



CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PL.129218327-DFE  
MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA.  
Loja, miércoles 19 de agosto del 2020, las 08h13, 2020-00214

VISTOS: La presente Acción de Protección se inicia por demanda del señor GUIDO OSWALDO ACEVEDO CARRION, en contra del Ministerio de Salud Pública y Dirección Distrital 11D02-CATAMAYO-CHAGUARPAMBA-OLMEDO SALUD (En adelante Dirección Distrital 11D02; demanda en donde dice, en resumen:

Que el 23 de noviembre de 2015, la Dirección Distrital 11D02, le extendió un nombramiento provisional para el cargo de Analista Distrital de Gestión de Riesgos, al amparo de que lo que señala el Reglamento a la LOSEP en su Art. 18.C, es decir hasta que se posesiones el ganador en el correspondiente concurso de merecimientos y oposición.

Que no obstante lo expuesto, mediante Resolución Nro. MSP-DD11D02-044-2020, de 11 de junio de 2020, suscrita por la Lic. Madeleine Cruz, como Directora Distrital, declara la terminación de su nombramiento provisional, "en razón de estricto cumplimiento al acuerdo ministerial Nro. 00019-2020,(...) así como de conformidad a lo establecido en el Art. 47, literal c); y, Art. 17 literal b) de su Reglamento (...)"

Que la terminación de su nombramiento en la forma indicada, viola su derecho a la seguridad jurídica previsto en el Art. 82 así como también el derecho de protección previsto en el Art. 76. 1.

Que, por lo tanto interpone esta acción de protección para que en sentencia se declare la vulneración de aquellos derechos y en sentencia se ordene como medida de reparación: el reintegro a su cargo hasta que se obtenga un ganador del concurso de merecimientos y oposición; el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, con los beneficios legales; y el pago de USD. 2.000 por los daños causados al vulnerar su derecho al trabajo.

Se ha contado con la Procuraduría General del Estado.

Tramitada en primera instancia la demanda, el Juez Dr. Max Tandazo, de la Unidad Judicial Civil del Cantón Catamayo, dicta sentencia en donde NO acepta la Acción de Protección; sentencia que es apelada por la parte accionante. Por lo tanto como corresponde resolver por mérito de los autos, para hacerlo se considera:

PRIMERO: Que el proceso constitucional es válido por haberse sustanciado conforme a derecho, respetando fundamentalmente las garantías del debido proceso.

SEGUNDO: AUDIENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

En audiencia de 11 de mayo de 2020, las partes han alegado:

A).- La parte actora ha reiterado los fundamentos de hecho y de derecho de su demanda. ;

B).- La parte accionada: en resumen:

Que la terminación del nombramiento obedece a la necesidad de optimización del personal y reorganización institucional, así como a cuestiones presupuestarias y de recursos, lo cual tiene como sustento fundamental: (i) en algunos Acuerdos del Ministro del Ramo, así como también de la SEMPLADES, pero sobre todo el Acuerdo Ministerial 00019-2020, relativo la reorganización de la "presencia territorial del ministerio de salud pública conforme a lo dispuesto en el Acuerdo interinstitucional de la Semplades-mef-mdt-001-2019; (ii) un informe técnico de Talento Humano del Distrito, para la aplicación de este último Acuerdo, en donde se fundamenta y sugiere la terminación de algunos nombramientos provisionales, por duplicidad de procesos adjetivos, a fin de dar cumplimiento con los Acuerdos existentes; (iii) los Art. 47.C y Art. 17 del Reglamento a la LOSEP, considerando que los nombramientos provisionales no generan estabilidad laboral.

Que, por lo tanto, debe desecharse la acción de protección, por cuanto no existe vulneración de derechos constitucionales, porque se ha respetado la seguridad jurídica teniendo en cuenta que la terminación del nombramiento es consecuencia de un procedimiento previo para dar cumplimiento a Acuerdos Ministeriales, viabilizando así la aplicación de las indicadas normas reglamentarias.

