

Juicio No. 17811-2018-00196

JUEZ PONENTE: DR. ALVARO OJEDA HIDALGO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)

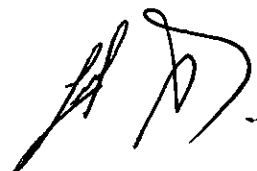
AUTOR/A: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, lunes 1 de junio del 2020, las 11h52.

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución N° 4-2012 de 25 de enero de 2012 y ratificado por el artículo 2 de la Resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; **b)** la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficio No. 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019, dispuso que en virtud del sorteo realizado y de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y la resolución No. 187-2019 expedida por el Consejo de la Judicatura, el doctor Iván Larco Ortuño, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, asuma el despacho del ex - Magistrado doctor Pablo Tinajero Delgado. Lo propio se dispuso respecto al despacho de la ex - Magistrada abogada Cynthia Guerrero Mosquera, el cual deberá ser asumido por el doctor Patricio Secaira Durango, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, conforme lo señalado en el oficio No. 2281-SG-CNJ-ROG; **c)** el 20 de diciembre de 2019, a las 16h12, se sorteó la presente causa, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo integrado por el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo, en calidad de Juez Ponente, doctor Iván Rodrigo Larco Ortuño y doctor Patricio Secaira Durango. En el día de la audiencia de casación los Jueces Iván Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango conformaron mayoría para la resolución adoptada, motivo por el cual el doctor Iván Larco Ortuño pasó a ser el nuevo Juez ponente. **d)** Somos competentes para resolver la presente causa conforme lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1- En sentencia de mayoría dictada el 30 de octubre de 2018, el Tribunal Distrital de lo contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio No. 17811-2018-00196 deducido por Roberto Samuel Torres Cabrera en contra del Ministerio de Hidrocarburos, hoy Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables y del Procurador General del Estado, resolvió aceptar parcialmente la demanda y declarar la nulidad del acto



administrativo impugnado contenido en la Acción de Personal N° D-ATH-2017-162 de fecha 27 de octubre de 2017, y se dispuso la restitución del actor al cargo de abogado 2, servidor público 5, debiendo emitir la acción de nombramiento provisional y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, más beneficios de ley.

1.2.- La Directora de Patrocinio Legal y delegada del Ministerio de Hidrocarburos, hoy Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables, interpuso recurso de casación en contra de la antes citada sentencia de mayoría, fundamentándose para el efecto en el caso 2, 4, y 5 del artículo 268 del COGEP.

1.3.- Con auto de 15 de julio de 2019 el Conjuetz Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo admitió a trámite el recurso.

1.4.- Con auto de sustanciación de fecha 13 de enero de 2020 se convocó para el día jueves 23 de enero de 2020, a las 10h30, para que se desarrolle la audiencia prevista en el artículo 272 del COGEP.

1.5.- Con escrito de 15 de enero de 2020 el Ministerio de Energía Y Recursos Naturales No Renovables, solicitó el diferimiento de la audiencia fijada para el día jueves 23 de enero de 2020, a las 10h30.

1.6.- Mediante auto de 17 de enero de 2020 se negó el pedido de diferimiento por improcedente.

1.7.- En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció el Actor acompañado de su defensa técnica, así como el Ministerio de Hidrocarburos, hoy Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables, a través de su defensor debidamente acreditado, partes que expusieron sus argumentos en base a las causales admitidas a trámite. Luego de escuchar a las partes, esta Sala pronunció su resolución oral, la misma que fue adoptada por mayoría, por lo que corresponde emitir la sentencia escrita debidamente motivada, conforme los términos expuestos a continuación.

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

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

2.2.- **Delimitación del problema jurídico a resolver.-** El presente recurso de casación está

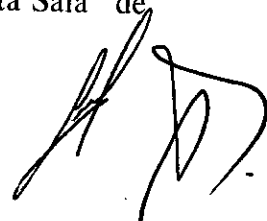
orientado a decidir si la sentencia de mayoría dictada el 30 de octubre de 2018 dentro del juicio No. 17811-2018-00196, adolece de los errores previstos en los numerales 2, 4 y 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, mismos que han sido acusados por el recurrente; y, de comprobarse dichos yerros, se dictará la sentencia en mérito que en derecho corresponda.

