

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**Nombramientos sin concurso de oposición y méritos:  
¿lesividad o revisión de oficio?**

**Doménica Páez Rosales**

**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito  
para la obtención del título de Abogada

Quito, 20 de noviembre de 2022

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Doménica Páez Rosales

Código: 00139807

Cédula de identidad: 092473059-1

Lugar y Fecha: Quito, 20 de noviembre de 2022

## **ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN**

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

## **UNPUBLISHED DOCUMENT**

**Note:** The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

**NOMBRAMIENTOS SIN CONCURSO DE OPOSICIÓN Y MÉRITOS:  
¿LESIVIDAD O REVISIÓN DE OFICIO?<sup>1</sup>**

**APPOINTMENTS WITHOUT COMPETITION AND MERIT: DECLARATION  
OF INJURY OR EX OFFICIO REVIEW?**

Doménica Páez Rosales.<sup>2</sup>  
domepaezr@gmail.com

**RESUMEN**

El nombramiento permanente que omite el requisito previo de concurso de oposición y méritos es un acto favorable y nulo. Con el paso del tiempo se han suscitado una serie de discusiones entre las cortes sobre el procedimiento a seguir para la extinción de este acto administrativo irregular. Mientras la Corte Constitucional señala mediante regla jurisprudencial que procede por acción de lesividad sustentándose en el derecho al trabajo y a la seguridad jurídica, la Corte Nacional explica que debe hacerse por revisión de oficio en base al principio de legalidad.

En virtud de que la revisión de oficio parte de una ponderación entre seguridad jurídica y legalidad, es la opción que más protege la situación jurídica y los derechos adquiridos por el administrado.

**ABSTRACT**

Permanent appointment that omits the prerequisite of competitive examination and merit is a favorable and null act. With the passage of time, a series of discussions have arisen among the courts on the procedure to be followed for the extinction of this irregular administrative act. While the Constitutional Court, by means of a rule of case-law, states that it proceeds by an action of injury based on the right to work and legal security, the National Court explains that it must be done by ex officio review based on the principle of legality. Since ex officio review is based on a balance between legal certainty and legality, it is the option that most protects the legal situation and the rights acquired by the administrator.

**PALABRAS CLAVE**

Legalidad, seguridad jurídica, nulidad, revocatoria.

**KEYWORDS**

*Legality, legal certainty, nullity, revocation.*

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Andrés Sebastián Moreta Neira..

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 20 de noviembre de 2021.  
Fecha de publicación: 20 de noviembre de 2021.

**SUMARIO:**

1. INTRODUCCIÓN.- 2. EL NOMBRAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.- 3. MARCO TEÓRICO.- 3.1. REVOCATORIA.-3.2. NULIDAD.- 4. DEBATE JURISPRUDENCIAL ENTRE LAS ALTAS CORTES.-5. LA INTERPRETACIÓN QUE MÁS PROTEJA LA SITUACIÓN JURÍDICA ADQUIRIDA.-5.1. LA REVISIÓN DE OFICIO: CONFLICTO ENTRE PRINCIPIOS.- 5.2. VOTO SALVADO: LA RETROACTIVIDAD DEL ACTO NULO.-6. CONCLUSIONES.

## **1. Introducción**

El nombramiento permanente es un acto administrativo cuyo objetivo es el otorgar la calidad de servidor público a quien demuestre, a partir de un concurso de oposición y méritos, tener los estudios, las aptitudes y las capacidades necesarias para ocupar el puesto. Sin embargo, se han evidenciado situaciones en las que, contrariando a lo dispuesto en la Constitución, se otorga un nombramiento eludiendo el concurso de oposición y méritos y suprimiendo la posibilidad de que otras personas accedieran al mismo cargo en igualdad de condiciones.

La cuestión en cuanto al acatamiento del ordenamiento jurídico radica en que, existen actuaciones que se desvían de la legalidad, muchas veces, con la meta de prevalerse de una ventaja, esta puede ser, por ejemplo, un lucro, un mérito, una mejor posición laboral o incluso el deseo de proteger la asociación de personas que sostienen un ideario similar.

El estudio del presente artículo académico se deriva de la discusión jurisprudencial emanada entre la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia sobre el procedimiento a seguir para decidir sobre la permanencia o extinción del nombramiento concedido sin concurso de méritos y oposición. El legislador ecuatoriano ha establecido una serie de parámetros para remediar los defectos que contrarían el interés general o el ordenamiento jurídico. En el presente caso, tratándose de un acto administrativo, hay dos procedimientos de extinción de actos materia de la problemática a resolver: la revisión de oficio y la acción de lesividad.

Partiendo del método sintético, se pretende efectuar una aproximación al problema desde su regulación en la ley sobre la extinción, la causa, y la clasificación de los actos administrativos para que, una vez construidos estos conceptos, obtener un mejor entendimiento del siguiente tema a tratar: la discrepancia jurisprudencial entre la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia.

Desde esta visión es posible realizar un análisis que implique el estudio de las consecuencias prácticas de una u otra posición para poder concluir cuál de ellas se sitúa como una decisión más razonable y, por tanto, conforme a nuestro derecho.

## **2. El nombramiento en la legislación ecuatoriana**

El actuar de la administración pública del Ecuador se atañe a lo establecido en la ley<sup>3</sup>, en la misma línea, los órganos y los funcionarios públicos que lo integran están sujetos a una normativa en específico. Esto en virtud de que el Estado tiene el deber de asegurar los derechos naturales de las personas, siendo “el mismo ordenamiento jurídico que, en su evolución, se personifica idealmente y al hacerlo se somete al sistema normativo que en él se origina”<sup>4</sup>. Es así que el responsable de definir la funcionalidad de la Administración recae sobre un tercero, es decir, el legislador, que, en ejercicio de sus funciones, debe establecer una serie de reglas para la consecución de un interés general que trasciende de las personas involucradas en la relación afectando a los ciudadanos en general.<sup>5</sup>

En cuanto al contenido del régimen legal sobre la actuación de la Administración Pública es importante que, en un principio, se encuentre comprendida la normativa relativa a la condición de funcionario, es decir, su adquisición, sus competencias, su pérdida y las condiciones y situaciones para la promoción en carrera administrativa<sup>6</sup>. Consecuentemente, para iniciar con la resolución del problema planteado en el título de este trabajo, es necesario hacer mención al marco normativo y jurisprudencial que regula el otorgamiento del nombramiento permanente y la carrera administrativa, sus efectos y las posibles formas para su extinción.

