El inciso segundo del artículo 124 de la Constitución Política de 1998 decía: "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". Como bien se puede apreciar, la norma constitucional nos remite a la legislación secundaria y, al apreciar, la norma constitucional nos remite a la legislación secundaria y, al mismo tiempo, determina que la misma tiene que ser observada al momento de ser aplicada Sin embargo, del expediente no se observa que para el ingreso haya dado el concurso de méritos y oposición conforme lo exige la norma constitucional ya citada. **OCTAVA.**- De la argumentación planteada por las partes se desprende que nos encontramos frente a un asunto de interpretación de la norma, la misma que no puede ser resuelta por la vía del amparo. Sin embargo, aplicando la supremacía constitucional del principio de "acceso a la justicia", la Sala analiza el caso concreto y precisa que, si bien el Art. 92, en su literal b) refiriéndose a los servidores excluidos de la carrera administrativa...**esta disposición legal debe ser analizada a la luz del artículo 124 de la Constitución de 1998 que, da manera expresa, exige que para ser considerado un servidor de carrera administrativa "Tanto el ingreso como el ascenso (debió ser el resultado de) concursos de méritos y de oposición", cuestión que no ha ocurrido, por tanto, no es únicamente el cargo de director el que determina si el accionante es o no un servidor de carrera administrativa o de libre remoción, sino el contenido de la invocada disposición constitucional. De ahí que es imprescindible señalar que es la supremacía constitucional la que evita que sus mandatos puedan ser modificados por normas de inferior jerarquía o por interpretaciones inadecuadas. Pronunciamento**

133  
~~130~~  
~~Ciento treinta~~  
ciento treinta y tres

**ya emitido por esta Sala".** La Sala niega la acción de amparo constitucional.

Deberá considerarse, como fundamento de la legitimidad de los actos administrativos del Prefecto Provincial, Jimmy Jairala Vallazza, por tratarse de actos de **REVOCACIÓN DIRECTA**, expedidos en ejercicio de la **AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA**, y los actos revocados del ex Prefecto Nicolás Lapentti Carrión aquellos que la doctrina los define como actos irregulares o "**NULOS DE PLENO DERECHO**", las citas doctrinarias de los reconocidos tratadistas del Derecho Administrativo que hemos transcrito en la contestación a la demanda.

Estas citas doctrinarias sirven para probar la legitimidad de nuestros actos, así como las citas jurisprudenciales que posteriormente referiremos, lo que prueba que NO era necesario acudir al órgano judicial para extinguir la resolución del anterior Prefecto, sino que por ejercicio de la competencia de **AUTO-TUTELA ADMINISTRATIVA**, en vía de excepción, por **REVOCACIÓN DIRECTA**, como se trataba de **ACTOS ADMINISTRATIVOS IRREGULARES** o **NULOS DE PLENO DERECHO** del ex Prefecto Nicolás Lapentti, estos podían ser eliminados por mi Administración sin necesidad de acudir a ningún procedimiento solemne; su nulidad de pleno derecho puede ser declarada de oficio por la propia ADMINISTRACIÓN.

El profesor español Antonio Fortes Martín, en su "Estudio sobre la revocación de los Actos Administrativos", manifiesta que doctrinariamente "la revocación sólo está vetada cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente. Esta puntualización a los "derechos adquiridos legítimamente" sin duda abre la puerta al reconocimiento de supuestos en los que eventualmente se adquieran en forma ilegítima derechos, lo que perfectamente puede justificar o permitir la acción revocatoria o en su caso revisora de la Administración".

Además, si bien los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad, hay que considerar que se debe acatar por supremacía normativa la disposición del artículo 233 de la Constitución de la República, que señala que toda autoridad es responsable por sus actos u omisiones.

Recogiendo lo expuesto por la doctrina administrativista, "si por principio constitucional y de derecho de general aplicación los actos administrativos expedidos en ejercicio de la potestad discrecional de una autoridad tienen fuerza obligatoria, estos serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes, dichos actos y órdenes no serán aplicados cuando sean contrarios a estas normas".

Por esto es que para evitar las consecuencias funestas que puede traer la aplicación de un acto administrativo irregular, que evidentemente era inconstitucional e ilegal, mientras judicialmente no sea anulado, puede aplicarse la vía de excepción por parte de las autoridades administrativas, tal como lo definió la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia No. C-037 de 1996; más aún cuando doctrinaria y jurisprudencialmente se reconoce la existencia de la REVOCACIÓN DIRECTA de los actos administrativos, que consiste en que la propia administración hace desaparecer de la vida jurídica los actos que ella misma ha expedido anteriormente, siendo principalmente revocables los actos individuales expedidos por medios ilegales, como aquellos del ex Prefecto Nicolás Lapentti Carrión, que fueron dejados sin efecto por el actual Prefecto.

Al respecto manifiesta el autor Libardo Rodríguez, que la revocación directa de los actos administrativos individuales es una excepción al principio de inmutabilidad de los actos o a la autoridad de "cosa decidida" de que ellos están investidos. En cuanto a las causales de revocación, la primera se da "cuando exista manifiesta oposición del

134  
ciento treinta y cuatro  
BT  
Ciento treinta y cuatro

acto a la Constitución o la ley", en este caso la institución de la revocación directa "es un mecanismo evidente de control del principio de legalidad".

En cuanto a los efectos de la revocación en el tiempo, ha dicho que si la revocación se basa en la causal de inconstitucionalidad o ilegalidad, sus efectos deben considerarse retroactivos, "a semejanza de la declaratoria de nulidad decretada por el juez".

