

José Antonio Ruiz-Bautista; Pablo Miguel Vaca-Acosta; Fernando De Jesús Castro-Sánchez;
Juan Carlos Benalcázar-Guerrón

<http://dx.doi.org/10.35381/racj.v7i13.1994>

Nulidad e ilegalidad del acto administrativo frente a la restitución de remuneraciones dejadas de percibir

Nullity and illegality of the administrative act with respect to the restitution of remuneration foregone

José Antonio Ruiz-Bautista

pg.josearb35@uniandes.edu.ec

Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ambato, Ambato
Ecuador

<https://orcid.org/0000-0002-7115-4387>

Pablo Miguel Vaca-Acosta

pablovacaacosta@hotmail.com

Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ambato, Ambato
Ecuador

<https://orcid.org/0000-0002-0806-8929>

Fernando-De-Jesús Castro-Sánchez

ua.fernandocastro@uniandes.edu.ec

Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ambato, Ambato
Ecuador

<https://orcid.org/0000-0003-3937-8142>

Juan Carlos Benalcázar-Guerrón

jbenalcazarg@hotmail.com

Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ambato, Ambato
Ecuador

<https://orcid.org/0000-0003-0465-2287>

Recepción: 01 de abril 2022

Revisado: 23 de mayo 2022

Aprobación: 15 de junio 2022

Publicación: 01 de julio 2022

José Antonio Ruiz-Bautista; Pablo Miguel Vaca-Acosta; Fernando De Jesús Castro-Sánchez;
Juan Carlos Benalcázar-Guerrón

RESUMEN

Se tiene por objetivo analizar la nulidad e ilegalidad del acto administrativo frente a la restitución de remuneraciones dejadas de percibir. Al tipo de investigación es documental descriptivo con diseño bibliográfico. Cabe concluir que únicamente no procede el pago de las remuneraciones dejadas de percibir cuando el administrado durante el tiempo que estuvo destituido haya laborado como servidor público en otra cartera de Estado percibiendo su remuneración. En este caso en particular dichos rubros serán deducibles del monto ordenado pagar en la sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo o por la sala especializada de la Corte Nacional de Justicia.

Descriptor: Tribunal administrativo; administración pública; derecho administrativo. (Tesoro UNESCO).

ABSTRACT

The objective is to analyze the nullity and illegality of the administrative act regarding the restitution of remunerations foregone. The type of research is descriptive documentary with bibliographic design. It can be concluded that the payment of the remunerations foregone is not applicable only when the person in question, during the time he/she was dismissed, has worked as a public servant in another State portfolio receiving his/her remuneration. In this particular case, such items shall be deductible from the amount ordered to be paid in the judgment issued by the Contentious Administrative Court or by the specialized chamber of the National Court of Justice.

Descriptors: Administrative tribunals; public administration; administrative law. (UNESCO Thesaurus).

José Antonio Ruiz-Bautista; Pablo Miguel Vaca-Acosta; Fernando De Jesús Castro-Sánchez;
Juan Carlos Benalcázar-Guerrón

INTRODUCCIÓN

El acto administrativo es la declaración de voluntad destinada a producir efectos jurídicos, que determinan tanto el nacimiento, modificación o extinción de derechos y obligaciones de los administrados. Este tipo de actuaciones administrativas por su naturaleza son parte del derecho público y por ello están sometido al régimen jurídico del derecho administrativo. Respecto del acto administrativo varios autores han formulado distintos conceptos los cuales varían dependiendo de la forma del acto administrativo, su contenido y en otras por su finalidad.

Se desprende que el acto administrativo es una disposición unilateral de la administración en tanto esta es emitida únicamente por la administración y su contenido es eficaz y vinculante sin la necesidad de aceptación o consentimiento del administrado. Es efectuada en ejercicio de sus funciones, debido a que la norma le otorga tal facultad, finalmente produce efectos jurídicos pues crear, extingue o modifica derechos subjetivos de los administrados de modo inmediato y directo.

En el caso de la legislación ecuatoriana el artículo 105 del Código Orgánico Administrativo, determina las causales de nulidad del acto administrativo, indicando que el acto administrativo es nulo cuando es contrario a la Constitución y a la ley, viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide, cuando adolezca de competencia, determine alguna actuación imposible, se origine en hechos que constituyan infracción penal, o se originen de modo principal de un acto de simple administración. Ahora bien, para alcanzar la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, que afecte derechos de los administrados a más de la autotutela administrativa tenemos los recursos, pudiendo ser estos administrativos o jurisdiccionales.