Los funcionarios que conforman la carrera administrativa son aquellos que se encuentran vinculados a la Administración Pública porque tienen un nombramiento legal para el desempeño de servicios profesionales de carácter permanente debidamente regulados por el Derecho Administrativo, refiriéndose – el carácter permanente – a la garantía del funcionario de carrera a conservar de manera indefinida su relación con la Administración no a su inamovilidad de un puesto concreto, pues el puesto está a disponibilidad de la Administración Pública para mayor organización de la misma pero no la calidad de servidor público del trabajador.<sup>7</sup> Es decir, la Administración puede cambiar de puesto al funcionario que forma parte de la carrera administrativa pero no removerlo arbitrariamente de servir a la misma.

---

<sup>3</sup> Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas: Tomo I* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017), VII-3

<sup>4</sup> Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1998), 13-14

<sup>5</sup> Jorge Zavala Egas, *Lecciones de Derecho Administrativo* (Perú: EDILEX S.A., 2011), 105-11

<sup>6</sup> Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, *Manual básico de Derecho Administrativo* (Madrid: Editorial TECNOS, 2016), 313

<sup>7</sup> *Ibidem*, 320-321

Es así que el artículo 228 de la Constitución de la República establece que el ingreso, ascenso y promoción en la carrera administrativa deben pasar por un concurso de méritos y oposición<sup>8</sup>. El artículo 5 de la Ley Orgánica de Servicio Público establece los requisitos que se deben dar para el ingreso al servicio público, entre los cuales se encuentra el ganar el concurso de oposición y méritos salvo algunas excepciones<sup>9</sup>, estas excepciones hacen referencia a la enumeración entre los tipos de nombramientos contenidos en el artículo 17 ibidem que diferencia entre nombramientos permanentes, provisionales, de libre nombramiento y remoción y los de período fijo, siendo los nombramientos permanentes los que se obtienen luego del concurso de oposición y méritos<sup>10</sup> y por tanto, interesan a la presente investigación.

El artículo 65 de la Ley Orgánica de Servicio Público establece que el ingreso a un puesto público deberá efectuarse mediante concurso de merecimientos y oposición a partir de una calificación con parámetros objetivos sin la intervención directa, subjetiva o discrecional de una autoridad<sup>11</sup>. Los sistemas de selección de empleados públicos se basan en dos fases principales que son, tal como lo dice su nombre, la oposición y los méritos<sup>12</sup>. La oposición es la entrega de los documentos y demás pruebas que demuestren las aptitudes, preparación, conocimientos y destrezas del concursante. Por otro lado, el concurso de méritos es el procedimiento selectivo que tiene como objeto evaluar y acreditar la capacidad actual de los concursantes<sup>13</sup>. El artículo 179 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público establece las etapas de reclutamiento de la siguiente manera: 1. Preparación del proceso de reclutamiento 2. Convocatoria, 3. Evaluación y Selección, 4. Expedición del nombramiento y, 5. Inducción<sup>14</sup>.

Ahora bien, en el Ecuador la legislación ha establecido un método de organización sobre los asuntos que conciernen al concurso de oposición y méritos que depende de la planificación institucional de talento humano de conformidad con lo

---

<sup>8</sup> Artículo 228, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>9</sup> Artículo 5, Ley Orgánica de Servicio Público [LOSEP]. R.O. Suplemento 294 de 06 de octubre del 2010

<sup>10</sup> Artículo 17, Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público. R.O. Suplemento 418 de 01 de abril de 2011

<sup>11</sup> Artículo 65, LOSEP.

<sup>12</sup> Artículo 183, Reglamento a la LOSEP.

<sup>13</sup> Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, *Manual básico de Derecho Administrativo*), 338-339

<sup>14</sup> Artículo 179, Reglamento a la LOSEP.

establecido en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Servicio Público y de la aprobación del Ministerio del Trabajo<sup>15</sup>.

El artículo 16 del Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público define al nombramiento como un acto unilateral expedido por autoridad competente “mediante un decreto, acuerdo, resolución, acta o acción de personal, que otorga capacidad para el ejercicio de un puesto en el servicio público”<sup>16</sup>, entendiéndose que es un acto administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 98 del Código Orgánico Administrativo<sup>17</sup>, debe sujetarse a los requisitos de validez contenidos en el artículo 99<sup>18</sup> y se rige bajo las causales de nulidad del artículo 105 *ibidem*<sup>19</sup>.

Una vez que un servidor público ha sido designado mediante nombramiento, este adquiere derechos a su favor que no tenía antes de habersele otorgado, como, por ejemplo, el derecho al trabajo<sup>20</sup> y el derecho a la seguridad social<sup>21</sup> contenido en el artículo 33 y 34 de la Constitución de la República, el derecho a gozar de estabilidad en su puesto y los demás enumerados en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Servicio Público<sup>22</sup>. La persona que recibe el nombramiento obtiene una condición de servidor público, tal como lo establece el artículo 229 de la Constitución<sup>23</sup>, siendo el nombramiento un acto administrativo que produce efectos favorables al servidor que lo obtiene<sup>24</sup>.

Partiendo de la premisa de que al otorgar un nombramiento se constituyen derechos subjetivos, en virtud de que en el ámbito del derecho público solo se puede hacer lo autorizado por ley<sup>25</sup>, la cesación de funciones del servidor que obtuvo su puesto mediante nombramiento se podrá dar únicamente por las causales establecidas en la ley, es decir, por las contenidas en el capítulo 5 de la Ley Orgánica de Servicio Público<sup>26</sup> y siguiendo el procedimiento establecido en la misma, es decir, mediante el proceso sumario administrativo a la luz de lo establecido en el artículo 44 de la misma norma legal<sup>27</sup>.

---

<sup>15</sup> Artículo 56, LOSEP.

<sup>16</sup> Artículo 16, Reglamento a la LOSEP

<sup>17</sup> Artículo 98, COA.

<sup>18</sup> Artículo 99, COA.

<sup>19</sup> Artículo 105, COA.

<sup>20</sup> Artículo 33, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>21</sup> Artículo 34, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>22</sup> Artículo 23, LOSEP.

<sup>23</sup> Artículo 229, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>24</sup> Artículo 101, COA.

<sup>25</sup> Artículo 426, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>26</sup> Capítulo 5, LOSEP.

<sup>27</sup> Artículo 44, LOSEP.