C).- La Procuraduría General del Estado, alega en síntesis:

Que no existe vulneración de derechos constitucionales, por manera que cualquier reclamo deben hacerlo ante la justicia ordinaria contenciosa administrativa, conforme el Art. 173 de la Constitución. Que, en consecuencia la acción es improcedente con aplicación del Art. 42.1 de la Ley Orgánica de

Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

TERCERO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: Los fundamentos de que se vale el Juez en mención, para no aceptar la acción planteada, pueden resumirse de la siguiente forma:

Que el accionante, con un nombramiento provisional, lo que tenía son expectativas legítimas, pero no derechos consolidados, intereses que no tienen la misma protección jurídica que un nombramiento definitivo. Que la situación del accionante, de estar en su cargo hasta obtener un ganador en el concurso, ha sido modificada mediante procedimientos regulares previstos en la Constitución y la Ley, por lo cual no puede hablarse de violación de derechos y particularmente del derecho a la seguridad jurídica.

Advierte que la seguridad jurídica muestra dos dimensiones. La primera, contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, etc, que tiene que ser observado por el poder público para brindar certeza a las personas y evitar la arbitrariedad. La segunda, que una situación jurídica sólo puede ser modificada por procedimientos regulares previos y por la autoridad competente. Con tal contexto señala que la normativa sobre el nombramiento provisional, con temporalidad hasta obtener un ganador del concurso, exige copulativamente una partida vacante que viabilice la convocatoria al concurso, pero que en la especie el Ministerio ha demostrado que dicha partida está en proceso de supresión por duplicidad de funciones, ante lo cual no habrá concurso que convocar para llenar el cargo de la accionante; proceso que se está dando conforme los Acuerdos ministeriales y cronogramas establecidos hasta el 01 de agosto de 2020, siendo precisamente esto el fundamento de la Resolución impugnada y del informe técnico que le sirve de antecedente, por lo que la situación laboral del accionante, ha sido modificada por un proceso regular modificación .

CUARTO: HECHOS PROBADOS: De la revisión de la prueba documental, constan como hechos ciertos y relevantes para la resolución del presente caso:

1).- De fs.2 consta la Acción de Personal Nro. 000032 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2015, por la cual la Dirección Distrital 11D02-CATAMAYO, extiende nombramiento provisional al señor GUIDO OSWALDO ACEVEDO CARRIÓN, para el puesto de Servidor Público 5, Analista Distrital de Gestión de Riesgos, "hasta que se posea el nuevo ganador del concurso de méritos y oposición.

Como norma jurídica de sustento se cita el literal b) del Art. 17 y literal c) del Art. 18 del Reglamento General a la LOSEP.

2).- De fs. 9 consta la Acción de Personal Nro. 000203, de 12 de junio de 2020, sobre la terminación del nombramiento provisional del señor Acevedo Carrión, resuelta por la indicada Dirección Distrital. Se dice que en razón de dar cumplimiento al acuerdo ministerial Nro. 00019-2020, referente a que se "reorganice la presencia territorial del ministerio de salud pública, conforme a lo dispuesto en el acuerdo interinstitucional Nro. Semplades-mef-mdt-001-2019 publicado En el suplemento del registro oficial Nro. 4, de 25 de julio de 2019, de las Normas de Optimización y Austeridad del Gasto Público que en lo que corresponde a gasto permanente, que son de aplicación obligatoria para todas las instituciones descritas en el Art. 225 de la Constitución de la República del Ecuador,; así como de conformidad a lo establecido en el Art. 47, literal c); y, Art. 17, literal b) de su Reglamento, los nombramientos provisionales no general estabilidad y por lo tanto pueden terminar por causas establecidas en la ley .- Referencia MEMORANDO NRO. MSP-CZ7-S-2020-4842 con fecha 10 de junio suscrito por el Coordinador Zonal 7-SALUD, INFORME TECNICO NRO. 052-UATH-DD11D02/resolución administrativa nro. Msp-dd11d02-044-2020."