En el caso que nos ocupa nos centraremos en los recursos jurisdiccionales, específicamente en la acción de plena jurisdicción o subjetiva, la cual tiene como finalidad amparar un derecho subjetivo presuntamente desconocido por parte de la administración pública. En este contexto, cuando un administrado considere que un acto administrativo es lesivo de derechos puede acudir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para que este, en ejercicio del control de legalidad estudie

José Antonio Ruiz-Bautista; Pablo Miguel Vaca-Acosta; Fernando De Jesús Castro-Sánchez;
Juan Carlos Benalcázar-Guerrón

su contenido y determine su estatus jurídico.

Ahora bien, posterior al citado control de legalidad ejercido por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, estos pueden ratificar la legalidad del acto, o en su defecto declararlos nulos o ilegales. En relación a estos dos últimos efectos, esto es la nulidad y la ilegalidad, se centra la presente investigación, pues varias sentencias de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo como las de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, han determinado que cuando un acto administrativo que resuelve cesar en funciones a un servidor público es declarado nulo corresponde mandar a pagar las remuneraciones dejadas de percibir, mientras que, cuando el acto es declarado ilegal, no se corresponde el pago de remuneraciones, esto a la luz de una distinción de género y especie y de efectos de expulsión del mundo jurídico del acto administrativo y de su existencia sin causar efectos.

Bajo estos parámetros analizaremos la nulidad e ilegalidad de los actos administrativos de cesación de funciones a servidores judiciales a fin de demostrar por qué el acto administrativo que destituye a servidores públicos y que ha sido declarado ilegal por un Tribunal de lo Contencioso Administrativo debe mandar a restituir las remuneraciones dejadas de percibir, para garantizar el derecho a la reparación y tutela efectiva de los administrados pues este no tiene la obligación jurídica de soportar los errores u omisiones de la administración pública, y más allá de los efectos que pueda o no tener la declaratoria de ilegalidad o nulidad de un acto administrativo, en todos los casos debe corresponder el restablecimiento de remuneraciones, pues de esta manera se garantiza los derechos de los servidores públicos que han sido cesados y sobre todo se cumple con el principio de responsabilidad estatal, resarciendo de esta manera las afectaciones a los derechos. En este sentido; se tiene por objetivo analizar la nulidad e ilegalidad del acto administrativo frente a la restitución de remuneraciones dejadas de percibir.

José Antonio Ruiz-Bautista; Pablo Miguel Vaca-Acosta; Fernando De Jesús Castro-Sánchez;
Juan Carlos Benalcázar-Guerrón

MÉTODO

En cuanto al tipo de investigación es documental descriptivo con diseño bibliográfico, ya que se analizó el contexto en el que se desarrolla la nulidad e ilegalidad del acto administrativo frente a la restitución de remuneraciones dejadas de percibir.

ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

De conformidad a lo que determina el artículo 11, número 9 de la Constitución del Ecuador, el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, por lo tanto, el Estado se encuentra obligado a reparar las violaciones a los derechos por las acciones u omisiones de sus funcionarios, empleados públicos en el desempeño de sus cargos. Esta máxima constitucional determina que el Estado responde por cualquier acción u omisión de cualquier servidor público en el ejercicio de sus funciones, por lo tanto, partiré indicando que ningún administrado está en la obligación jurídica de soportar ninguna omisión o acción lesiva de derechos emitida por parte de un servidor público en el ejercicio de sus funciones.

Bajo esta premisa paso a señalar que la línea jurisprudencial mantenida en ciertos casos por la Corte Suprema de Justicia e incluso por la misma Corte Nacional de Justicia, respecto a una distinción de efectos entre la nulidad y la ilegalidad del acto administrativo de destitución no cuenta con una fundamentación adecuada respecto del razonamiento que lleva a los Tribunales a decidir que en el caso de la nulidad si corresponde las remuneraciones dejadas de percibir, mientras que en el caso de la ilegalidad no corresponde dicho pago. En este contexto existen dos tipos de efectos y diferencias en la declaratoria de nulidad y de ilegalidad, la primera que tiene que ver con la existencia y efectos que produce el acto administrativo, en tanto que, cuando el acto administrativo es declarado nulo el acto se considera como inexistente, mientras que en el caso de la ilegalidad el acto no es productor de efectos jurídicos. El segundo efecto que tiene que ver con lo relacionado a la restitución de los valores dejados de percibir, pues a decir de cierta jurisprudencia cuando el acto es nulo, hay que otorgarle al afectado todos los valores que, por remuneración y beneficios de ley,