En el caso de los nombramientos permanentes otorgados sin concurso de oposición y méritos, el legislador en el inciso i) del artículo 48 e inciso h) del artículo 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público<sup>28</sup> establece como causal de destitución el obtener un nombramiento de manera ilícita, lo que da a entender que se cesará las funciones a tal servidor, previa la instauración del respectivo sumario administrativo. Sin embargo, la Corte Constitucional mediante sentencia No 223-18-SEP-CC realiza la “interpretación conforme y condicionada con efecto erga omnes”<sup>29</sup> en la que establece lo siguiente:

El artículo 48 literal i) de la LOSEP, debe ser interpretado en el sentido que la falta cometida respecto de la emisión de un nombramiento en contravención de las disposiciones legales -es decir, en los supuestos que la norma antes citada describe como “suscribir”, “otorgar” o “registrar”, entre otros-, no es atribuible al funcionario público a quien se otorga el nombramiento, sino a la autoridad nominadora que emitió el mismo, o el funcionario encargado que actúe en su representación [...] <sup>30</sup>.

El argumento presentado por la Corte Constitucional brinda un claro precepto que, sin omitir el análisis integral del ordenamiento jurídico, con base en lo establecido en el artículo 228 de la Constitución de la República,<sup>31</sup> permite concluir que la norma pretende incentivar el control de parte de la autoridad nominadora del ingreso de personal a la institución pública, siendo ésta la única sobre la que recae la responsabilidad por inobservancia sobre el requisito sustancial de concurso de oposición y méritos.

Sin embargo, si la responsabilidad por la omisión legal recae sobre la autoridad nominadora que otorgó el nombramiento, el funcionario continúa beneficiándose de las ventajas que obtuvo del acto ilícito y su vigencia sigue generando efectos, derechos y obligaciones, por lo que es necesario determinar el proceso a seguir para resolver el problema jurídico planteado.

### **3. Marco teórico**

Partiendo del concepto del nombramiento como un acto administrativo el artículo 103 del Código Orgánico Administrativo establece 5 causas para su extinción, entre las cuales, nos interesa las dos primeras, es decir, la nulidad y la revocatoria<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Artículo 47 y artículo 48, LOSEP

<sup>29</sup> Caso 1830-16-EP, Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, 20 de junio de 2018.

<sup>30</sup> Caso 1830-16-EP.

<sup>31</sup> Artículo 228, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>32</sup> Artículo 103, COA.

Tanto la nulidad como la revocatoria son formas extraordinarias de extinción, sin embargo, la diferencia entre ambas radica en tres conceptos principales: su causa, su procedimiento y ante qué actos opera. Es así que el autor Juan Pablo Aguilar ha establecido:

A partir del Código Orgánico Administrativo, la potestad que el artículo 132 confiere a la Administración para dejar sin efecto sus actos nulos, y la exigencia de recurrir a la acción de lesividad cuando se trate de actos anulables, a la que se refiere el artículo 115, hacen innecesaria la discusión acerca de si la potestad de revocar los propios actos es inherente a la Administración o se requiere, para ejercerla, de expresa habilitación legislativa<sup>33</sup>

Ahora bien, de este concepto surgen varias ideas y es necesario ir las fragmentando.

### **3.1. Revocatoria**

La revocatoria de actos administrativos parte de un precepto de determinar que, a pesar de que el acto no padezca de un vicio grave de nulidad, el mismo se considera lesivo al interés público<sup>34</sup>.

Esta institución tiene un fin de protección y “la búsqueda del interés general, o de la utilidad pública, o en una perspectiva más filosófica, del bien común”<sup>35</sup> sobre las actuaciones de la Administración, es por ello que parte de un concepto de acto administrativo regular, es decir, apegado al ordenamiento jurídico que lo norma y que prescinde de un vicio grave que lleve a la nulidad del acto<sup>36</sup>.

Con base en el objeto principal del Estado de resguardar el orden público sobre el particular se generan ciertas restricciones contenidas en leyes o normas de lo que se puede o no hacer actuando en sociedad, si contraría lo establecido en la ley, se trata de un acto irregular por ser ilegal, estando originalmente viciado por una desviación a lo impuesto por el ordenamiento jurídico<sup>37</sup>, pero si contraría al orden público sin tener una tipificación o prohibición como vicio grave en la ley, se trata de un acto regular pero que,

---

<sup>33</sup> Juan Pablo Aguilar y otros, *Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo* (Quito: Cevallos, 2018) 251

<sup>34</sup> Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico* (Bogotá: Temis, 2013), 332

<sup>35</sup> Jean Rivero, *Derecho Administrativo* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984), 10

<sup>36</sup> *Ibidem*, 84

<sup>37</sup> Ramón Martín Mateo, *Manual de Derecho Administrativo* (Alicante: Editorial Trivium, 2002) 347 -349

a pesar de ser inicialmente legal, se lo considera lesivo al interés común, a esto se le denomina causa de oportunidad, mérito o conveniencia.<sup>38</sup>

El Código Orgánico Administrativo hace una diferenciación entre revocación de actos favorables y actos desfavorables, es así que, el artículo 118 establece que la revocación la puede realizar la propia sede administrativa cuando se trata de actos desfavorables para los interesados<sup>39</sup> y el artículo 115 señala que los actos administrativos regulares favorables que adolecen de una causal de oportunidad son revocados por acción de lesividad<sup>40</sup>, esto es, un procedimiento por medio del que se declara que un acto es lesivo para el interés público, esto puede deberse a una razón económica, social, institucional, entre otras<sup>41</sup>

El procedimiento determinado para la declaratoria de lesividad de un acto administrativo se inicia mediante la declaración de lesividad de parte de las administraciones públicas hasta en el término de 3 años<sup>42</sup> desde que el mismo fue dictado, luego de lo cual se cuentan con noventa días<sup>43</sup> para proponer una demanda contencioso administrativo de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 326 del Código Orgánico General de Procesos y 115 del Código Orgánico Administrativo.<sup>44</sup> Es entonces la lesividad una excepción a la autotutela administrativa.

### **3.2. Nulidad**

Esta segunda forma extraordinaria de extinción de los actos administrativos propone que hay actos que, en virtud de la gravedad que su ilegalidad conlleva, deben ser nulitados<sup>45</sup>. La ley establece, de manera taxativa, las causales por las que un acto puede considerarse nulo o, como la doctrina lo ha denominado, acto nulo de pleno derecho, estas son:

Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que:

1. Sea contrario a la Constitución y a la ley.

---

<sup>38</sup> Patricio Secaira, *Curso breve de derecho administrativo* (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 256-257.

<sup>39</sup> Artículo 118, COA

<sup>40</sup> Artículo 115, COA.

<sup>41</sup> Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, *Manual básico de Derecho Administrativo*), 597

<sup>42</sup> Artículo 116, COGEP

<sup>43</sup> Artículo 306, COGEP

<sup>44</sup> Artículo 326, COGEP.