La inconstitucionalidad, ilegalidad, ilegitimidad, y los vicios que generan la NULIDAD absoluta o de pleno derecho del acto administrativo que expidió el anterior Prefecto, Nicolás Lapentti, para otorgar el nombramiento de la parte actora, evidentemente afecta el interés público por su carencia de validez jurídica, por la violación a la garantía de la seguridad jurídica, y por su afcción económica, ya que se estaría efectuando un pago indebido e injustificado de recursos públicos, conforme la reiterada jurisprudencia y la doctrina del derecho administrativo.

El profesor Libardo Rodríguez en la citada obra "Derecho Administrativo", página 226, manifiesta que "cuando la administración viola el principio de legalidad, el acto mediante el cual incurre en esa violación es calificado de acto ilegal. Como hemos visto que el principio de legalidad consiste en el respeto de las normas superiores, entonces encontramos una causal general de ilegalidad consistente en la violación de una norma jurídica superior".

Dentro de esas causales de ilegalidad, a más de la falta de competencia del autor de la arbitrariedad, el acto administrativo en cuestión incurrió en lo que se conoce como vicio de forma y procedimiento, ya que fue expedido violando formalidades y trámites que establece la Constitución de la República y la ley. En este sentido, los tratadistas coinciden en que será causal de ilegalidad cuando la ley exija expresamente una

formalidad para ciertos actos o si no cumple para su expedición los trámites previstos en las normas, más aún si las formas y procedimientos son sustanciales.

De otra parte el acto expedido por el ex Prefecto Provincial, también incurrió en la causal de ilegalidad denominada como falsa motivación; esta se refiere a los motivos del acto que, como lo manifiesta la doctrina, son los hechos objetivos, anteriores y exteriores al acto y cuya existencia lleva al autor del acto a dictarlo.

Sobre esa falsa motivación ha dicho Libardo Rodríguez en la obra citada, *"puede consistir en que la ley exija unos motivos precisos para tomar una decisión y el funcionario expida el acto sin que esos motivos se hayan presentado en la práctica, caso en el cual se habla de la inexistencia de motivos legales...En segundo lugar, esta ilegalidad puede consistir en que los motivos invocados por el funcionario para tomar la decisión no han existido realmente, sea desde el punto de vista material, sea desde el punto de vista jurídico. Se habla entonces de la inexistencia de los motivos invocados, o de error de hecho o de derecho en los motivos"*.

Sobre el acto nulo de pleno derecho nos dice el tratadista Eduardo García De Enterría, que no puede ser objeto de convalidación, tampoco el consentimiento del afectado puede sanar el acto nulo. Manifiesta que la nulidad de pleno derecho puede ser declarada incluso de oficio por la propia ADMINISTRACIÓN y los Tribunales, por su carácter de orden público y de interés general, tal como lo ha consagrado la jurisprudencia, señalando varias sentencias del Consejo de Estado y tribunales de España.

Los actos administrativos marcados por alguna irregularidad o vicio desde su nacimiento, son actos inválidos desde su creación, son actos



135  
~~132~~  
~~Ciento Treinta y~~  
Dos

Acto Leude y wuo

NULOS. A su vez si ese vicio es derivado de una violación constitucional o de la ley, el acto es ilegítimo.

Tratando los supuestos de la nulidad de pleno derecho, García De Enterría establece como principales a aquellos "actos dictados con omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, como en el caso *"cuando se adjudica directamente una plaza vacante que legalmente procede sacar a oposición (Sentencias de 10 de febrero de 1968)"*; y a *"los actos, expresos o presuntos, contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición"*.

El profesor García De Enterría en el desarrollo de esta última causa de nulidad de pleno derecho, cita dictámenes del Consejo de Estado que expresan: *"el vicio de nulidad para su apreciación se requiere, no solo que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieren en virtud del mismo y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición, es decir, los presupuestos inherentes a la estructura definitoria del acto"*.

**Referencias a Sentencias de la Sala de lo Contencioso**

**Administrativo 3.1.-** Nuestra jurisprudencia desarrollada a través de los fallos de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, reconoce que los actos administrativos irregulares, son los que contienen vicios que generan la nulidad de pleno derecho, **"que permiten, por excepción, el ejercicio pleno de la autotutela administrativa"**. Así tenemos los siguientes fallos:

a).- **Juicio No. 30-2005, sentencia de 29 de noviembre de 2007, publicada en la Gaceta Judicial Serie XVIII, No. 5, septiembre 2007-octubre 2008,** que en la parte pertinente dice:



"Este criterio se complementa con los siguientes conceptos, afianzados en doctrina del Derecho Administrativo y que han sido asumidos por esta Sala de manera reiterada: **Se reconocen dos causas para la extinción (declarada) de los actos administrativos: (a) por razones de legitimidad; y (b) por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. La legitimidad, que constituye una de las causas para la extinción de los actos administrativos, está referida a su validez. En el ámbito administrativo se prevé dos grados de invalidez, a saber: la nulidad de pleno derecho (nulidad absoluta o radical), descrita principalmente en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y, la anulabilidad (o nulidad relativa), que se desprende de cualquier otra infracción no prevista en el referido artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.- Por otro lado, la oportunidad (conveniencia y mérito), que constituye otra razón para extinguir actos administrativos, está referida a la justificación fáctica del acto. Cuando existen razones de orden público, la Administración está autorizada a declarar extinguido un acto administrativo en razón de su oportunidad (conveniencia y mérito)...Ahora bien, en lo que al caso concierne, los actos administrativos pueden extinguirse, aún de oficio y en sede administrativa, en cualquier momento, por razones de legitimidad y oportunidad,..."**

b).- **Juicio de indemnización por remoción No. 71-2005, que siguió Félix López contra el Presidente de la República, sentencia del 16 de noviembre de 2007, publicada en la Gaceta Judicial Serie XVIII, No. 5, septiembre 2007-octubre 2008, que en la parte pertinente manifiesta:**