José Antonio Ruiz-Bautista; Pablo Miguel Vaca-Acosta; Fernando De Jesús Castro-Sánchez;
Juan Carlos Benalcázar-Guerrón

debía recibir durante el lapso en que no permaneció en sus funciones pues estaba destituido por un acto inexistente; mientras que, en el caso de la ilegalidad, el acto deja de existir, pero no tiene capacidad de producir efectos jurídicos respecto al pago de remuneraciones.

Sin embargo; es necesario indicar que esta última diferenciación no se halla acertada en su totalidad, por cuanto no contiene un fundamento o carga argumentativa suficiente, pues hacer una distinción injustificada en relación al pago de las remuneraciones dejadas de percibir es un desacierto que conlleva incluso a la vulneración de derechos constitucionales, entre los que figuran la tutela judicial efectiva, la igualdad y el trabajo.

En relación con el primer parámetro del derecho a la tutela judicial efectiva es menester indicar que este constituye un derecho mediante el cual se garantiza a los ciudadanos el acceso oportuno y sobre todo efectivo a la justicia, para que en el sometimiento de controversias a órganos jurisdiccionales se tutele de manera prolija sus derechos dotándoles de garantías mínimas a ser observadas durante la sustanciación de las causas.

En este sentido la tutela judicial efectiva se encuentra previsto en el artículo 75 de la Constitución del Ecuador, y la Corte Constitucional del Ecuador ha determinado en sus diferentes jurisprudencias (Sentencia 0031-14-SEP-CC; Sentencia 050-15-SEP-CC, caso 1887-12-EP) que este derecho está compuesto por cuatro aspectos o parámetros esenciales, estos son el acceso a los órganos jurisdiccionales, la debida diligencia de los órganos jurisdiccionales, observancia estricta del ordenamiento jurídico y rol del juzgador y la ejecución de las decisiones judiciales (Jadán-Heredia, 2018).

Al ser que los Tribunales Contenciosos Administrativos en el caso de la nulidad si mandan a pagar las remuneraciones dejadas de percibir y en el caso de la ilegalidad no, sin un argumento suficiente no se tutela de manera efectiva los derechos de los ciudadanos, tanto más que de conformidad con el artículo 11, número 9 de la Constitución expresa que el Estado responderá por cualquier vulneración de derechos (Briones-Núñez et al. 2019).

José Antonio Ruiz-Bautista; Pablo Miguel Vaca-Acosta; Fernando De Jesús Castro-Sánchez;
Juan Carlos Benalcázar-Guerrón

En este contexto, si fue el mismo Estado quien por una omisión destituyó a un servidor público de sus funciones este debe responder y resarcir el daño provocado, retrotrayendo las actuaciones en la manera que fuere posible al momento mismo de la vulneración de derechos constitucionales, hecho que solo se alcanza pagando las remuneraciones dejadas de percibir durante todo el tiempo que duró su cesación hasta su efectivo reintegro. Al no ser el Estado responsable por sus omisiones y al no responder por los perjuicios causados al servidor público ilegalmente cesado, el Estado se estaría beneficiando de su propio dolo, pues no le tiene que pagar nada a la luz de una declaratoria de ilegalidad (Cevallos-Sánchez & Alvarado-Moncada, 2018).

Ahora bien en relación a la diferenciación que se hace respecto del pago de las remuneraciones dejadas de percibir por la declaratoria de nulidad e ilegalidad del acto administrativo, es necesario indicar que dicha distinción trastoca el derecho a la igualdad, por cuanto promulga un trato diferenciado a las personas, por cuanto determina que el caso de la nulidad si procede el pago, mientras que el caso de la ilegalidad no es procedente, propinando de esta manera un trato desigual, distintivo, segregando a un servidor público que de igual forma tuvo que soportar un acto lesivo de derechos (Zambrano-Noles, 2016).