<sup>45</sup> Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo teoría y régimen jurídico*, 209

2. Viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide.
  3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo.
  4. Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado.
  5. Determine actuaciones imposibles.
  6. Resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código.
  7. Se origine en hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada.
  8. Se origine de modo principal en un acto de simple administración
- El acto administrativo nulo no es convalidable. Cualquier otra infracción al ordenamiento jurídico en que se incurra en un acto administrativo es subsanable. El acto administrativo expreso o presunto por el que se declare o constituyan derechos en violación del ordenamiento jurídico o en contravención de los requisitos materiales para su adquisición, es nulo<sup>46</sup>.

En virtud a lo revisado, la causa de la nulidad es la legitimidad<sup>47</sup>. A diferencia del sistema judicial en el que rige el principio dispositivo, el procedimiento administrativo se lleva a cabo partiendo de la idea de que el impulso y tramitación de la causa depende de la Administración Pública<sup>48</sup>, esto, atado a la idea de que en Derecho Público prima el interés general sobre el individual<sup>49</sup>. En palabras de los autores Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández:

El fundamento de este principio estriba en que, mientras en los procesos civiles se debaten exclusivamente intereses privados, el procedimiento administrativo cumple esencialmente – cómo se ha visto – una función de realización de los intereses públicos, lo cual exige que el impulso del mismo no dependa del interés particular de los Administrados que coyunturalmente intervengan en cada procedimiento, sino que la Administración tiene la potestad – es decir, el derecho y el deber – de instruirlo<sup>50</sup>.

Esto viene atado a las limitaciones de la ley ya que, de conformidad con el principio de legalidad, la Administración Pública puede hacer únicamente lo que la ley les permite<sup>51</sup>. Este principio es un rango distintivo del Derecho Público y del procedimiento administrativo y una de sus principales características es el ser objetivo,

---

<sup>46</sup> Artículo 5, COA.

<sup>47</sup> Juan Pablo Aguilar y otros, *Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo*, 237

<sup>48</sup> Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 103-105

<sup>49</sup> Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo* (Buenos aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1998), 635-644

<sup>50</sup> Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, *Manual básico de Derecho Administrativo*, 429

<sup>51</sup> *Ibidem*, 74

es decir, que la interpretación de la ley se realice en virtud de lo dictado por norma jurídica con el objeto de conservar el imperio de la justicia y de la legalidad<sup>52</sup>.

El carácter objetivo de la norma brinda tanto al administrador como al administrado la seguridad de que las decisiones tomadas se apartan de la arbitrariedad para brindar un servicio al ciudadano justo y seguro, es por ello que la potestad de la Administración Pública se limita a hacer únicamente lo que la ley le permite y, siendo así, la Administración tiene la facultad de decidir sobre asuntos que son notoriamente contrarios a la ley<sup>53</sup>, es por eso que, cuando se trata una irregularidad a partir del procedimiento de revisión de oficio, esta se atañe a que la Administración decida únicamente para combatir un vicio, irregularidad o ilegalidad, es decir, bajo una causa de legitimidad, más no a decidir por razones de oportunidad o conveniencia<sup>54</sup>.

La revisión de oficio es un procedimiento cuya base principal es el ejercicio de la autotutela de la Administración, y, como tal, debe revisar sus propias actuaciones. Ahora, si bien un acto administrativo es revisado o por oficio o por actuación o insinuación del o los administrados, el procedimiento administrativo estriba en el amparo de los intereses públicos, por lo que requiere que el impulso del mismo no caiga en manos de los intereses particulares de los interesados, sino que, la Administración, cumpliendo con su derecho y su deber, sea quien lo instruya.<sup>55</sup>

De acuerdo a lo establecido, las dos formas extraordinarias de extinción, esto es, la nulidad y la revocatoria, se enmarcan de la siguiente manera:

**Tabla No. 1 Extinción de actos administrativos**

Forma de extinción	Causa	Actos	Procedimiento
Revocatoria	Oportunidad	Regulares	Lesividad
Nulidad	Legitimidad	Irregulares	Revisión de oficio

Fuente: Elaboración propia, a partir de artículos del Código Orgánico Administrativo<sup>56</sup>

<sup>52</sup> Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos aires: Fundación de Derecho Administrativo, 200), IX-9

<sup>53</sup> Jorge Zavala Egas, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 383

<sup>54</sup> Juan Pablo Aguilar y otros, *Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo*, 237

<sup>55</sup> Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, *Manual básico de derecho administrativo*, 429

<sup>56</sup> Artículos 132 y 115, COA.

#### **4. Debate jurisprudencial entre las altas cortes**

Los conceptos revisados conducen a un debate generado entre la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional en casos prácticos similares cuyas conclusiones han generado una interesante problemática a resolver.

Con el paso del tiempo en el Ecuador se han suscitado actos que, a pesar de desviarse de la legalidad, generan derechos a los particulares<sup>57</sup>. Es así el caso de los servidores públicos que, a partir de la obtención ilícita de un nombramiento, cuentan con los derechos y estabilidad que éste les otorga. La dificultosa determinación de un procedimiento de extinción de los actos administrativos a seguir para estos casos en cuestión ha generado un arduo debate jurisprudencial que ha ido desarrollando el concepto desde varias perspectivas que valen la pena ser mencionadas.

En 2010 el Municipio del Cantón Céllica presentó ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo una acción de lesividad con el objetivo de revocar los nombramientos otorgados por la autoridad de turno anterior, nombramientos que fueron generados sin concurso de oposición y méritos, inobservando las disposiciones legales para el efecto. Por decisión mayoritaria, el 30 de marzo de 2010 el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 5 emitió sentencia en la que se rechaza la demanda de lesividad por “haber violentado las normas constitucionales y legales invocadas”, esto es, al no haber demostrado que efectivamente existía una afectación al interés público para la declaratoria de lesividad sino únicamente dirigir su prueba a señalar que se trata de un acto vulneratorio de las normas constitucionales y legales<sup>58</sup>.

Al respecto, la Corte Nacional de Justicia en 2015 dictaminó la resolución Nro. 52-2015, sobre el juicio Nro. 353-2010 en la que acepta el recurso de casación y declara la nulidad del nombramiento expedido a favor de la accionada, señora Mercy del Carmen Ludeña Quezada.