3).- De fs. 101 consta la Resolución Administrativa Nro. 044-2020, dictada por la Dirección Distrital de Catamayo, con fecha 11 de junio de 2020, que es el antecedente inmediato de la Acción de Personal señalada.

Dicha resolución se sustenta fundamentalmente en el Informe Técnico de Recursos Humanos

NRO. 052-UATH-DD11D02, de 11 de junio de 2020.

4).- De fs. 97 y siguientes consta el Informe técnico referenciado, en donde se sugiere la terminación del nombramiento provisional del señor Acevedo y de dos funcionarios más. Esto teniendo como fundamento principal: que por los Acuerdos Ministeriales que cita, debe darse el proceso de optimización y austeridad del gasto público; que por esto la funciones que corresponden al proceso "adjetivo y de apoyo" al cual pertenece el cargo del señor Acevedo y de las otras personas,

serán gestionadas desde la Dirección Distrital 11D03, por lo que no puede haber duplicidad de funciones; que por lo tanto cabe la terminación de los nombramientos con los Arts. 47 literal c); y, Art. 17 literal b) del Reglamento a la LOSEP.

QUINTO: EL THEMA DECIDENDUM:

5.1.- El problema que plantea el accionante está relacionado con el derecho a la seguridad jurídica y debido proceso en la garantía del derecho de defensa y de motivación;

5.2.- La Corte Constitucional del Ecuador, en su sentencia vinculante Nro. 001-16-PJO-CC, CASO 0530-10-JP, de 22 de marzo de 2016, ha señalado, en lo de interés, que "1. Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido.- 2. La regla expedida en la presente sentencia deberá ser aplicada con efectos generales o erga omnes en casos similares o análogos.". Coherente con lo expuesto, esta Sala ha resuelto reiteradamente que sin embargo de existir vías ordinarias de reclamo, la acción de protección es procedente cuando subyace una violación constitucional manifiesta que debe ser tutelada de manera inmediata y directa por imperio de la propia Constitución según su Art. 11.3 y 426, más aún cuando el problema planteado no requiera de una ardua labor analítica o cuando la violación del derecho constitucional es "...patente, manifiesta, grave y palmariamente antijurídica, porque el objetivo propio y restringido de este recurso es reaccionar contra una situación de hecho, evidentemente anormal, que lesiona alguna garantía constitucional, puesto que con él se procura mantener el status quo vigente, impidiendo que las partes se hagan justicia por sí mismas, a través de conductas de facto que alteren el orden jurídico establecido..." (Emilio Pfeffer Urquiaga, en su obra "LA ACCION CONSTITUCIONAL DE PROTECCION Y SU REGULACION SITUACION ACTUAL Y PROSPECTIVA".

5.3.- Bajo la perspectiva expuesta, tenemos en el presente caso un thema decidendum relacionado con el objeto de la acción de protección, porque se demostrará que la terminación del nombramiento provisional, vulneró el derecho a la seguridad jurídica y debido proceso en la garantía de motivación y colateralmente el derecho al trabajo; situación frente a la cual la vía adecuada y eficaz no es la justicia ordinaria, que en este caso sería ante el Tribunal de lo Contencioso, sino la Acción de Protección, prevista constitucional y legalmente para actuar en defensa de los derechos, sobre todo cuando la vulneración de derechos es patente, manifiesta y palmariamente antijurídica.

SEXTO: EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURIDICA:

6.1.- DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA:

A).- Prescribe el Art. 82 de la Constitución que "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes";