2.3.- Respecto al caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

La casual segunda motivo del presente recurso se encuentra prescrita en el numeral 2 del artículo 268 del COGEP, norma que expresa: *"2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, así como, cuando no cumplan el requisito de motivación."*

En lo principal, el demandado recurrente señaló que la sentencia de 30 de octubre de 2018 dictada dentro del juicio No. 17811-2018-00196, no cumplió con el requisito de la motivación expresado en el artículo 76, numeral 7 literal I) de la Constitución de la República del Ecuador vigente a la fecha, así como, lo mencionado en el artículo 89 y 95 numeral 7 del Código Orgánico General de Procesos, debido a que no se ha cumplido con los requisitos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad. Así también, el recurrente, ha manifestado que se *"debía analizar los hechos (...) y las normas de derecho que son aplicables a dichos hechos, (...) a fin de determinar de manera lógica una conclusión o resolución"*

Al respecto cabe mencionar que la Corte Constitucional ecuatoriana, para el período de transición, en sentencia N.º 227-12-SEP-CC, ha determinado tres requisitos, que permiten comprobar si una decisión emitida por autoridad ha sido debidamente motivada o no, estos son: *"I. Razonabilidad, entendida esta como la identificación de las fuentes de derecho empleadas por la autoridad en su decisión y su relación con la naturaleza y objeto de la acción o recurso en el contexto del cual fue emitida la resolución. II. Lógica, la misma que hace referencia a la existencia de la pertinente coherencia entre las premisas y de estas con la decisión final, así como el cumplimiento del mínimo de carga argumentativa que el derecho exige para la decisión de la que se trate; y, III. Comprensibilidad, que hace relación a la claridad en el lenguaje utilizado en el fallo o resolución, con la finalidad de que pueda ser entendido por cualquier ciudadano."* Criterios que han sido repetidos en varias sentencias posteriores, como por ejemplo, sentencia Nro. 017-14-SEP-CC, caso Nro. 0401-1 3-EP. Es así que esta Sala de

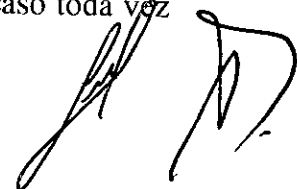


acuerdo con los criterios expresados ha revisado la enunciación de las diversas normas, así como la coherencia de las premisas con respecto a la conclusión, para finalmente revisar en un sentido amplio la comprensión de la misma. Es en base a dicho análisis que esta Sala Especializada ha constatado que en la sentencia recurrida se han citado normas legales que resultan impertinentes al caso analizado. En efecto, el Tribunal de instancia ha hecho expresa referencia al artículo 82 de la LOSEP que en su inciso segundo establece que “*La carrera del servicio público garantizará la estabilidad, ascenso y promoción de sus servidoras y servidores...*”, pese a que en la misma sentencia se citan los artículos 83 y 85 de la LOSEP que enumera a los servidores excluidos de la carrera administrativa y que pueden ser removidos libremente. Adviértase entonces que la sentencia recurrida se remite, de manera simultánea, a normas que establecen estabilidad de los servidores públicos, y a normas que los excluyen de dicha estabilidad. Adicionalmente el Tribunal de instancia ha utilizado para su resolución el artículo 229 de la Constitución de la República y el artículo 65 de la LOSEP que establecen la necesidad de la realización de un concurso de méritos y oposición para el ingreso al servicio público, a pesar de que en la sustanciación del juicio estuvo siempre claro que el actor no ingresó al Ministerio de Energía a través de un concurso. Se verifica además que en la sentencia recurrida se ha citado las normas que regulan los contratos de servicios ocasionales, a pesar de que el objeto de la controversia gira en torno a la cesación de un nombramiento provisional. También el Tribunal de instancia ha utilizado para la motivación de su resolución a la sentencia No. 004-18-SEP-CC de 03 de enero de 2018 emitida por el Corte Constitucional dentro del caso No. 0664-14-EP, que en nada se relaciona con el caso analizado, puesto que la referida sentencia de la Corte Constitucional se refiere a la falta de motivación por parte de autoridades jurisdiccionales y dispone la investigación a los jueces que no motiven adecuadamente sus sentencias. Se constata también que la sentencia recurrida se ha remitido a la sentencia No. 048-17-SEP emitida por la Corte Constitucional dentro del caso No. 0238-13-EP, que tampoco se relaciona al presente caso en que se analiza un nombramiento provisional, toda vez que la mencionada sentencia de la Corte Constitucional se refiere a la suscripción de contratos de servicios ocasionales.