El Tribunal de Casación establece que el procedimiento adecuado para los casos de nombramientos otorgados sin concurso de oposición y méritos deben conducirse por la autotutela en sede administrativa, siendo que la acción de lesividad en sede judicial

---

<sup>57</sup> Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 239

<sup>58</sup> Resolución Nro 52-2015, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 20 de enero de 2015

cabe siempre que los derechos obtenidos por el acto en cuestión tengan un origen lícito.<sup>59</sup>

Es así, que establece

“[...] no se podría obligar a una autoridad pública a tener que recurrir a la acción de lesividad, cuando él o ella claramente constatan que un acto administrativo es frontal y directamente contrario a la Constitución de la República [...] por lo que bien se puede decir: que los derechos subjetivos efectivamente generados deben ceder ante los derechos constitucionales ciertamente violados”<sup>60</sup>

En contraposición, en 2018 la Corte Constitucional del Ecuador, emite una sentencia que, además de generar un precedente, fija una regla jurisprudencial aplicable a los casos posteriores en los que se analicen hechos análogos que dice:

Las autoridades públicas están vedadas de remover directamente a un servidor o servidora pública, que haya ingresado con nombramiento de carácter permanente, so pretexto de corregir el vicio de legalidad en el ingreso. En caso de existir tales vicios, la corrección deberá hacérsela por medio de la declaratoria de lesividad del acto administrativo en cuestión y la presentación de la correspondiente acción ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. El incumplimiento de esta regla acarrea la vulneración del derecho constitucional a la seguridad jurídica.

El Caso No 0290-10-EP trata de la acción extraordinaria de protección presentada por Franklin Genaro Cevallos Tumbaco debido a la acción de personal con la que se le notifica la conclusión de sus funciones como Asistente de la Secretaría General del Municipio de Manta sustentándose en la obtención de nombramiento sin haber participado en el respectivo concurso de méritos y oposición, tal como lo exigía la norma constitucional y la ley creada para el efecto.

La Corte Constitucional se basa en la vulneración de la seguridad jurídica al dar cese a las funciones del servidor con la emisión de la acción de personal que, a convicción de la Corte, no cabía al haberse reconocido derechos como el derecho a gozar de estabilidad en su cargo y una situación jurídica en su calidad de trabajador.

El criterio de la Corte indica que el procedimiento a seguir para dar por terminadas las funciones desempeñadas por un funcionario cuyo nombramiento omitió el concurso de oposición y méritos es el de lesividad ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, basándose en que es la interpretación que brinda la mayor protección de la situación jurídica adquirida. Aun cuando en la misma sentencia se

---

<sup>59</sup> Resolución Nro 52-2015, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 20 de enero de 2015

<sup>60</sup> Resolución Nro 52-2015, pág. 8.

reconoce que se trata de un acto nulo de pleno derecho, establece que debe ser resuelta en sede judicial.<sup>61</sup> En la misma línea, Patricio Secaira Durango señala

[...] existen actos administrativos que no pueden ser revocados por el órgano público que los emitió en razón de que sus efectos jurídicos crearon derechos subjetivos a favor de un administrado. De esta manera, si el acto o resolución benefician al administrado, los efectos de la disposición no están a disposición de la administración pública.<sup>62</sup>

Como regla jurisprudencial, el criterio emitido por la Corte Constitucional fue practicada posteriormente en varias ocasiones, así sucedió con la sentencia No 223-18-SEP-CC<sup>63</sup> en la que, después de decidir que el procedimiento sumario administrativo no era el adecuado, citando la regla jurisprudencial se decide que el procedimiento a seguir sería el de declaración de lesividad.

Sin embargo, la aplicación de la regla jurisprudencial emitida por la Corte Constitucional no ha sido pacífica, es así que la Corte Nacional de Justicia en su sentencia dictada el 29 de septiembre de 2021, dentro del proceso Nro. 17741-2017-0165, caso análogo al presentado ante la Corte Constitucional, en el que a pesar de que en su parte resolutive niega el recurso de casación presentado por el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Isidro Ayora (parte vencida en sentencia de primer nivel), no omite pronunciarse sobre la inconveniencia generada por la regla jurisprudencial de la Corte Constitucional.

La Corte Nacional de Justicia emite su criterio partiendo de la diferenciación entre el concepto de acto administrativo favorable e irregular, y acto administrativo favorable y regular. Siendo los primeros actos nulos de pleno derecho incapaces de producir efectos jurídicos válidos son susceptibles a ser extinguidos bajo la autotutela administrativa, pues, tal como lo establece Mateo Ramón Martín, se trata de actos que contrarían al ordenamiento jurídico<sup>64</sup>. Por otro lado, de acuerdo a lo establecido por la Corte Nacional, los actos administrativos favorables y regulares son aquellos que, cumpliendo con los requisitos de validez, no son susceptibles de revocación en sede administrativa. Es así que, a criterio de la Corte Nacional, los actos irregulares pueden ser

---

<sup>61</sup> Caso 0290-10-EP, Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, 24 de enero de 2018

<sup>62</sup> Patricio Secaira, *Curso breve de Derecho Administrativo* (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 256-257.

<sup>63</sup> Caso 1830-16-EP, Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, 20 de junio de 2018

<sup>64</sup> Ramón Martín Mateo, *Manual de Derecho Administrativo* (Alicante: Editorial Trivium, 2002), 347

declarados nulos de pleno derecho por la administración mientras los actos regulares solo pueden ser revocados en sede judicial, partiendo de una declaración de lesividad al interés público<sup>65</sup>.

En el presente trabajo, se coincide con el criterio de la Corte Nacional de Justicia al establecer que “la no realización del procedimiento previo de concurso de méritos y oposición conduce a que el acto administrativo adolezca del vicio de nulidad absoluta e insubsanable” cuya nulidad, de acuerdo a la clasificación de los actos administrativos, debe ser analizada por revisión de oficio en sede administrativa. Sin embargo, el criterio de la Corte Nacional de Justicia, aunque muy acertado, no se pronuncia sobre algunos temas que son importantes de analizar.

## **5. La interpretación que más proteja la situación jurídica adquirida**

La Corte Constitucional en su sentencia 030-18-SEP-CC establece que, dando una simple lectura a la ley, se puede concluir que el acto nominador es un acto nulo de pleno derecho no susceptible de declaratoria de lesividad, pero, en virtud de que “no está únicamente en juego la concesión de un derecho antes inexistente, sino la adquisición de la calidad de trabajador, y de los derechos y garantías que tal calidad comporta”<sup>66</sup> se debe interpretar la norma de la manera “que más proteja la situación jurídica adquirida”<sup>67</sup>

Ahora, dando un análisis más allá de la legalidad, de la clasificación de los actos y de las causas para la extinción del acto administrativo es necesario analizar, con base en los principios del Derecho, cuál es la interpretación que más protege la situación jurídica adquirida.