B).- Refiriéndose a este Derecho, nuestra Corte Constitucional ha señalado "En este sentido, este derecho se constituye en la garantía del respeto a la Constitución, como norma jerárquicamente superior, cuya observancia corresponde a todas las autoridades públicas y judiciales, las cuales deberán aplicar normas jurídicas que hayan sido expedidas con anterioridad al hecho sometido a su conocimiento. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se concibe a la seguridad jurídica como un derecho, es decir, es aquella prerrogativa, que ostentan todas las personas para exigir el respeto de la norma constitucional, tanto a través de la formulación de normas jurídicas previas, claras y públicas, como también respecto a su correcta aplicación por parte de las autoridades competentes. Dicho de este modo, la seguridad jurídica es un derecho constitucional que pretende brindar a los ciudadanos certeza en cuanto a la creación y aplicación normativa. Ante lo cual, es obligación de los operadores de justicia aplicar la Constitución y las normas jurídicas dentro de todos los procesos sometidos a su conocimiento. La Corte Constitucional del Ecuador, sobre este derecho, manifestó: "Mediante un ejercicio de interpretación integral del texto

constitucional se determina que el derecho a la seguridad jurídica, es el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos; en virtud de aquello, los actos emanados de las autoridades públicas deben sujetarse a las atribuciones que le compete a cada órgano" (sentencia Nro.- 039-14-Sep.CC, dictada el 12 de marzo de 2014, en el Caso Nro.- 0941-13-EP)

C).- Más claro aún, la misma Corte Constitucional (ver Libro "Desarrollo Jurisprudencial de la Primera Corte Constitucional. Serie 7. Jurisprudencia Constitucional. Secretaría Técnica Jurisdiccional Corte Constitucional del Ecuador. Pp. 113 a 116), ha dicho sobre la seguridad jurídica: "El mismo constituye un derecho y una garantía que permite que el contenido, tanto del texto constitucional como de las normas que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sean observadas y aplicadas en todas sus actuaciones por operadores jurídicos y por autoridades públicas investidas de competencia, generando de esta forma en las personas la certeza respecto al goce de sus derechos constitucionales. Así este derecho materializa el respeto a los derechos y asegura que una situación jurídica no será cambiada sino de conformidad con los procedimientos legalmente establecidos. Por lo tanto, este derecho se enlaza a la confianza de los particulares con el orden jurídico y la sujeción de todos, situación que se ve relacionada con el derecho al debido proceso en la garantía de cumplimiento de normas, como ya se ha indicado previamente. 2) Este derecho determina las condiciones que debe tener el poder estatal para producir un sistema jurídico, en cuanto a la validez y eficacia, capaz de alcanzar sus objetivos, evitando aquellos aspectos del poder que pueden dañar la seguridad del ordenamiento normativo. Es de esta manera que se constituye como un elemento esencial en la vida social, pues su observancia en cuanto a la creación y aplicación normativa en los diferentes procesos judiciales otorga conceptos desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, confianza no solo a quien recurre a los operadores de justicia para demandar un derecho, sino también para la persona contra quien se dirige la acción, respecto de que el administrador de justicia competente se abstenga de realizar actos o resoluciones arbitrarias. Se constituye entonces en un derecho transversal a todo el ordenamiento jurídico, por cuanto garantiza el respeto a la Constitución como norma jerárquicamente superior y la aplicación de normas jurídicas previas, claras y públicas por parte de todas las autoridades competentes para ello, garantizando la sujeción a un marco jurídico determinado, racionalizando el uso de la fuerza del poder, quién puede usarlo, con qué procedimientos, con qué contenidos y con qué límites. 3) Es "...un principio universalmente reconocido del Derecho, por medio del cual se entiende como certeza práctica del Derecho, y representa la seguridad de que se conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público" . El Estado, como ente representativo del poder público de las relaciones en sociedad, no solo establece los lineamientos y disposiciones normativas a seguir, sino que, en un sentido más amplio, tiene la obligación de establecer la seguridad y confianza al ejercer su poder político, jurídico y legislativo. La seguridad jurídica es la garantía dada al individuo, por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, brindándole protección y reparación. Es así que la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos establecidos previamente. De otro lado, en lo que concierne al alcance del derecho a la seguridad jurídica, la Corte ha manifestado que el conocimiento del Derecho y su aplicación por parte de los jueces debe garantizar la observancia de las disposiciones legales y constitucionales a fin de asegurar la tranquilidad y certidumbre que coadyuvan al uso y goce eficaz de sus derechos, que no sean obstaculizados por imprevisiones, discrecionalidades y arbitrariedades de las autoridades.";