Al realizar esta distinción se margina a un servidor público y consecuentemente se le priva de un derecho fundamental, siendo que su condición es la misma, esto es, haber sido cesado por un acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico. Así también, cuando se hace una diferenciación en relación a la procedencia del pago de las remuneraciones dejadas de percibir a favor del servidor público cesado con un acto ilegal se conculca su derecho constitucional al trabajo previsto en el artículo 33 de la Constitución del Ecuador, derecho que se concibe como esencial para la realización de otros derechos humanos, en consecuencia, este derecho se consagra como una parte inherente e inseparable de la dignidad humana, mediante el cual se garantiza una vida digna.

Este derecho está compuesto por dos parámetros el primero inherente a la remuneración y el segundo a la seguridad social, ambos direccionados al bienestar

José Antonio Ruiz-Bautista; Pablo Miguel Vaca-Acosta; Fernando De Jesús Castro-Sánchez;
Juan Carlos Benalcázar-Guerrón

social y la cobertura de las necesidades. Cuando una decisión judicial dispone que no se paguen las remuneraciones dejadas de percibir a favor de un servidor público que ha sido destituido con un acto ilegal, se vulnera su derecho al trabajo, por cuanto, este estuvo privado de trabajar por una omisión atribuible directamente a la administración pública, no siendo su responsabilidad, por lo tanto, para efectos de procedencia del pago de las remuneraciones se debe tener en cuenta que ya sea con un acto ilegal o con uno nulo el servidor destituido se halla vedado de ejercer sus funciones en su cargo, y consecuentemente de percibir sus remuneraciones y beneficios sociales.

En consecuencia, sentencias emitidas por la Corte Nacional de Justicia dentro de variadas causas como la 186-2011 y la 211-2007, son acertadas en expresar que no tiene razón de ser la discutible diferenciación entre las figuras jurídicas de la nulidad e ilegalidad del acto administrativo impugnado, en cuanto a los derechos que corresponden al servidor público que obtuviere fallo favorable pues en ambos casos le corresponde el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

Por lo tanto; en ambos casos, sea de nulidad o de ilegalidad corresponde el pago de las remuneraciones dejadas de percibir a favor del servidor público que fue destituido. Es este contexto dicho pago es obligatorio a favor del servidor público que ha obtenido sentencia favorable de la justicia contenciosa administrativa, y a fin de no afectar a la administración pública, la misma norma a previsto el mecanismo de la repetición a favor del Estado para que este siga un procedimiento en contra del servidor público que emitió el acto nulo o ilegal y respecto del cual se debe pagar las remuneraciones dejadas de percibir. Al respecto el inciso cuarto del artículo 46 de la Ley Orgánica de Servicio Público (2010), determina que:

En caso de fallo favorable para la servidora o servidor suspendido y declarado nulo o ilegal el acto, se le restituirán los valores no pagados. Si la sentencia determina que la suspensión o destitución fue ilegal o nula, la autoridad, funcionario o servidor causante será pecuniariamente responsable de los valores a erogar y, en consecuencia, el Estado ejercerá en su contra el derecho de repetición de los valores pagados, siempre que judicialmente se haya declarado que la servidora o el servidor haya causado el perjuicio por dolo o culpa grave. La sentencia se notificará a la Contraloría General de Estado para efectos de control.

José Antonio Ruiz-Bautista; Pablo Miguel Vaca-Acosta; Fernando De Jesús Castro-Sánchez;
Juan Carlos Benalcázar-Guerrón

Sin embargo; esta es letra muerta y casi nunca se hace uso de dicha institución de la repetición ya que lo más fácil para la justicia, es declarar la ilegalidad del acto impugnado y no dar paso al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, conculcando de esta manera los derechos de los recurrentes ante la sede contenciosa administrativa. Finalmente debo indicar que el inciso último del artículo 313 del Código Orgánico General de Proceso (2015), determina que en caso de que se admita la pretensión del administrado y se deje sin efecto el acto impugnado, se ordenará además que se restituya el valor pagado indebidamente o en exceso y lo debidamente pagado.

Por lo tanto, se debe pagar en todos los casos lo que se corresponde al servidor público que fue destituido ya sea con un acto nulo o con un acto ilegal, además dentro de la norma procesal y legal no establece como tal una diferenciación de efectos, por lo que al estar en un estado garantista de derechos y eminentemente reparado de daños se debe mandar a pagar las remuneraciones dejadas de percibir en ambos casos, para de esta manera garantizar los derechos de los ciudadanos que acuden ante la sede jurisdiccional en tutela de derechos.