Luego, para revisar qué procedimiento favorece la situación del administrado, es importante estudiar dos temas principales: la interpretación en la Corte Nacional mediante voto salvado a favor de la lesividad y, el más importante, el análisis de ponderación de principios y límites de la revisión de oficio.

### **5.1. La revisión de oficio: conflicto entre principios**

---

<sup>65</sup> Resolución 780-2021, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 29 de septiembre de 2021

<sup>66</sup> Caso 0290-10-EP, Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, 24 de enero de 2018

<sup>67</sup> Causa 0290-10-EP

Un análisis que ninguna Corte realizó es el objeto real que tiene la revisión de oficio, que, si bien tiene como fin resolver sobre la nulidad de los actos administrativos firmes, su procedimiento es un juicio de “ponderación entre el principio de seguridad jurídica y el principio de legalidad, que dé como resultado la prevalencia de uno u otro en el caso en cuestión”<sup>68</sup>.

En este sentido, el criterio de la Corte Constitucional al establecer que la aplicabilidad del procedimiento de revisión de oficio contraría al principio de seguridad jurídica<sup>69</sup> carece de raciocinio. Pues, al contrario, lo que debe hacer la administración en un procedimiento de revisión de oficio es contrapesar que, el acto que contraviene a la ley -y, por tanto, el principio de legalidad-, ha generado un estado de seguridad jurídica que también debe ser defendido<sup>70</sup>.

El principio de seguridad jurídica discutido guarda relación con la firmeza de los actos administrativos como fundadores de situaciones jurídicas<sup>71</sup>, como es el caso del nombramiento permanente que otorga la calidad de servidor público. Esta concepción de este gran principio del Derecho permite que los actos administrativos gocen de estabilidad contrariando al carácter revocable que los actos tenían inicialmente<sup>72</sup>. Es así que el ilustre autor, Juan Pablo Aguilar, establece:

Contra esta idea del acto administrativo esencialmente se desarrolla la teoría de la denominada “cosa juzgada administrativa”, en virtud de la cual se sostenía la imposibilidad de que la Administración, luego de pronunciarse sobre un tema, pueda modificar lo resuelto si el acto administrativo correspondiente ya había causado estado y generado derechos<sup>73</sup>.

Esta concepción de seguridad jurídica como cosa juzgada administrativa lleva a plantear la siguiente interrogante: un acto administrativo que padece un vicio de nulidad ¿puede permanecer fundamentándose en el principio de seguridad jurídica? Horacio-José Alonso Vidal señala:

[A]unque el sujeto que insta la revisión consiga acreditar que efectivamente el acto es nulo por estar afectado por un vicio de nulidad, ello no implica que proceda

---

<sup>68</sup> Horacio-José Alonso Vidal, *Derecho Administrativo y Teoría del Derecho. Tres cuestiones fundamentales* (Lima: Palestra, 2019), 197

<sup>69</sup> Causa 0290-10-EP

<sup>70</sup> Horacio-José Alonso Vidal, *Derecho Administrativo y teoría del Derecho. Tres cuestiones fundamentales* (Lima: Palestra, 2019), 198

<sup>71</sup> Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*, 316

<sup>72</sup> Juan Pablo Aguilar y otros, *Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo*, 231-232

<sup>73</sup> *Ibidem*, 232-233

automáticamente la revisión, sino simplemente que el principio de legalidad que rige la actuación de la Administración entraría en juego, exigiendo la anulación del acto, y en sentido opuesto, esto es, exigiendo la conservación del acto, actuaría el principio de seguridad jurídica, así como los límites a la facultad de revisión.<sup>74</sup>

La ponderación que realiza la Administración en el procedimiento de revisión de oficio se ve limitada por dos parámetros que permiten que se resuelva con apego a la ley y sin desencaminarse a tomar decisiones que puedan considerarse arbitrarias. Esto es, la confianza legítima y la buena fe<sup>75</sup>.

El principio de confianza legítima consagrado en el artículo 22 del Código Orgánico Administrativo, pretende moderar, motivado en la justicia, los efectos de la aplicación del principio de legalidad, protegiendo los derechos que reconoce el acto administrativo<sup>76</sup>. Este principio entra en discusión cuando ha transcurrido una comprensible cantidad de tiempo apto para originar al interesado una legítima confianza sobre la permanencia del acto administrativo y los derechos en él consagrados, tiempo en el que, la administración, a pesar de conocer los vicios del acto, no haya ejercido su nulidad<sup>77</sup>.

La permanencia del nombramiento por una cantidad considerable de tiempo, permite que el beneficiado confíe en la estabilidad del mismo, sin prever de manera razonable, una planificación sobre las precauciones a tomar para hacer frente a las circunstancias adversas. Siendo así, la afectación generada a un funcionario que ha ejercido por un mes sus servicios no va a ser de igual gravedad que la ocasionada al servidor que ha fungido como tal durante más de 10 años, además de que, la falta de actuación de la Administración durante el tiempo transcurrido supone que el funcionario ya se encuentre trabajando con una autoridad distinta a la que le otorgó dicho nombramiento. Juan Carlos Cassagne afirma que:

Una aplicación puntual del principio de confianza legítima consiste en limitar el efecto retroactivo de la declaración de invalidez del acto administrativo, cuando se dan los supuestos requeridos para que el administrado haya tenido una “expectativa razonable” en la certidumbre de su derecho y haya obrado de buena fe.<sup>78</sup>

---

<sup>74</sup> Horacio-José, *Derecho Administrativo y teoría del Derecho. Tres cuestiones fundamentales*, 200

<sup>75</sup> Juan Pablo Aguilar y otros, *Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo*, 236

<sup>76</sup> Artículo 22, COA

<sup>77</sup> Horacio-José Alonso Vidal, *Derecho Administrativo y teoría del Derecho. Tres cuestiones fundamentales*, 200

<sup>78</sup> Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*, 58

Sobre el último punto, es sustancial determinar la connotación de la institución de la buena fe en el ordenamiento ecuatoriano. El artículo 17 del Código Orgánico Administrativo señala que “se presume que los servidores públicos y las personas mantienen un comportamiento legal y adecuado en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes”<sup>79</sup>, el artículo 40 del mismo cuerpo legal relaciona la mala fe con conductas abusivas del derecho<sup>80</sup>.

Una parte de la doctrina ha relacionado la mala fe con las figuras de abuso del derecho, fraude y desviación del poder<sup>81</sup>. Sin embargo, a criterio personal, estando en discusión no la responsabilidad de la autoridad nominadora sino de la persona beneficiada por el acto, la revisión de la mala fe no se atañe únicamente a estas figuras sino a un análisis circunstanciado en la actuación con culpa o dolo del sujeto que se vería afectado por la nulidad.