**"En este sentido y a manera de ejemplo, NO son regulares los actos administrativos ...que se entenderían expedidos por autoridad INCOMPETENTE o aquellos cuyo contenido SE ENCUENTRA EXPRESAMENTE PROHIBIDO EN LA LEY. El sentido de la revisión de**

*ciento treinta y seis Ciento Treinta y Seis*

este **requisito** material se justifica por la aplicación del régimen jurídico de la **EXTINCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN RAZÓN DE SU LEGITIMIDAD**. Sin perjuicio de la intervención de los Tribunales Distritales de la materia, **la Administración. EN EJERCICIO DE SU POTESTAD DE AUTOTUTELA. ES COMPETENTE PARA DEJAR SIN EFECTO CUALQUIER ACTO ADMINISTRATIVO NULO DE PLENO DERECHO (ACTOS IRREGULARES)**, expreso o presunto, aún cuando de éste se pueda sostener que se han generado derechos para el administrado, pues, **es evidente que no es posible admitir los actos nulos de pleno derecho, porque afectan el orden público, algo que trasciende al mero interés del destinatario del acto administrativo.** [...] En tal sentido, si un acto administrativo, explícito o presunto, **es nulo de pleno derecho**, la intervención de los Tribunales Distritales no puede dar valor a lo que nunca lo **tuvo**. Ahora bien, para que un acto administrativo, explícito o presunto, sea irregular, el vicio que entraña su nulidad de pleno derecho ha de ser manifiesto o evidente, pues, no es admisible que se exija a los Tribunales Distritales que sustituyan en el ejercicio de sus competencias a la Administración o remedien su torpeza".

Es por todo esto que estamos solicitando que se declare improcedente la demanda, ya que **EN NINGÚN CASO UN JUEZ PUEDE DECLARAR VÁLIDO UN ACTO QUE LA LEY ORDENA SEA NULO**, dice la Jurisprudencia Contencioso Administrativa, como son los actos administrativos viciados e irregulares del ex Prefecto Nicolás Lapentti Carrión. O como ha dicho la misma Corte, "**si un acto administrativo, explícito o presunto, es nulo de pleno derecho, la intervención de los Tribunales Distritales no puede dar valor a lo que nunca lo tuvo**" (Juicio No. 19-05, Resolución No. 414-07, Gaceta Judicial Serie XVIII No. 5, página 2025).

Es más señores Jueces, me permito recordar a través de las siguientes citas, importantes sentencias dictadas por este Tribunal de lo

Contencioso Administrativo, el 22 de septiembre de 2009, en el juicio contencioso administrativo No. 88-08-3 seguido por Jorge Enrique Barrera Vallejo contra el Gobierno Provincial del Guayas, en la que se declara sin lugar la demanda que reclamaba beneficios laborales fundados en una errónea interpretación a la aplicación del Mandato Constituyente No. 8; como ocurre en el presente caso; y, el 23 de septiembre de 2009, en el juicio contencioso administrativo No. 160-08-3 seguido por el abogado Luis Alberto Freile Pérez contra el Gobierno Provincial del Guayas, en la que se declara sin lugar la demanda que reclamaba reconocimiento de una relación de dependencia y estabilidad habiendo sido un trabajador que tenía como patrono a una empresa de intermediación y tercerización laboral.

Muy doctamente la Sala establece en dicha sentencia argumentaciones jurídicas irrefutables, que me permito transcribir a continuación:

*"**TERCERO:** Toda persona que labora en cualquiera de las dependencias del Estado sea esta central, seccional o institucional requiere para desempeñar un puesto público de un **nombramiento** o contrato **legalmente expedido** por la respectiva autoridad nominadora, **debidamente registrado** en la unidad de administración de Recursos Humanos de la respectiva entidad, documento que lo habilita no solo para reclamar su estabilidad sino también para demandar sus derechos ante el órgano jurisdiccional competente cuando estos han sido presuntamente negados, desconocido o no reconocido total o parcialmente. En el caso que ocupa la atención de la Sala no aparece tal acreditación en autos a más de la afirmación del demandante..." (sic).*

Oficio No. 002684 de agosto 25 de 2008, remitido al Director Ejecutivo del Consejo Nacional de la Judicatura, absolución a la CONSULTA que decía: "¿Es procedente que el Consejo Nacional de la Judicatura, amparado en la autonomía administrativa que le confiere la Constitución Política de la República y su propia Ley Orgánica, así

137 134  
cuento lute y pelli ~~Oficio Tammy y~~  
waleo

como en las atribuciones asignadas al Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura en los marcos legales respectivos, otorgue nombramientos al personal que durante algunos años atrás ha venido laborando mediante contratos de servicios ocasionales, sin necesidad de convocar a concurso de méritos y oposición, en razón de la necesidad institucional de contar con el servicio laboral de quienes actualmente, en función del tiempo de servicio y primordialmente de sus merecimientos, están vinculados a la institución bajo esta modalidad?