CONCLUSIONES

A la luz de los criterios divididos incluso la decisión de pagar o no las remuneraciones dejadas de percibir al servidor público restituido trasciende más allá de la nulidad o ilegalidad y se convierte en una suerte de ruleta rusa la cual depende de la sala o tribunal que desee o no mandar a pagar las remuneraciones dejadas de percibir.

Es necesario indicar que, a partir del nuevo régimen constitucional, el Ecuador es un Estado garantista de los derechos que tiene como eje central la aplicación del principio de responsabilidad, el cual no solo implica el responsabilizar a funcionarios por el cometimiento de ilícitos administrativos, sino responsabilizarse por sus acciones y omisiones reparando cualquier daño o afectación provocado a un ciudadano y activando los mecanismos de repetición que se corresponden.

Cabe concluir que únicamente no procede el pago de las remuneraciones dejadas de percibir cuando el administrado durante el tiempo que estuvo destituido haya laborado

José Antonio Ruiz-Bautista; Pablo Miguel Vaca-Acosta; Fernando De Jesús Castro-Sánchez;
Juan Carlos Benalcázar-Guerrón

como servidor público en otra cartera de Estado percibiendo su remuneración. En este caso en particular dichos rubros serán deducibles del monto ordenado pagar en la sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo o por la sala especializada de la Corte Nacional de Justicia.

FINANCIAMIENTO

No monetario.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Regional Autónoma de los Andes; por motivar el desarrollo de la Investigación.

REFERENCIAS CONSULTADAS

- Briones-Núñez, N. D., Ortiz Samaniego, J. A., & Suqui Romero, G. Y. (2019). La vulneración a la tutela judicial efectiva por la imputación incorrecta de un delito [Infringement of the right to effective judicial protection due to incorrect accusation of a criminal offense]. *RECIMUNDO*, 3(1), 126-150.
[https://doi.org/10.26820/recimundo/3.\(1\).enero.2019.126-150](https://doi.org/10.26820/recimundo/3.(1).enero.2019.126-150)
- Cevallos-Sánchez, G, & Alvarado-Moncada, Z. (2018). Tutela judicial efectiva y la relación con el principio de inmediación [Effective judicial protection and relation to the principle of immediacy]. *Revista Universidad y Sociedad*, 10(1), 168-173.
- Código Orgánico Administrativo. COA. Segundo Suplemento – Registro Oficial N° 31. Recuperado de <https://www.gobiernoelectronico.gob.ec/wp-content/uploads/2020/11/COA.pdf>
- Código Orgánico General de Proceso. Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may.-2015 Última modificación: 21-ago.-2018. Recuperado de <https://acortar.link/Y26GvZ>
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20-oct-2008 Última modificación: 13-jul-2011. Recuperado de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Corte constitucional del Ecuador. Sentencia 0031-14-SEP-CC. Recuperado de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=031-14-SEP-CC>

José Antonio Ruiz-Bautista; Pablo Miguel Vaca-Acosta; Fernando De Jesús Castro-Sánchez;
Juan Carlos Benalcázar-Guerrón

Corte constitucional del Ecuador. Sentencia 050-15-SEP-CC. Recuperado de <https://acortar.link/9O9qWQ>

Jadán-Heredia, D. (2018). Interpretación judicial y tutela efectiva del derecho a la identidad: análisis de la sentencia No. 133-17-SEP-CC de la Corte Constitucional de Ecuador [Judicial interpretation and effective protection of the right to identity: analysis of sentence No. 133-17-SEP-CC of the Constitutional Court of Ecuador]. *Foro: Revista De Derecho*, (29), 187–201. <https://doi.org/10.32719/26312484.2018.29.9>

Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP. Registro Oficial Suplemento 294 de 06-oct.-2010 Última modificación: 28-mar.-2016. Recuperado de <https://acortar.link/sHOW1F>

Zambrano-Noles, S. (2016). El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en relación con la seguridad ciudadana en Ecuador [Access to Justice and to Effective Judicial Protection with Respect to Citizen Security in Ecuador]. *Tlamehua*, 9(39), 58-78.