De esta manera ha quedado evidenciada la falta de razonabilidad y lógica de la sentencia recurrida toda vez que las fuentes de derecho empleadas por el Tribunal de instancia para adoptar la decisión no se relacionan con la naturaleza y objeto de la acción, y varios de los razonamientos y argumentaciones resultan contradictorios y/o incompatibles, por lo que se

acepta el recurso por este extremo.

Una vez que se ha evidenciado el error de derecho en la sentencia recurrida, ésta debe ser casada, y de conformidad a los numerales 3 y 4 del artículo 273 del COGEP, esta Sala Especializada considera: En la sentencia recurrida el Tribunal de instancia ha decidido declarar la nulidad del acto administrativo impugnado, disponiendo la restitución del actor a su puesto de trabajo y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. Para llegar a esta resolución el Tribunal de instancia manifiesta: *"... si bien la Corte Constitucional ha considerado en temas de contratos de servicios ocasionales, las personas con discapacidad, quienes por dicha condición se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, tienen una estabilidad laboral reforzada; este Tribunal tomando en consideración el precedente Constitucional de aplicación obligatoria emitido en Sentencia No. 004-18-SEP-CC, caso No. 0664-14-EP de 03 de enero de 2018, toda vez que el actor por su condición de discapacitado, es sujeto de estabilidad especial y al haberse producido una vulneración del derecho al trabajo y al autosustento del actor y aplicando la normativa más favorable para el accionante, tomando en consideración el tiempo que ha ocupado el cargo del cual ha sido cesado, se considera que la Administración actuó sin la debida motivación que es un requisito indispensable de la legitimidad y legalidad de un acto administrativo (...) En consecuencia en el presente caso, el error de la Administración al adecuar el accionar del actor al presupuesto legal sin tomar en consideración las condiciones especiales que posee por la discapacidad física del 42% que tiene, provoca falta de motivación y por ende confluye en la nulidad del acto administrativo"*. Adviértase que el único fundamento para que el Tribunal de instancia haya declarado la nulidad del acto administrativo impugnado es que la institución pública demandada, al haber separado al actor del juicio de su puesto de trabajo, ha omitido considerar su condición especial de discapacidad, sin que el Tribunal de instancia haya mencionado de manera clara y precisa cuál es la causal que motiva la nulidad, o cuáles son las solemnidades sustanciales o las formalidades que se omitieron para la expedición del acto de cesación, o de qué manera esas omisiones viciaron al proceso de nulidad insubsanable, limitándose la sentencia recurrida a señalar que no se ha considerado la condición especial de discapacidad del actor del juicio. Al respecto se debe señalar que el inciso primero del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades de forma clara y contundente dispone lo siguiente: *"Estabilidad laboral.- Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo"*. Norma ésta que resulta plenamente aplicable al presente caso toda vez



que el señor Roberto Samuel Torres Cadena ha justificado plenamente en el proceso tener una discapacidad del 42%; y, en tal virtud, goza de estabilidad especial en su trabajo, conforme lo expresamente dispuesto en la Ley Orgánica antes transcrita. Consecuentemente, si el Ministerio de Hidrocarburos cesó al señor Roberto Samuel Torres Cadena sin tomar en cuenta su estabilidad especial en su sitio de trabajo, lo que se ha producido es una ilegalidad ya que ha existido una clara violación al artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades; y por ende, la declaratoria de nulidad del acto administrativo impugnado deviene en improcedente, ya que lo que en verdad se ha producido es la ilegalidad de dicho acto.

2.4.- Respecto al caso 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

La casual cuarta motivo del presente recurso se encuentra prescrita en el numeral 4 del artículo 268 del COGEP, norma que expresa: *"4. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto."*

El casacioncita que invoque el caso 4 del artículo 268 del COGEP debe determinar y especificar lo siguiente: **a)** Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba respecto de los que el Tribunal ha incurrido en el yerro, **b)** El modo en el que se ha cometido el yerro, esto es si por aplicación indebida, falta de aplicación o por errónea interpretación; **c)** Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; **d)** Explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea, interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba han conducido a la violación de normas de derecho ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación. En la especie, los presupuestos antes referidos no se han cumplido, toda vez que el recurrente se limita a enunciar determinadas normas (no todas son preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba), pero en ningún momento determina con precisión cómo la violación a los preceptos han conducido a la violación de normas de derecho (violación indirecta o efecto rebote), ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación, imposibilitando de esta manera que la Sala Especializada de casación pueda analizar la sentencia recurrida a la luz del vicio acusado.