Emite su dictamen el Procurador General del Estado indicando que "*no procede otorgar nombramientos sin concurso de méritos y oposición al personal que ha venido laborando mediante contratos de servicios ocasionales*" (sic).

Oficio No. 05573 de enero 05 de 2009 (CUANDO YA ESTABA EN VIGENCIA LA NUEVA CONSTITUCIÓN), remitido al Director General del Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional, absolución a la CONSULTA que decía: "*sobre la procedencia de emitir nombramientos definitivos a partir de enero de 2009, a dos funcionarios de dicha institución que fueron contratados bajo la figura de servicios ocasionales...que sus contratos han superado en exceso el periodo de prueba establecido en los artículos 74 de la LOSCCA y 166 de su Reglamento de aplicación, por lo que ha sido necesario contratar de manera sucesiva a los mencionados funcionarios*".

Emite su dictamen el Procurador General del Estado indicando que: "Con respecto a la administración pública, el Art. 228 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone que 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; y agrega, que su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora."

En concordancia con la disposición constitucional invocada, el artículo 71 de la LOSCCA, prescribe que 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"; y, en el artículo 73 dispone que la autoridad nominadora designará a la persona que "hubiere ganado el concurso de ingreso o ascenso.

*El Reglamento a la referida Ley en el artículo 158 determina que "el único mecanismo legalmente establecido para el ingreso o ascenso a un puesto será mediante concurso de méritos y oposición" en los términos de los artículos 72, 73 y 76 (actuales 71, 72 y 75) de la LOSCCA" (sic).*

Concluye el Procurador del Estado señalando que "si el ingreso a un puesto del sector público está sujeto a concurso de méritos y oposición, considero que el personal sujeto a contrato de servicios ocasionales que aspire a un cargo público, deberá sujetarse al mecanismo legal antes referido. En este sentido me pronuncié mediante oficio No. 02370 de 13 de agosto de 2008" (sic).

Oficio No. 05915 de enero 30 de 2009 (CUANDO YA ESTABA EN VIGENCIA LA NUEVA CONSTITUCIÓN), remitido al Presidente de la Junta Directiva de la Orquesta Sinfónica Nacional, absolución a la CONSULTA que decía: "¿Es procedente conceder a los maestros músicos, que por muchos años han laborado en la Orquesta Sinfónica Nacional del Ecuador, contratos de prestación de servicios ocasionales, con los mismos derechos que los ecuatorianos, o a su vez se les podría conceder nombramientos?

Emite su dictamen el Procurador del estado indicando: "Para el caso de nombramientos, al tenor de lo previsto en el artículo 228 de la Carta

137  
135  
~~Creto Treinta y cinco~~  
Creto treinta y cinco  
Constitucional, se deberán realizar los respectivos concursos de merecimientos y oposición" (sic).

Oficio No. 08426 de 21 de julio de 2009 (CUANDO YA ESTABA EN VIGENCIA LA NUEVA CONSTITUCIÓN), remitido al Alcalde de Pallatanga, absolución a la CONSULTA "sobre la procedencia de cancelar la liquidación establecida en el Art. 8 del Mandato Constituyente No. 2 a una funcionaria que ha prestado sus servicios bajo la figura de contrato de servicios ocasionales".

Emite su dictamen el Procurador General del Estado y manifiesta en la parte que interesa a este caso, que: "Según el Art. 89 de la LOSCCA, se establece dentro del servicio civil la carrera administrativa mediante la implantación del sistema de méritos y oposición que garantice la estabilidad de los servidores idóneos... Por lo tanto, para el ejercicio de una función dentro del servicio civil, se confiere un nombramiento para ocupar un puesto dentro del sector público, en tanto que, la prestación de servicios ocasionales, si bien se encuentra considerada como una labor dentro del servicio civil, en cambio, su relación laboral no está sujeta a un nombramiento, sino a un contrato con la entidad del sector público" (sic).

Se ha alegado infundadamente y con el afán de engañar al Tribunal, que la parte demandante ha sido DESTITUIDA.

Nunca se dio tal hecho o acto, tratándose de inducir a engaño a los jueces de este alto Tribunal, por lo que no cabía sumario administrativo porque no se trató ni de una destitución ni de la aplicación de una sanción pecuniaria, por ello es que la parte demandante no tuvo impedimento legal alguno para ejercer cargos públicos en los años 2010 y 2011.

Además, podemos observar de la copia certificada adjuntada en el periodo de prueba del proceso contencioso administrativo, de la

Sentencia No. 1424-07-RA de la Primera Sala del Tribunal Constitucional, en el caso No. 1424-07-RA, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 268 del 8 de febrero del 2008, que en la parte pertinente de la consideración cuarta dice: "*Por lo expuesto, lo alegado por el recurrente en el sentido de que ha sido **destituido** no tiene asidero legal alguno, puesto que **lo que ha operado es su remoción**, por lo que es preciso aclarar que **ambos conceptos no son sinónimos**. Se advierte claramente que **el recurrente pretende dar un tratamiento idéntico a la destitución y a la insubsistencia o remoción, lo que resulta jurisprudencial y doctrinariamente equivocado**. En efecto, la primera es una sanción disciplinaria, que supone la comisión de una falta y debe imponerse previo el trámite de un proceso establecido en la ley, y presenta además otros efectos, entre ellas la imposición de la sanción accesoria de inhabilidad para desempeñar funciones públicas por un tiempo determinado. **La Insubsistencia, en cambio, no es una sanción, sino una forma de retiro del servicio...** Pretender que por vía constitucional se reconozca aquello que no se ha obtenido por medio de un riguroso proceso de selección y análisis de méritos, resulta inadmisibile" (sic).*

También debió considerar este Tribunal, que estaba obligado el ex Prefecto Provincial Nicolás Lapentti Carrión, por mandato legal, a acatar y aplicar la Resolución del Secretario Nacional Técnico de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público No. SENRES-2006-00021, publicada en el Registro Oficial No. 216 del jueves 23 de febrero del 2006, que anexamos en el período probatorio, en la que se emite la "NORMA TÉCNICA DEL SUBSISTEMA DE SELECCIÓN DE PERSONAL", de conformidad con las disposiciones de la Constitución y la entonces vigente LOSCCA; instrumento legal que establecía el procedimiento obligatorio a seguirse para adquirir un nombramiento en el sector público, previo proceso de concurso de méritos y oposición.