D).- Hemos dicho también que la exigencia, es por lo tanto, como enseña la doctrina, de una corrección estructural, relativa a normas: promulgación-pública; claridad; plenitud; jerarquía de fuentes; irretroactividad de las normas; estabilidad: cosa juzgada y derechos adquiridos; y de una corrección funcional, que se refiere a la garantía de cumplimiento del Derecho por todos los destinatarios, así como la correcta regulación en la aplicación por parte de los órganos e instituciones encargadas de hacerlo, de tal manera que, en este

sentido, todas las personas, públicas y privadas, quedan obligadas al cumplimiento de la Constitución y la Ley; esta es la clave del Estado Constitucional de Derechos y de Justicia.-

Y es precisamente con la corrección funcional que se articula es dimensión que se refiere a la que una situación jurídica sólo puede modificarse por procedimientos regulares previos y aplicados por las autoridades competentes, a lo cual se ha referido el Juez A quo en su sentencia.

SÉPTIMO: EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURIDICA EN EL CASO CONCRETO:

7.1.- El Art. 47, literal e) de la LOSEP, dice: "Art. 47.- Casos de cesación definitiva.- La servidora o servidor público cesará definitivamente en sus funciones en los siguientes casos. e) 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..."

El Art. 18, literal c) del Reglamento a la Ley, establece un límite temporal para el caso de nombramientos provisionales dados en casos de vacantes. Dice la norma:

"Artículo 18.- Excepciones de nombramiento provisional.- Se podrá expedir nombramiento provisional en los siguientes casos...c.- 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..." (el subrayado es del Tribunal de la Sala).

La norma se articula con el Art. 105 ibídem: "Cesación de funciones por remoción.- La remoción de las o los servidores a los que se refiere el artículo 47 literal e) de la LOSEP, no implica destitución, ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza...En el caso de los nombramientos provisionales, determinados en el artículo 17 literal b) de la LOSEP, las o los servidores cesarán en sus funciones una vez que concluya el período de temporalidad para los cuales fueron nombrados; tratándose de período de prueba terminará en caso de que no hubiere superado la evaluación respectiva." (el subrayado es del Tribunal)

Lo expuesto significa que la terminación de tal nombramiento no se ha dejado a la potestad discrecional de la autoridad nominadora, sino sujeta al cumplimiento de condiciones jurídicas preestablecidas, más allá de que el nombramiento no garantice estabilidad, sino un derecho de permanencia hasta que se cumpla la condición normativa.

7.2.- Por lo tanto, por seguridad jurídica los nombramientos provisionales dados en el marco del Art. 18, c) del indicado Reglamento, han de concluir cumplida la indicada condición de temporalidad "hasta obtener un ganador del concurso de merecimientos y oposición"; condición esta que no se ha cumplido en este caso, lo cual por cierto no ha entrado a discusión, teniendo en cuenta que la terminación del nombramiento ocurre por una motivación distinta, como es la de optimizar los recursos y el gasto público. Sin embargo, esto de que la terminación ha de darse cumplida tal condición temporal, no es absoluto, partiendo precisamente de que este tipo de nombramiento no genera estabilidad o una situación jurídica consolidada como en el caso de los nombramientos definitivos, como bien señala el A quo en la sentencia impugnada; siendo precisamente por ello que esta Sala Penal ha venido sosteniendo que aun en los casos del Art. 18.C) del Reglamento a la LOSEP, es posible jurídicamente la terminación anticipada, siempre y cuando se demuestre y motive fuertemente sobre que existe un interés o fin público que así lo justifique. Pero esto tampoco es discrecional y mucho peor arbitrario; por el contrario, exige indicar en cada caso y con precisión las razones de hecho y de derecho capaces de justificar esa terminación anticipada. Y esto porque según en seña Eduardo García de Enterría: el "... único poder que la Constitución acepa como legítimo en su concreto ejercicio ha de ser, pues, el que se presente como resultado de una voluntad racional, el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas. El simple porque sí queda, de este modo, formal y solemnemente erradicado en nuestro sistema jurídico-político. Esa inexcusable obligación constitucional de aportar razones justificativas de todas y cada una de las decisiones de los poderes públicos, que, como es obvio, se hace particularmente intensa en el caso de los actos discrecionales, establece ya un primer nivel de distinción entre lo discrecional y lo arbitrario... No basta, sin embargo, como es lógico, con aducir o expresar alguna razón, con motivar al acto de cualquier manera. La exigencia de razones que resulta del Art. 9.3 de la Constitución no