El recurrente expresa que la sentencia recurrida no aplica el contenido del artículo 163

numeral 3 del Código Orgánico General del Procesos, norma ésta que establece los hechos que no requieren ser probados y que son "Los hechos notorios o públicamente evidentes", agregando que el Tribunal de instancia no consideró que el concurso de méritos y oposición es un concurso público, que no requería ser probado. Esta Sala requiere hacer ciertas precisiones respecto a los hechos notorios y públicamente evidentes. Los hechos notorios en el marco del artículo 163 del COGEP deben ser entendidos como tan generalmente percibidos o divulgados de manera que no quede espacio para la refutación, con una generalidad tal, que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse convencido de ellos, como se convence al juez en el proceso en base a la práctica de la prueba; de tal modo que ya no sería necesario probar los hechos que el juez considera de notoriedad absoluta y general. Así también, los hechos públicamente evidentes se refieren a que los mismos son evidentemente conocidos por todos en la generalidad. Sobre aquello, el recurrente ha mencionado lo siguiente: *"Por otra parte, la Entidad demandada mediante Memorando Nro. MH-DATH-2018-0167-ME de 16 de mayo de 2018, suscrito por la directora de administración de talento humano se indica: "al respecto me permito informar que revisados los reportes de postulaciones de los cargos Abogado 3, Abogado 2 y abogado 1 del 2017-2018 el ex funcionario Roberto Samuel Torres Cabrera no ha participado en ninguno de los procesos de selección. Se adjuntan reportes correspondientes con las firmas de los administradores de los concursos evidenciándose que efectivamente existieron concursos convocados por la entidad demandada dentro del cargo de Abogado 2."* Sin embargo, en la propia sentencia de instancia se menciona que los reportes correspondientes no han sido remitidos dentro del expediente administrativo ni judicial, por lo que no existe elementos de convicción suficientes para determinar a ciencia cierta, que efectivamente los concursos se realizaron, las fechas de convocatoria, y si el actor del juicio tuvo la oportunidad de participar en ella al haber sido debidamente notificado para el efecto.

Adicionalmente, el recurrente menciona que tampoco se ha aplicado el artículo 169 del COGEP mismo que regula la carga de la prueba, disponiendo que corresponde y es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda. Al respecto vale mencionar, que el artículo al cual se ha referido el recurrente no constituye un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, ya que dicho artículo se limita a señalar quién debe practicar la prueba, pero en ninguna parte regula los insumos que debe considerar el juez al momento de valorar la prueba.



El recurrente ha señalado también que no se aplicó el artículo 195 del COGEP mismo que dispone: "*Art. 195.- Eficacia de la prueba documental. Para que los documentos auténticos y sus copias o compulsas, hagan prueba es necesario:*

1. Que no estén defectuosos ni diminutos, con excepción de lo dispuesto en este Código sobre los documentos defectuosos. 2. Que no estén alterados en una parte esencial, de modo que pueda argüirse falsedad. 3. Que en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que, con tales documentos, se intente probar." Sobre el particular el recurrente afirma que el memorando No. MH-DATH-2018-0167-ME de 16 de mayo de 2018 fue anunciado y debidamente practicado como prueba a su favor, agregando que pese a ello el Tribunal de instancia le ha restado valor probatorio. Al respecto esta Sala Especializada considera necesario señalar que en el considerando 5.3 de la sentencia remitida por el Tribunal de instancia, hace expresa mención al memorando No. MH-DATH-2018-0167-ME llegando inclusive a transcribirlo, pero no solo eso, sino que lo considera, analiza y valora como parte de la motivación de la sentencia; por lo que a diferencia de lo aseverado por el recurrente, en la sentencia, efectivamente si se ha valorado el medio probatorio al que hace referencia al recurso. Se evidencia entonces que el recurrente no ha logrado demostrar el vicio en la sentencia recurrida al amparo del caso 4 del artículo 268 del COGEP, por lo que se desecha el recurso por este extremo.