139  
ciato Tenite y muse  
136  
Ciento treinta y  
seis

Del mismo modo estaba obligado a aplicar la Resolución del Secretario Nacional Técnico de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público No. SENRES-2008-000006, publicada en el Registro Oficial No. 262 del martes 29 de enero de 2008, que también adjunté, con la que se reforma la Resolución SENRES-RH-2006-000021 publicada en el Registro Oficial No. 216 del jueves 23 de febrero del 2006, y se incorpora el "INSTRUCTIVO

PARA LA APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS TÉCNICOS DEL SUBSISTEMA DE SELECCIÓN DE PERSONAL" con el objetivo, definiciones y formularios obligatorios para los procesos de selección de personal para nombramientos a través de concursos públicos de méritos y oposición; instrumentos legales que NO FUERON APLICADOS Y ACATADOS para

"nombrar" a la parte demandante, violándose una vez más la Constitución y la Ley.

De la contestación a la demanda y excepciones dentro del juicio contencioso administrativo, así como las argumentaciones jurídicas y doctrinarias, es claro y evidente que a la parte accionante NO se le ha impedido o conculcado la posibilidad que acceda a un proceso judicial en la vía contenciosa administrativa en el que ejerza su derecho al debido proceso y a la defensa.

Por esta razón, para fundamentar que si ha tenido la parte demandante intacto su derecho al debido proceso, copiamos lo que el respecto la Corte Constitucional en pleno ha dicho, en la Sentencia No. 023-09-SEP-CC en el caso No. 0399-09-EP, cuya copia certificada se agregó al proceso, que determina:

*"...debemos entender por debido proceso a aquel derecho que tiene toda persona o sujeto justiciable, de invocar al interior del órgano jurisdiccional el respeto de aquel conjunto de principios fundamentales*

*procesales (excepcionalmente sustantivos) y por demás relevantes, para que una causa pueda ventilarse y resolverse con auténtica justicia".*

Con todo lo aportado al proceso evidenciamos que la expedición del nombramiento sin concurso de méritos y oposición, es un **ACTO IRREGULAR** o **NULO DE PLENO DERECHO**, por tanto susceptible de la **REVOCATORIA DIRECTA** que ejecutamos.

## **VI ARGUMENTO DE FONDO SOBRE LA VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL.**

### **VI.1.- ANTECEDENTES DE HECHO.**

Que el 3 de febrero del 2010 la señora Mariuxi Adelina Quiñónez Rentaría presentó, por sus propios derechos un recurso contencioso demandando que se declare la nulidad de la Resolución N°196, de fecha 14 de enero de 2010 y se disponga su inmediato reintegro a su puesto de trabajo y el pago de todos los valores correspondientes a su remuneración mensual y todos los beneficios establecidos en la ley, así como los intereses respectivos.

La demandante indica que trabajó en el entonces Consejo Provincial del Guayas, en calidad de Analista de Administración, en la administración del economista Nicolás Lapentti Carrión; más tarde, el 1 de diciembre de 2008 se le extendió un nombramiento como secretaria de Archivo de Recursos Humanos, con un sueldo de US\$819,00, evidenciando que su ascenso se produjo justo antes de elecciones, pues el licenciado Jimmy Jairalla Vallaza, asumió el cargo de Prefecto Provincial el 3 de agosto del 2009.

Luego de una auditoría de personal hecha por la Escuela Politécnica del Litoral, por encargo del Gobierno Provincial del Guayas, y basado en las conclusiones de dicha auditoría, el Prefecto Provincial, mediante Resolución 196, de fecha 14 de enero del 2010 revocó el nombramiento de la señora MARIUXI ADELINA QUIÑÓNEZ RENTERÍA.

11/0  
ciento cuarenta

131  
Ciento treinta y  
siete

El 11 de mayo del 2011 a las 11h00, el Tribunal Distrital N° 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, dicta sentencia en el caso, desechando la excepciones deducidas por los demandados y ordena la restitución de la demandante al cargo de Secretaria de Archivo de Recursos Humanos, que se le extienda el nombramiento y que se le "cancele todos los haberes y más beneficios a que tiene derechos contados desde la fecha de su extrañamiento hasta el momento de su real reintegro".

En esta sentencia no se consideraron las normas constitucionales establecidas en los artículos 424 y 426 de la Constitución de la República, la primera que declara la prevalencia de la Constitución como norma suprema, sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, y manda que no solo las normas, sino los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, so pena de carecer de eficacia jurídica. Establecido esto, el 426 manda a todas las personas, autoridades, instituciones, juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, a aplicar directamente las normas constitucionales.