se agota, como es evidente, en el puro plano formal de la motivación. Las razones que la autoridad que decide ha de aducir para excluir la tacha de arbitrariedad tiene que tener alguna consistencia ("discutible o no, pero considerable en todo caso"), deben proporcionar un fundamento objetivo capaz de sostener la decisión, han de ser, pues, razones justificadas, susceptibles de asegurar para la decisión a la que se refiere el calificativo de racional..." (García de Enterría Eduardo, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Edit. Temis S.A. 2008, pág. Pág. 450 y s.). Elemento objetivo distinto es el MOTIVO, aunque este siempre estará incorporado al fin o causa, sobre el cual el mismo tratadista señala " Es justamente mediante los motivos que mueve a la administración a dictar sus actos donde se viene a concretar todo el esquema conceptual que hemos expuesto: en ellos ha de aparecer, por una parte, la realidad del presupuesto normativo de hecho a que el acto se aplica, y, por otra parte, el servicio al interés público específico que constituye el fin propio de la potestad administrativo que se ejercita, servicio cuya efectividad viene a constituir la causa propia del acto, como ya sabemos. La exigencia de motivación de un acto administrativo y aún más, la investigación de la misma por el juez, viene a concentrar así, en un solo instrumento final, todas las exigencias de los requisitos objetivos que hemos estudiado en este apartado. Así lo expresa con toda corrección la sentencia del Tribunal Constitucional..." Cuando se coarta dice- como en este caso, el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifique deben explicitarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo, la motivación es no solo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos". (ob. Cit. Pág. 536 y s.). Será por lo tanto un procedimiento regular y el cumplimiento de lo expuesto, de una resolución motivada y sustentada en hechos reales y probado, que permita modificar una situación jurídica determinada e impida hablar de violación del derecho a la seguridad jurídica en los casos en que se ha terminado un nombramiento provisional otorgado al amparo del Art. 18.C) del Reglamento a la LOSEP.

En la especie, la entidad accionada ha motivado la Resolución impugnada, pero no lo ha hecho cumpliendo con las exigencias constitucionales y legales para el caso concreto, como pasamos a demostrar.

OCTAVO: LA MOTIVACIÓN PREVISTA EN EL art. 76.7. L DE LA CONSTITUCION:

8.1.- LA GARANTIA DE MOTIVACION.- LA TECNICA IN ALIUNDE:

A).- LA MOTIVACIÓN EN CONCEPTO DE NUESTRA CORTE CONSTITUCIONAL:

En el Art. 76.7.L, nuestra Constitución contempla a la motivación como una garantía del debido proceso, para todas las resoluciones del poder público, lo cual involucra a los actos discrecionales, más aun cuando en el COA esta exigencia es expresa

Prescribe el Art. 76.7.L de nuestra Constitución: "Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados".

Nuestra Corte constitucional ha señalado respecto a esta garantía:

"Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecuan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto" (Suplemento -- Registro Oficial N° 261 -- Jueves 5 de junio de 2014 -- 63).

B).- LA MOTIVACION BAJO LA TÉCNICA IN ALIUNDE:

En materia administrativa la doctrina habla de la motivación bajo la técnica "in

aliunde", referida a aquellos casos en los que el acto administrativo está motivado, en la medida en que se remite a antecedentes o informes obrantes en el expediente que le sirven de fundamento para adoptar su decisión, y cuyo contenido no acoge de manera expresa aquel acto administrativo. Y esa motivación por remisión, está reconocida por nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en el Art. 100 del COA (anteriormente en Art. 156 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), cuando al hablar del contenido de las resoluciones y de la motivación, señala en el numeral tres "Se puede hacer remisión a otros documentos, siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada."