2.5.-Respecto al caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

La causal quinta motivo del presente recurso se encuentra prescrita en el numeral 5 del artículo 268 del COGEP, norma que expresa: "*5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.*"

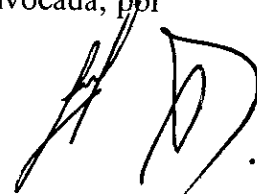
El recurrente aduce que en la sentencia recurrida ha existido una indebida aplicación del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. Al respecto se debe mencionar que la indebida aplicación implica un error de selección, y se presenta cuando el juzgador ha entendido rectamente el sentido de la norma pero la ha utilizado para un caso que no es el que ella ha previsto. En este evento el recurrente necesariamente debe identificar la norma que se debía aplicar al caso concreto en sustitución de aquella norma que se considera indebidamente

aplicada; sin embargo, en el presente caso el casacionista se ha limitado a señalar la supuesta indebida aplicación del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, pero en ningún momento ha identificado la norma que se debía aplicar en su reemplazo.

Igualmente, el recurrente aduce que no se aplicó el artículo 228 de la Constitución de la República del Ecuador, mismo que dispone: "*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, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora.*" A lo cual, esta Sala considera que dicha norma resulta inaplicable, debido a que tal como ha mencionado el recurrente, tanto en su intervención en la audiencia, como en el recurso escrito, no se trata de un servidor público de carrera, por lo que el mencionado artículo no es aplicable.

Complementariamente, el recurrente manifestó que en la sentencia recurrida existe falta de aplicación de la norma prevista en el artículo 229 de la Constitución de la República del Ecuador, norma esta de la cual no cabe alegar su falta de aplicación puesto que de la revisión de la sentencia recurrida se puede apreciar que en el considerado 5.3, párrafo octavo, se aplica el mencionado artículo.

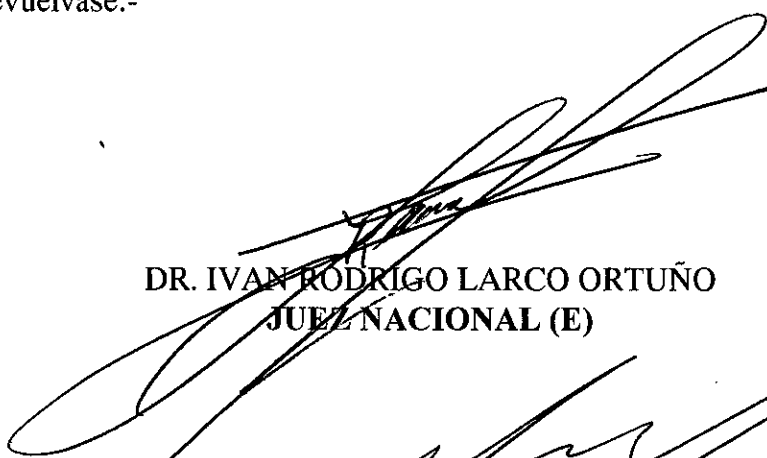
Finalmente, el recurrente alega que en la sentencia recurrida exista indebida aplicación del precedente jurisprudencial contenido en la sentencia de la Corte Constitucional No. 004-18-SEP-CC (caso 064-14-EP). Adicionalmente el casacionista menciona acusa a la sentencia recurrida del vicio de falta de aplicación de los siguientes precedentes jurisprudenciales: sentencia No. 258-15-SEP-CC (caso 2484-15-SEP-CC), sentencia No. 053-19-EP-CC (caso 0577-12-EP), sentencia No. 116-16-SEP-CC (caso 0555-12-EP). Al respecto es necesario señalar que el caso 5 del artículo 268 del COGEP se refiere, entre otros, a los "*precedentes jurisprudenciales obligatorios*"; esto es, aquellos que han sido aprobados por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y publicados en el Registro Oficial, luego de que se hayan cumplido con los presupuestos y procedimientos previstos en los artículos 184 y 185 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 180 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, situación ésta que en el presente caso no se ha verificado, toda vez que las sentencias citadas por el recurrente de ninguna manera pueden ser consideradas como los precedentes jurisprudenciales obligatorios a los que se refiere la causal invocada, por



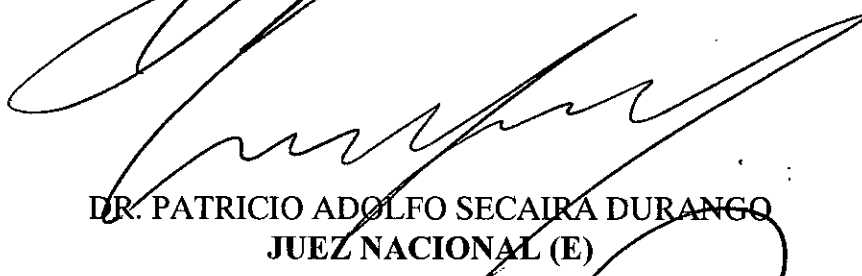
lo que se rechaza el recurso por este extremo.