En la misma línea, el artículo 22 del Código Orgánico Administrativo ha establecido que “[l]os derechos de las personas no se afectarán por errores u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada”<sup>82</sup>.

Es decir, lo que permite el procedimiento de revisión de oficio es examinar el acto administrativo aceptando que el mismo adolece de una nulidad, pero otorgándole la oportunidad de, a partir de una interpretación integral de los efectos que este ha causado y de un análisis individualizado a cada caso, obtener su prevalencia<sup>83</sup>.

Sin embargo, el principio de confianza legítima será adalid de la seguridad jurídica siempre que se respalde en la buena fe, pues el Código Orgánico Administrativo lo excluye cuando los errores u omisiones de la administración han tenido como base la culpa grave o dolo del administrado<sup>84</sup>.

Es así que, la Corte Constitucional, en la regla interpretativa del artículo 48 de la LOSEP emitida mediante sentencia No 223-18-SEP-CC señala:

Por su parte, deberá entenderse que cuando dicha norma describe como causal de destitución el “obtener” un nombramiento contraviniendo disposiciones legales, aquella

---

<sup>79</sup> Artículo 17, COA

<sup>80</sup> Artículo 40, COA

<sup>81</sup> Horacio-José Alonso Vidal, *Derecho Administrativo y teoría del Derecho. Tres cuestiones fundamentales*, 201

<sup>82</sup> Artículo 22, COA

<sup>83</sup> Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*, 57-59

<sup>84</sup> Artículo 33, COA

sanción solo será aplicable al funcionario público quien, con conciencia y voluntad, la cual se ha probado de manera fehaciente, ha cometido alguna violación a la ley, la que le ha permitido ingresar al servicio público. Este es el caso, por ejemplo, del funcionario que para ingresar presentó documentos falsos, omitió información relevante para el cargo, entre otros<sup>85</sup>.

La regla interpretativa antes citada determina que quien contraviene a la ley conociendo y queriendo beneficiarse de la ilegalidad de su actuación, esto es, a partir de mentiras, engaños o falsificaciones, se refiere al tinte abusivo que la figura puede presentar. En el caso en concreto de los nombramientos sin merecimientos y oposición es claro que el administrado que se beneficia del mismo conoce de la omisión a dicho requisito, sin que necesariamente haya tenido que recurrir a falsificar, ocultar o modificar información y/o documentación.

Ahora bien, la sentencia de la Corte Constitucional presume que la aplicación de la revisión de oficio implica una afectación al principio de seguridad jurídica, cuando, al contrario, es un procedimiento permisivo que brinda la posibilidad de no declarar nulo el acto<sup>86</sup>. En cambio, la acción de lesividad es un instrumento que solo puede decidir conforme a si el acto administrativo es contrario al interés público sin considerar otros matices como el principio de seguridad jurídica.

## **5.2. Voto salvado: la retroactividad del acto nulo**

En los casos en los que la revisión de oficio prospera y se declara la nulidad del acto administrativo es necesario revisar los efectos que tiene el mismo. Es así que, en el recurso de Casación No 353-2010 previamente aludido en este trabajo, la Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia emite un voto salvado indicando que los casos de nombramientos otorgados sin concurso de oposición y méritos no pueden ser resueltos por la autotutela administrativa justificado en dos puntos principales.

El primero, abunda en que el nombramiento, al tratarse de un acto favorable y de acuerdo a la estabilidad del acto administrativo, no puede ser nulitado en sede administrativa, mismo argumento que presentó la Corte Constitucional que ya se revisó en apartados anteriores, y, segundo, propone que la nulidad del acto administrativo tiene

---

<sup>85</sup> Caso 1830-16-EP, Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, 20 de junio de 2018.

<sup>86</sup> Horacio-José Alonso Vidal, *Derecho Administrativo y teoría del Derecho. Tres cuestiones fundamentales*, 175

como efecto la retroactividad del mismo, generando un daño al administrado que se beneficiaba del acto<sup>87</sup>

El voto salvado de la jueza es persuasivo por cuanto el efecto retroactivo instaura que se debe retrotraer las circunstancias al momento previo de la celebración del acto, de manera tal que, genera una gran incertidumbre: si se declara la nulidad del nombramiento permanente ¿el funcionario debe devolver las remuneraciones percibidas?

Dando un análisis aislado de las normas, el efecto retroactivo estaría no únicamente negándole el derecho al trabajo al funcionario en cuestión sino además oponiéndose a las remuneraciones que percibió fruto del servicio que prestó durante la existencia del acto administrativo. Cuando, muy claramente la constitución ha determinado que el derecho al trabajo está vinculado a la dignidad, “a las remuneraciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”<sup>88</sup>.

Ahora bien, otro efecto de la retroactividad de los actos que resulta inquietante es ¿qué pasa con los actos administrativos emitidos por el funcionario a quién se le está quitando tal calidad? Entendiendo a la retroactividad en el sentido de que “no puede admitirse que aquello que no tiene valor pueda producir efectos jurídicos”<sup>89</sup> entonces, los actos administrativos emanados de la actividad que el servidor realizó mientras mantenía la calidad de funcionario público deberán retrotraerse al momento previo de la emisión del nombramiento, es decir, a su inexistencia.

Frente a este argumento, el criterio de la Corte Constitucional goza de mayor lógica teniendo en cuenta que la retroactividad es un efecto de la anulación de los actos, más no de la revocación<sup>90</sup>.

Empero, hay que tener presente que en el caso en cuestión existen terceros de buena fe que es la población destinataria de los actos administrativos que el funcionario público ha dictado donde la nulidad del nombramiento de éste y la consecuente retroactividad de los efectos, acarrearán una afectación a sus derechos y a la estabilidad y seguridad jurídica.

Es por ello que, doctrinarios como el autor Juan Carlos Cassagne han sostenido que, a diferencia del Derecho Privado, en el Derecho Administrativo opera la

---

<sup>87</sup> Resolución Nro 52-2015, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 20 de enero de 2015

<sup>88</sup> Artículo 33, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>89</sup> Juan Pablo Aguilar y otros, *Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo*, 239

<sup>90</sup> Caso 0290-10-EP, Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, 24 de enero de 2018

retroactividad, es decir, el efecto *ex tunc*, con todos los sujetos involucrados siempre que se declara la nulidad de un acto administrativo. Sin embargo, el autor sostiene que hay dos excepciones: primero, el desconocimiento de la existencia del vicio por parte de la Administración o el administrado, y; segundo, que el vicio no fuere imputable a quien se ve afectado por los efectos de su nulidad. Además, señala que “la Administración puede renunciar – por razones de orden o interés público – a la aplicación retroactiva de la invalidez ya que no existe norma o principio que se oponga a dicha posibilidad”<sup>91</sup>.