La doctrina española ilustra el tema al señalar "... <<La motivación según el artículo 54.1 de la LRJPAC, debe realizarse con <sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho>. A fin de concretar cuándo puede entenderse concurrente una motivación suficiente, hemos de considerar que elemento fundamental reside en la indefensión que tal ausencia pueda generar en el destinatario del acto administrativo (STSJ Murcia 27.09.00). Se afirma así, que la motivación resulta ser suficiente cuando permite conocer al interesado las razones de la administración para dictar su resolución en un determinado sentido, posibilitando con ello su posterior impugnación en vía jurisdiccional. Desde esta perspectiva se ha afirmado que, la motivación, aún sucinta, debe resultar suficiente para dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha conducido a la decisión, por lo que no cumple tal exigencia ni la mera cita de preceptos legales, ni la utilización de conceptos generales y no concretos. Por el contrario se ha admitido la denominada motivación "in aliunde", esto es, el supuesto en el que el acto impugnado se remite a informes o antecedentes obrantes en el propio procedimiento administrativo y del que tenga conocimiento el interesado, donde se contengan explicitada las razones de la decisión (STS 6.02.1997). Quinto: Esto es cumplidamente lo que ha ocurrido en el presente caso, pues la resolución objeto de recurso fundamenta la fijación del tiempo de concesión del I.M.I. en el contenido del informe propuesta de 18 de julio de 2003, informe que es sumamente expresivo y elocuente acerca de las circunstancias concurrentes en el presente caso, reiteración en la concesión de ayudas y falta de voluntad de inserción, para considerar ajustada a derecho la resolución recurrida>>..."

#### 8.2.- LA MOTIVACIÓN EN EL CASO CONCRETO:

Analizada la Resolución impugnada bajo la perspectiva expuesta, es posible concluir que la misma fue dictada sin que previamente se cumpla con el procedimiento que la Ley ha establecido como requisito previo de la motivación bajo la técnica referenciada; por lo que hay violación del derecho al debido proceso en la garantía de motivación prevista en el Art. 76.7.L de la Constitución, y como consecuencia de esto que se vulneró el derecho a la seguridad jurídica al terminarse el nombramiento provisional sin una motivación válida sobre las razones que exigen su terminación anticipada (apartándose de la condición de temporalidad: ganador del concurso). Diríamos, a diferencia de lo señalado por el Juez A quo, que se modificó la situación laboral del accionante sin un procedimiento regular, siendo por ello la violación de los derechos constitucionales señalados. Decimos esto por lo siguiente:

- 1).- Porque la Dirección Distrital accionada, recurre a la motivación bajo la técnica in aliunde; pues, es claro que se sustenta en el Informe Técnico de Talento Humano, de 11 de junio de 2020, que es en donde se sientan las bases fácticas y jurídicas para que la Dirección Distrital resuelva la terminación anticipada del nombramiento del accionante y de otras dos personas; informe además necesario cuando se trata de una cuestión técnica, como es establecer que hay duplicidad de funciones, que vendría a justificar la aplicación de los indicados Acuerdos Ministeriales, como sustento de la Resolución.
- 2).- Porque, una Resolución motivada exige que la misma sea razonable, lógica y entendible, lo cual requiere también el cumplimiento de exigencias particulares como en el caso de la motivación in aliunde, como es que en la resolución se haga remisión a los informes u otros documentos:

"siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada.". (el subrayado es del Tribunal de la Sala).

Exigencia esta sobre la cual no hay constancia de haberse cumplido,

particularmente que el accionante haya tenido acceso al informe Técnico referenciado; exigencia que tiene su razón de ser en la necesidad de que el destinatario del acto o de la resolución que se adoptará en base a informes u otros documentos, pueda ejercer, aunque mínimamente, el derecho a la contradicción, por el cual nadie del poder público (fundamentalmente) puede adoptar decisiones sin escuchar previamente a su destinatario, sobre todo cuando se un acto que afectará sus derechos.