III.- DECISIÓN

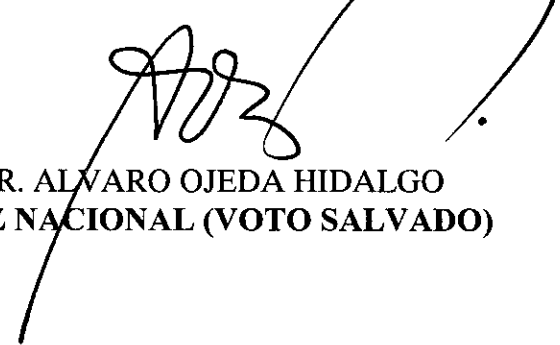
Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, acepta el recurso de casación propuesto por el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables, exclusivamente por el caso 2 del artículo 268 del COGEP; y, en consecuencia, casa la sentencia de mayoría dictada el 30 octubre de 2018 dentro del juicio No. 17811-2018-00196. En aplicación del artículo 273 del COGEP, esta sala especializada acepta parcialmente la demanda propuesta por el señor Roberto Samuel Torres, y declara la ilegalidad del acto administrativo impugnado, disponiendo la restitución del actor a su puesto de trabajo o a uno de similares características, sin que sean procedentes las demás pretensiones del actor. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora de conformidad con la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015. Notifíquese y devuélvase.-



DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL (E)



DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL (E)



DR. ALVARO OJEDA HIDALGO
JUEZ NACIONAL (VOTO SALVADO)

VOTO SALVADO DEL JUEZ NACIONAL, SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DR. ALVARO OJEDA HIDALGO.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, lunes 1 de junio del 2020, las 11h52.

VISTOS: Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial realizo mi voto salvado en los siguientes términos: **PRIMERO.**- En el recurso de casación presentado por el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables en el caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) se indica que: "...el ex servidor Roberto Torres tenía un nombramiento provisional totalmente diferente al caso manifestado en el precedente jurisprudencial que habla de contratos de servicios ocasionales. De igual forma el precedente jurisprudencial es relativo a la terminación de un contrato de servicios ocasionales, consecuencia de una serie de actos discriminatorios lo cual no es aplicable para este caso, puesto que la separación del ex Servidor Roberto Torres obedeció a la aplicación de una figura jurídica prevista en la Ley Orgánica del Servicio Público llamada remoción, misma que no es una sanción sino una faculta de la Autoridad Nominadora que consiste en disponer libremente de los puestos de libre remoción como es el nombramiento provisional... En tal situación, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tenía la obligación de explicar porque una sentencia de la Corte Constitucional relativa a contrato de servicios ocasionales y discriminación de un servidor público es aplicable a un proceso de cesación de funciones por aplicación de la figura de remoción de un nombramiento provisional. De igual forma era necesario que el Tribunal en su sentencia analice porque la aplicación de la figura de remoción a un funcionario que tiene nombramiento provisional no es aplicable tomando en cuenta que el artículo 85 de la LOSEP prevé como único requisito para la aplicación figura de remoción que el servidor público tenga nombramiento provisional." **SEGUNDO.- 2.1.-** En la sentencia recurrida, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, indica correctamente que: "Con fecha 27 de octubre de 2017, el actor es cesado en funciones en aplicación del literal e) del artículo 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público. La cesación de funciones es el género de la terminación de la relación administrativa de un servidor público con la Administración. De ahí, que existen varias figuras jurídicas que cumplen este fin. El literal e) del artículo 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público, establece cuatro situaciones jurídicas diferentes, no necesariamente concurrentes, de terminación del vínculo con la