De la sentencia dictada el GADP del Guayas presentó recurso de casación el 14 de junio del 2012 en el que entre otras cosas explica la supremacía del interés público ante las consecuencias nefastas de un acto administrativo irregular, relevando la importancia de la prueba no considerada por el Tribunal Distrital N° 2 de lo Contencioso Administrativo sobre el hecho de que el nombramiento otorgado no fue producto de un concurso de meritos y oposición, y ni siquiera se encontraba registrado en la unidad administrativa correspondiente.

El recurso de casación, como ya lo hemos relatado, fue inadmitido mediante auto de inadmisión del 14 de enero del 2014, a las 17h40, inadmisión que nos fue notificada el 15 de enero de 2014, entre otras razones, con una fórmula aplicada comúnmente por la Corte Nacional de Justicia, que valora como incompleta una proposición jurídica si sólo se señala la norma de derecho sustantivo.

Se da prevalencia en la decisión de casación a los aspectos doctrinarios del recurso que comúnmente es calificado de uno de alta técnica procesal jurídica

y elevada a un nivel de tecnicismo que se hace casi un escollo en la persecución de justicia, es tanto así que, contrario al espíritu constitucional, aún advirtiendo que existen otras infracciones a las alegadas, y que se ha escapado al recurrente el análisis de infracciones al derecho en la sentencia impugnada, el juzgador no puede conocerlos, ni siquiera señalarlos, quedando con esto burlado el objeto de la casación que es el control de la legalidad, control del que los Jueces de casación se libran con solo alegar la existencia de "proposiciones jurídicas incompletas", forma de fallar que constituye falta de motivación, pues usando la misma regla de alta técnica, los jueces deben decir como se completa la proposición, o que le falta a la proposición a la que se refieren en cada caso.

#### **VI.2.- SOBRE DERECHOS Y ESTADO.**

El Estado como tal es el encargado de garantizar a los ciudadanos los derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, ya sea de manera progresiva o de manera inmediata, empero, el Estado también es sujeto de derechos cuando es obligado a litigar. Tan cierto es esto que inclusive es considerado parte procesal en los juicios que se interponen en procesos en contra del Estado como tal (demandas en contra del Estado ecuatoriano) o, en contra de algunas de las instituciones que lo conforman, sean estas autónomas o no.

En este sentido, al ser el Estado el llamado a litigar, también es amparado por las normas jurídicas constantes en la Constitución en lo que tiene que ver con las normas del *Debido Proceso y de la Seguridad Jurídica*, que se encuentran el Capítulo Octavo con el Título de *Derechos de Protección*.

Los derechos de protección, son derechos puramente procesales, es decir, que son los que protegen al procesado mientras se sustancie la controversia sea cual fuere la materia, y si el Estado es obligado a litigar, ergo es parte procesal, entonces el Estado también esta amparado por los derechos de protección.

#### **VI.3.- CONTENIDO DEL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA.-**

141

138  
~~Cuato treinta y~~  
~~ocho~~

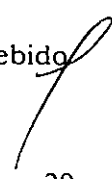
ciento cuarenta y uno

Según la Constitución de la República del Ecuador la Seguridad Jurídica "se fundamenta en el respeto a la constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes", por lo tanto se entiende que el ordenamiento jurídico del estado, incluyendo las normas, tanto de rango inferior como la norma suprema son y deben ser aplicadas por las autoridades competentes y en nuestro caso concreto, por los jueces que forman parte de la función judicial.

Consecuentemente, el *funcionario público-juez* debe cumplir en el ejercicio de su cargo con principios de respeto y lealtad al marco jurídico. Rafael Martínez Morales de nacionalidad mexicana en su obra "Derechos Constitucionales" Pág. 10, citando al profesor Raúl Avedano nos explica "*La garantía individual tiene su nacimiento en el derecho natural, este, al irse desarrollando se convirtió en un derecho del hombre, un derecho para el hombre y actualmente un derecho humano; una vez que este derecho es reconocido en una institución tan especial como es una constitución del estado, entonces se convierte en una garantía de seguridad jurídica dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos están totalmente protegidos, creándole una esfera de protección a los individuos para el fin y efecto de que puedan desarrollarse suficientemente. Pero la seguridad jurídica no llega hasta ahí, sino que va mas allá, ya que, en el momento en que esa esfera jurídica es transgredida o fraccionada, no solamente por otra persona del núcleo social, sino por la autoridad, entonces la misma seguridad le otorga al individuo de poder ejercitar una acción a través de los juzgados competentes para buscar la reparación de su daño...*". Énfasis añadido.

Los Jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia debían velar (al momento del auto de inadmisión), por la correcta aplicación de las normas jurídicas contenidas en la Constitución de la República del Ecuador en cuanto a la Tutela Judicial Efectiva y Debido Proceso, principalmente, porque los operadores de justicia están en la obligación de enmarcar sus actuaciones en la nueva normatividad constitucional vigente y que inspira un cambio de paradigma en cuanto a justicia se refiere.

Sin embargo, y vulnerando el derecho a la Seguridad Jurídica y al Debido



Proceso los antes mencionados operadores de justicia emiten un auto de inadmisión del recurso de casación, argumentando básicamente, que no pueden resolver sobre un reclamo de legalidad porque la petición no cumple con condiciones formales de técnica jurídica y las proposiciones no se han presentado “completas”, para lo cual estiman que es necesario “precisar todas las disposiciones que la constituyen”.