En la misma línea, Pablo Castañeda y otros en el texto *Apuntes de Derecho Administrativo COA* han establecido que “los derechos de terceros adquiridos de buena fe, generará efectos desde la expedición de la nulidad y solo respecto del acto viciado”<sup>92</sup> considerando, al momento de la declaratoria de nulidad, el perjuicio que sus efectos pueden generar al interesado.

Esta teoría, originada en el derecho norteamericano “proclive a morigerar o suprimir los alcances retroactivos”<sup>93</sup> se ha sustentado en el derecho comunitario europeo partiendo del principio de seguridad jurídica y ha sido acogida por la legislación ecuatoriana en el artículo 107 del Código Orgánico Administrativo estableciendo que “la declaración de nulidad con respecto a los derechos de terceros, adquiridos de buena fe, generará efectos desde su expedición”<sup>94</sup>.

## 6. Conclusiones

La presente investigación ha posibilitado profundizar respecto a los presupuestos de aplicación de procedimientos propios del Derecho Administrativo, partiendo de un caso práctico que es el nombramiento permanente que se otorga contrariando las disposiciones legales y constitucionales al omitir el concurso de méritos y oposición para acceder al puesto como servidor público.

Dando respuesta a la interrogante planteada sobre el objeto del estudio, que propone encontrar el procedimiento que más proteja la situación jurídica emanada del nombramiento permanente, al contrario de lo que establece la Corte Constitucional como regla jurisprudencial, se concluye que la revisión de oficio es el procedimiento más adecuado debido a las razones que se exponen a continuación.

---

<sup>91</sup> Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*, 304

<sup>92</sup> Pablo Castañeda Albán y otros, *Apuntes de Derecho Administrativo COA* (Quito: ONI, 2019), 82

<sup>93</sup> Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*, 305

<sup>94</sup> Artículo 107, COA.

La Corte Nacional de Justicia acierta al abordar al nombramiento permanente sin concurso como un acto nulo por razones de legitimidad<sup>95</sup>, pues, es inevitable concluir que se trata de una actuación ilícita que se encasilla en las causales de nulidad establecidas en el artículo 105 del Código Orgánico Administrativo<sup>96</sup>, y, como tal, debe ser declarada bajo los parámetros de autotutela de la Administración, esto es, la revisión de oficio<sup>97</sup>.

Sin embargo, la Corte Nacional de Justicia omite el análisis sobre los efectos de la nulidad y la revocatoria<sup>98</sup>, y sobre los principios que la Corte Constitucional manifiesta que la revisión de oficio vulnera, es decir, el derecho al trabajo y a la seguridad jurídica<sup>99</sup>.

El argumento falaz de la Corte Constitucional sobre la aplicación de la acción de lesividad justificado en la protección del principio de seguridad jurídica desentiende por completo el objeto mismo del procedimiento de revisión de oficio, terminando por afectar lo que en un principio se pretendía defender, es decir, la situación jurídica adquirida como funcionario de carrera para la Administración<sup>100</sup>.

Como se explicó, la finalidad del procedimiento de revisión de oficio no es el declarar la nulidad del acto solo porque contradice lo establecido en la ley<sup>101</sup>, sino que, la Administración, en el ejercicio de sus potestades, debe ponderar dos grandes principios del Derecho: la legalidad a la luz del vicio padecido y la seguridad jurídica integralmente con el principio de confianza legítima y buena fe<sup>102</sup>. De esta manera, sigue existiendo la posibilidad de que el acto administrativo permanezca bajo circunstancias debidamente razonadas a la luz del principio de seguridad jurídica<sup>103</sup>.

Ahora bien, para que se configure la confianza legítima deben darse ciertas circunstancias para que el acto adquiera la calidad de cosa juzgada administrativa, que quiere decir, que ha transcurrido tiempo suficiente para poder considerar que el acto ha causado estado y que puede existir una confianza razonable de parte del Administrado

---

<sup>95</sup> Resolución Nro 52-2015, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 20 de enero de 2015

<sup>96</sup> Artículo 105, COA

<sup>97</sup> Horacio-José Alonso Vidal, *Derecho Administrativo y teoría del Derecho. Tres cuestiones fundamentales*, 188

<sup>98</sup> Resolución Nro 52-2015

<sup>99</sup> Caso 0290-10-EP, Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, 24 de enero de 2018

<sup>100</sup> Resolución Nro 52-2015

<sup>101</sup> Horacio-José Alonso Vidal, *Derecho Administrativo y teoría del Derecho. Tres cuestiones fundamentales*, 193

<sup>102</sup> Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*, 57-59

<sup>103</sup> Horacio-José Alonso Vidal, *Derecho Administrativo y teoría del Derecho. Tres cuestiones fundamentales*, 205

sobre la estabilidad del acto en cuestión<sup>104</sup>. En cambio, la buena fe se mide dentro de los parámetros de culpa o dolo. Por lo que, justificando debidamente el cumplimiento de estas características, se otorga la oportunidad de que el acto perdure. Al contrario, la acción de lesividad es un procedimiento que, una vez verificado que el acto es contrario al orden público, se procede a su extinción sin permitir la ponderación entre los derechos subjetivos generados por el acto administrativo y la causa de oportunidad que se deberá demostrar y probar en el proceso<sup>105</sup>.

El discernimiento manifestado mediante voto salvado, en el que se habla de los efectos de la retroactividad del acto nulo preocupa desde dos perspectivas: el efecto *extunc* sobre los derechos y la situación adquirida; y, el mismo respecto a los actos administrativos emitidos por la autoridad que adquirió tal calidad omitiendo el respectivo concurso<sup>106</sup>. Sin embargo, se han establecido parámetros bajo los que, en defensa de los derechos subjetivos de los administrados, se puede omitir la aplicación restricta del efecto retroactivo<sup>107</sup>.

En suma, la crítica que exhibe el presente caso está dirigida hacia el mal accionar de la Corte Constitucional al emitir una regla jurisprudencial que, además de omitir las normas procedimentales -como ya lo estableció la Corte Nacional de Justicia- a la larga, genera efectos más gravosos para el administrado generándole un perjuicio de indefensión de sus derechos.

---

<sup>104</sup> Juan Pablo Aguilar y otros, *Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo*, 231-233

<sup>105</sup> Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*, 304

<sup>106</sup> Resolución Nro 52-2015,

<sup>107</sup> Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*, 305-306