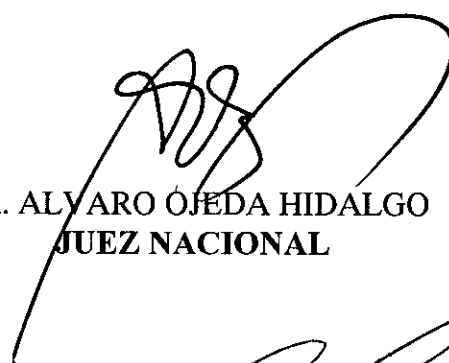
Administración, entre los cuales constan: 'Por remoción, tratándose de los servidores de libre nombramiento y remoción, de período fijo, en caso de cesación del nombramiento provisional y por falta de requisitos o trámite adecuado para ocupar el puesto. La remoción no constituye sanción' Adicionalmente el artículo 83 de la Ley Orgánica de Servicio Público, establece que servidores públicos se encuentran excluidos de la carrera del servicio público, dentro de los cuales están en el literal "h) Las o los servidores de libre nombramiento y remoción, y de nombramiento provisional". (Énfasis fuera del texto) Lo cual es concordante con el artículo 85 *Ibidem* que dispone: "Servidoras y servidores públicos de libre nombramiento y remoción.- Las autoridades nominadoras podrán designar, previo el cumplimiento de los requisitos previstos para el ingreso al servicio público, y remover libremente a las y los servidores que ocupen los puestos señalados en el literal a) y el literal h) del Artículo 83 de esta Ley. La remoción así efectuada no constituye destitución ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza". (Énfasis fuera del texto) Otra norma que resulta pertinente citar que es la carrera de servicio público que está definida en el artículo 82 de la citada ley y dice: "La carrera del servicio público garantizará la estabilidad, ascenso y promoción de sus servidoras y servidores de conformidad con sus aptitudes, conocimientos, capacidades, competencias, experiencia, responsabilidad en el desempeño de sus funciones y requerimientos institucionales, sin discriminación a las personas con discapacidad mediante procesos de evaluación" (énfasis fuera del texto) Por otra parte para ingresar en el sector público se requiere haber resultado ganador de un concurso de méritos y oposición, conforme lo determina el artículo 229 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 65 de la Ley Orgánica de Servicio Público que establece: "Del ingreso a un puesto público.- El ingreso a un puesto público será efectuado mediante concurso de merecimientos y oposición, que evalúe la idoneidad de los interesados y se garantice el libre acceso a los mismos" (énfasis fuera del texto) De los hechos expuestos en relación a las normas transcritas el Tribunal advierte que el actor efectivamente era un servidor público conforme el nombramiento provisional, el cual sin embargo, no le concede estabilidad por cuanto el mencionado nombramiento provisional no fue otorgado cumpliendo con las reglas establecidas para el ingreso al servicio público, esto es siendo ganador de un concurso de méritos y oposición, conforme lo establece la normativa del servicio público... En este contexto, efectivamente, se evidencia que la Administración actuó de conformidad con las normas citadas, expidiendo la Acción de Personal de Cesación de un Nombramiento Provisional, por cuanto dicho nombramiento no otorgaba ninguna estabilidad al actor justamente por el hecho de ser

provisional no pudiendo asemejarse a las garantías y prerrogativas que tienen los servidores públicos de carrera administrativa que ingresaron al haber aprobado un concurso de méritos y oposición.” Sin embargo, posteriormente menciona que la Administración no consideró lo manifestado por la Corte Constitucional respecto de la desnaturalización de los contratos de trabajo ocasionales, pues a pesar de considerar la existencia de las acciones de personal de nombramiento provisional, también lo hace con los contratos ocasionales, indicando que: “Por lo que se constata que el accionante al ser un servidor público que ha mantenido una relación laboral desde el año 2008 hasta el 2012 a través de contrato de servicios ocasionales, superando en demasía el plazo establecido para dicho contrato en el inciso segundo del artículo 58 de la LOSEP, ha desnaturalizado así su objeto, y al haberse evidenciando la necesidad estable y continua del trabajo que realiza el actor, a quien en el año 2013 le otorga la Administración nombramiento provisional al amparo del literal c) del artículo 18 del Reglamento de la LOSEP, que dispone: ‘Para ocupar un puesto cuya partida estuviere vacante hasta obtener el ganador del concurso de méritos y oposición, para cuya designación provisional será requisito básico contar con la convocatoria. Este nombramiento provisional se podrá otorgar a favor de una servidora, un servidor o una persona que no sea servidor siempre que cumpla con los requisitos establecidos para el puesto.’”