En palabras de la propia Corte Constitucional<sup>1</sup> *“La seguridad jurídica, como derecho constitucional tutelable, se garantiza en el Art. 82 (de la Constitución), que lo determina como la certeza de la norma clara y pública, que se aplicará cumpliendo los lineamientos constitucionales, generando con ello la confianza y respeto en la Carta Fundamental. Otra vertiente de certeza y confianza ciudadana en el Estado Constitucional de derechos y justicia, es el acceso franco a una tutela judicial, efectiva, imparcial y expedita, complemento de la seguridad jurídica, porque manda a los operadores judiciales a que realicen una labor diligente y orientada a plasmar en realidad la defensa de los derechos e intereses de las partes, sin sesgos o prerrogativas.....”*

Este claro concepto del espíritu mismo de la garantía constitucional (*Seguridad Jurídica*) es justamente el contenido del derecho vulnerado, ya que, el alejarse de la norma se traduce en una violación a la certeza de la cual esta revestida el ordenamiento jurídico, y que debe ser aplicada por los operadores de justicia encargados de tutelar las garantías jurisdiccionales a las partes.

La Seguridad Jurídica es un derecho que ha sido ampliamente analizado por la Corte Constitucional en muchos de sus fallos y cuyo contenido ha sido desarrollado además para cada caso en particular con gran similitud, ya que el núcleo mismo del derecho se constituye en que *“.....es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados, y en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela. La seguridad jurídica, en definitiva, es el contexto dentro del cual se toman las decisiones individuales, por lo tanto inevitablemente nace una expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible. Por esto, indispensablemente que las decisiones de los*

---

<sup>1</sup> Según fallo publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 97 de 29 de diciembre del 2009, Pág. 69.

142  
ciento cuarenta y dos ~~Ciento treinta y nueve~~  
actores políticos dentro de un verdadero Estado constitucional de derechos y justicia, se tomen según el sentido lógico de la norma y no según la lógica de la discrecionalidad<sup>2</sup>

Con su acción (auto de inadmisión) los Jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo vulneraron el derecho a la *Seguridad Jurídica*.

#### VI.4.- CONTENIDO DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

##### SOBRE LA MOTIVACIÓN. -

El contenido mismo del derecho al Debido Proceso radica en que, sea un proceso de la naturaleza que sea, el operador de justicia debe acatar la norma objetiva y seguir el plano reglado que esta le faculta, empero, a pesar de que el juez constitucional es creador de normas para el caso concreto, "...lo relevante cuando se examina la creación-aplicación es el tema de la innovación. Es decir, de lo que se trata es de examinar si los jueces al crear normas innovan el sistema jurídico. **Al respecto creo que es importante tener en cuenta que, por un lado, los operadores jurídicos competentes para producir normas, lo hacen siempre del marco normativo fijado en la norma básica del sistema, por lo que las normas que producen explicitan una opción que debe considerarse implícita en dicho marco.** Por otro lado, es importante también ser concientes de que la innovación es un rasgo graduable y que depende del marco normativo que sirve para controlar la creación-aplicación"<sup>3</sup>. (Las negritas son mías).

La Constitución de la República en el Art.76 número 7 letra L en su parte pertinente garantiza que "Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados"<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Sentencia de Corte Constitucional en caso N° 002-09-SAN-CC de 2 de abril del 2009.

<sup>3</sup> Dr. Jorge Zavala Egas citando al profesor De Asís Roig, en la página 95 de la obra "Derecho Constitucional, Neo Constitucionalismo y Argumentación Jurídica"

Los operadores de justicia deben argumentar sobre las situaciones jurídicas puestas a su conocimiento, a la luz del neoconstitucionalismo, en cada caso concreto, pero, la pregunta es si se hizo un razonamiento lógico - sistémico y normativo desligado del ritualismo anacrónico - formalista, tan común en el positivismo kelseniano.

Un recurso de casación en el estado constitucional de derechos y justicia debe ser entendido como una revisión del derecho objetivo imbuido de las Normas - Principios que se irradian de la Constitución hacia todo el sistema normativo ecuatoriano, de tal suerte que los jueces y demás funcionarios no pueden abstraerse de sustentar sus actuaciones en dichos postulados.

Esta discusión ya esta inserta en nuestro sistema y se ha comentado que ***“La Corte Nacional de Justicia está en la obligación de garantizar la constitucionalización del sistema de justicia ordinaria y garantizar los derechos fundamentales de aquellos asuntos que, en virtud de la residualidad que caracteriza a las garantías fundamentales, únicamente pueden ser protegidas desde el derecho ordinario, inclusive ante la falta u oscuridad de la Ley o, en contradicción a ella, cuando de su aplicación se desprendieren efectos de los valores que inspiran al sistema de derechos y justicia”***<sup>4</sup>

**Cabe preguntarse si se tutela el acceso a la justicia con providencias como la de la Sala de la Corte Nacional o la del Tribunal Distrital N° 2 de lo Contencioso Administrativo.**

**¿Es dar acceso a la justicia el uso de una frase casi sacramental para rechazar la procedencia de la casación?**

Esta falta de motivación es una vulneración de derechos constitucionales así como lo es la falta de atención a los argumentos del Estado por parte del Tribunal Distrital de Guayaquil.

---

<sup>4</sup> Publicación de la CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Jurisprudencia Ecuatoriana, Pág. 103, Casación y constitucionalización del derecho ordinario, Dr. Diego Zambrano Álvarez.