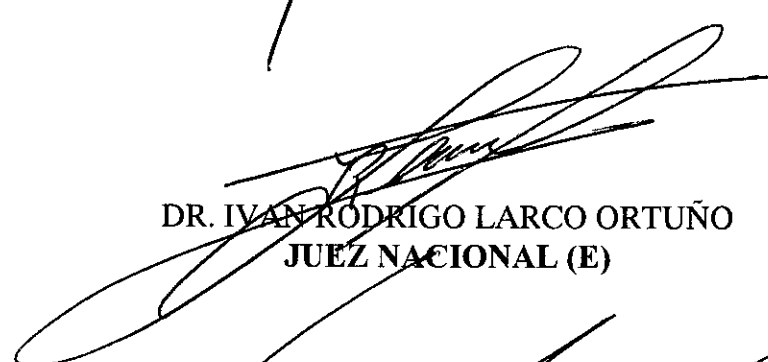
2.2.- El inciso primero del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades señala que: “Estabilidad laboral.- Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo”. En el presente caso, tanto el citado artículo como la resolución de la Corte Constitucional buscan la estabilidad de las personas que presentan algún tipo de discapacidad. Sin embargo, el artículo 51 citado, no puede interpretarse en el sentido de que establece una estabilidad indeterminada. Por el contrario y conforme la sentencia de la Corte Constitucional, existen parámetros determinados para la estabilidad laboral de personas con discapacidad, en el caso de la sentencia indicada se da por la terminación laboral de un contrato ocasional, lo cual no es equiparable a la situación del actor, quien al momento de desvincularse del Ministerio había sido contratado bajo nombramiento provisional, el cual, de acuerdo al artículo 83 literal h) de la LOSEP y el artículo 85 ibídem, no goza de estabilidad, por tanto no es correcto que se le restablezca al actor a un cargo del cual fue removido legalmente en relación a su tipo de contrato y “garantizar una estabilidad” fuera de lo que establece la LOSEP. En razón de lo antes mencionado considero que el recurso de casación interpuesto por el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables debe aceptarse, y se debe casar la sentencia dictada el 30



de octubre de 2018, 15h37, dictada dentro del juicio No. 17811-2018-00196 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, rechazándose la demanda planteada por el actor. Notifíquese, devuélvase y publíquese.



DR. ALVARO OJEDA HIDALGO
JUEZ NACIONAL



DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL (E)



DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL (E)

7

FUNCIÓN JUDICIAL



125136081-DFE

En Quito, miércoles tres de junio del dos mil veinte, a partir de las ocho horas y cuarenta y cuatro minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA y VOTO SALVADO que antecede a: TORRES CABRERA ROBERTO SAMUEL en la casilla No. 2540 y correo electrónico carlostrujillo.m@hotmail.com, en el casillero electrónico No. 1707217863 del Dr./Ab. CARLOS ALFREDO TRUJILLO MONTALVO; en la casilla No. 3219 y correo electrónico rolandolagunabustos@gmail.com, samuelscabrini@hotmail.com, en el casillero electrónico No. 0400939567 del Dr./Ab. ROLANDO CLEMENTE LAGUNA BUSTOS. COORDINADORA GENERAL ADMINISTRATIVA FINANCIERA DEL MINISTERIO DE HIDROCARBUROS en la casilla No. 1331; DIRECTORA DE PATROCINIO DEL MINISTERIO DE HIDROCARBUROS en la casilla No. 1331; en la casilla No. 1331 y correo electrónico elena.pinos@hidrocarburos.gob.ec, agustin.infante@hidrocarburos.gob.ec, hector.borja@hidrocarburos.gob.ec, diego.cofre@recursosyenergia.gob.ec, elena.pinos@recursosyenergia.gob.ec, hector.borja@recursosyenergia.gob.ec; PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO en la casilla No. 1200 y correo electrónico fj-pichincha@pge.gob.ec, en el casillero electrónico No. 00417010008 del Dr./Ab. PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO - PICHINCHA - QUITO - 0008 PICHINCHA. ASAMBLE CIUDADANA ECUADOR A.C.E en el correo electrónico asambleaciudadana2018@gmail.com. Certifico:


DRA. NADIA FERNANDA ARMIJOS CÁRDENAS
SECRETARIA RELATORA



FUNCIÓN JUDICIAL

DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
NADIA
FERNANDA
ARMIJOS
CÁRDENAS
C=EC
L=QUITO
CI
1714267950