## VII.- RELEVANCIA CONSTITUCIONAL<sup>5</sup>.

143 ~~149~~  
Ciento cuarenta y tres

La Corte Constitucional, como máximo órgano en cuanto a la revisión de la constitucionalidad de los actos que afecten a las partes, en el caso de la Acción Extraordinaria de Protección, tiene una función relevante "...en el ejercicio de la competencia prevista en el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución, esto es, el desarrollo de una jurisprudencia vinculante-horizontal y vertical -respecto a los derechos y garantías jurisdiccionales con los que deben lidiar diariamente los usuarios y operadores de justicia constitucional en el país. Pero, como hacerlo? Marcando el camino, ratificando y creando líneas jurisprudenciales en determinados escenarios constitucionales, que eviten la superposición entre las garantías jurisdiccionales, que clarifiquen y desarrollen su naturaleza, presupuestos de procedibilidad, efectos, procedimiento, y por sobre todo, ilustrando y guiando a partir de sus fallos a la ciudadanía en general"<sup>6</sup>

1. La relevancia constitucional de la presente Acción Extraordinaria de Protección radica en que, la Corte Constitucional, al ser el máximo órgano de control e interpretación constitucional debe establecer taxativamente la forma de reparar materialmente un derecho constitucional vulnerado.
2. De esta manera se regulará de manera expresa la forma en que debe atenderse a los argumentos del Estado que miran al interés común, y a evitar el abuso y caos en la organización administrativa del Estado.
3. Cobra importancia de relevancia constitucional la motivación que deben tener las sentencias y todo acto judicial <en especial para efectos de no vulnerar derechos constitucionales en juicios>, lo cual, para efectos prácticos deberá ser una argumentación completa en la cual exista una discusión intelectual en la sentencia, en la cual se analicen los puntos relevantes esgrimidos por las partes intervinientes, que

<sup>5</sup> Atendiendo lo que dicen los numerales 2 y 8 del artículo 62 de la LOGJCC respecto a los argumentos que justifican la relevancia constitucional del caso

<sup>6</sup> Sentencia de jurisprudencia vinculante N° 001-10-PJO-CC, caso N° 0999-09-JP, página 4, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial N° 351 del miércoles 29 de diciembre del 2010.

tenga como resultado una situación jurídica creada para el caso concreto y particular.

4. Es manifiesto como en el presente caso concreto, tanto en la sentencia del Tribunal Distrital N° 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, como en el auto de inadmisión de la Sala de Conjuces de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, se vulneraron de forma directa los derechos al *Debido Proceso* y a la *Seguridad Jurídica*.
5. Es de relevancia constitucional que, no se desnaturalice la institución del Recurso de Casación, la cual está siendo tratada por ciertos operadores, como una forma de hacer inalcanzable el acceso a la justicia, y una fórmula para rechazar con subjetividades a las que se apoda "técnica", todos los reclamos sobre legalidad que se presenten.
6. La admisión de la presente Acción Extraordinaria de Protección permitirá dejar establecido un parámetro de coherencia entre el texto constitucional y la Ley de Casación, en cuanto a la obligación de los Jueces de facilitar el acceso a la justicia.

#### **VIII.- PRETENSIÓN CONCRETA.**

Con los antecedentes expuestos, solicitamos a ustedes que en sentencia se sirvan:

1. Declarar que se han vulnerado los derechos constitucionales contenidos en los artículos: 76, *Debido Proceso*, números 1 y 7, letra l); y artículo 82 *Seguridad Jurídica*, y en consecuencia;
2. Dejar sin efecto la sentencia del Tribunal Distrital N° 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, dictada el 11 de mayo del 2012; las 11h00 dentro del juicio 097-10-3, por los Jueces Distritales: doctor José Pincay Romero, abogado Miguel Antepara Figueroa y doctora Patricia Vintimilla Navarrete; y,

144  
Ciento cuarenta y cuatro  
Ciento Cuarenta y  
dos

3. Dejar sin efecto el auto de inadmisión del recurso de casación presentado por el GADP del Guayas, de la sentencia de única instancia dictada por el Tribunal Distrital N° 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, el 11 de mayo del 2012; las 11h00 dictado por la Sala de Conjuces de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia el 14 de enero del 2014, las 17h40 dentro del proceso 450-2012-ML, por los Jueces: Abg. Héctor Mosquera Pazmiño, Conjuez nacional; Dr. Francisco Iturralde Alban, Conjuez Nacional; Dra. Daniela Camacho Herold, Conjueza Nacional.

4. Declarar la Constitucionalidad del acto administrativo emitido por la máxima autoridad del Gobierno Provincial del Guayas indebidamente impugnado mediante el juicio contencioso administrativo materia de la presente acción de garantías.

#### IX.- CASILLA CONSTITUCIONAL

Para recibir notificaciones en la ciudad de Quito señalamos la casilla constitucional **No. 18** asignada a la Procuraduría General del Estado.

#### X.- AUTORIZACIÓN

Queda autorizado el abogado Milton Carrera Taiano, Procurador Síndico Provincial para que a mi nombre y el de nuestro representado intervenga en esta acción constitucional y para que asistan a las diligencias que sean convocadas.

A ruego del peticionario, **por el Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial del Guayas**, ofreciendo poder o ratificación de gestiones.

  
AB. MILTON CARRERA TAIANO  
**PROCURADOR SÍNDICO PROVINCIAL**

No. 09801-2010-0077

Presentado en Guayaquil el día de hoy miércoles doce de febrero del dos mil catorce, a las dieciseis horas y cincuenta y cuatro minutos, con 02 copia(s) igual(es) a su original. Adjunta: 02 anexos certificados. Certifico.



BARCO GARCIA EFREN AB  
SECRETARIO