En realidad, vemos que todo se ha dado el mismo 11 de junio de 2020 (diríamos en cuestión de horas): el informe técnico y la Resolución; en tanto que la Acción de Personal al siguiente día.

La acción es por lo tanto procedente por encontrarse reunidos los requisitos del Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional, con lo cual se descarta correlativamente los motivos de improcedencia que, sustentados en el Art. 42 de la misma ley, han alegado la parte demandada y Procuraduría General del Estado, sobre todo en cuanto el tema debía ser resuelto por la justicia ordinaria.

NOVENO: REPARACION INTEGRAL: Declarada la vulneración de derechos constitucionales, corresponde ordenar la reparación integral, sobre lo cual tenemos:

A).- Según el precitado Art. 6 de la LOGJYCC, las garantías jurisdiccionales tienen como fin la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, la declaración de la su violación y la integral de los daños causados por la violación;

B).- Coherente con lo expuesto encontramos las siguientes normas en la indicada Ley: "Art. 18.- Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.-La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.-En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente.-La persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que deberá realizarse dentro del término de ocho días.- Art. 19.- Reparación económica.- Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes.- Art. 20.- Responsabilidad y repetición.- Declarada la violación del derecho, la jueza o juez deberá declarar en la misma sentencia la responsabilidad del Estado o de la persona particular.-En el caso

de la responsabilidad estatal, la jueza o juez deberá remitir el expediente a la máxima autoridad de la entidad responsable para que inicie las acciones...";

C).- Lo expuesto recoge las formas de reparación que contempla la doctrina y los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la cual "...la reparación integral involucra aquellas medidas destinadas a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas y a indemnizarlas. Se trata de reparar los daños materiales e inmateriales, patrimoniales, familiares y de otorgar diferentes formas de reparación..." (Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Tomo 2. Corte Constitucional para el periodo de transición. Editores Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, pág. 72). En esta misma obra, se advierte que la doctrina ha elaborado cinco formas de reparación, que las comparte la CIDH, así: 1).- Restitución o resarcimiento, que significa restituir la situación antes de que se produzca la violación; es decir restablecer el derecho lesionado. Se señala que para las Naciones Unidas "la restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes"; 2).- Indemnización, también conocida como sustitución, que es la forma más común de reparación,, al referirse a la compensación por los daños y perjuicios generados, misma que debe concederse en forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicos evaluables, tales como: el daño físico y mental; pérdida de oportunidades; daños materiales, incluido el lucro cesante; los perjuicios morales; los gastos de asistencia jurídica; 3).- Rehabilitación, que se orienta fundamentalmente a la recuperación psicológica; 4).- La Satisfacción, "...cuando se reconoce que el daño sufrido no puede ser restituido ni compensado en su totalidad, pero sin embargo se reconoce a las víctimas su derecho a la verificación de los hechos, al conocimiento público de la verdad, a los actos de desagravio que correspondan, a la sanción a los causantes del daño, a la conmemoración y el tributo a las víctimas...". La disculpa pública es una forma de satisfacción; y 5).- Garantía de no repetición, que se ocupan fundamentalmente de garantizar que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones de sus derechos;

D).- La doctrina establecida por la Corte Constitucional de la Corte de Colombia en sus Sentencia de Unificación Jurisprudencia, Nro. SU. 556 de 2014, enseña: "Conforme con lo expuesto, las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona...";

E).-En base a lo expuesto se dispondrá como reparación integral: dejar sin efecto el la Resolución y la Acción de Personal, con las que se termina el nombramiento provisional de la parte actora, así como que la Dirección Distrital demandada reintegre a su trabajo al accionante hasta que se obtenga un ganador del concurso correspondiente, dejando a salvo la facultad que tiene la Administración Pública para resolver la terminación anticipada, pero respetando el debido proceso conforme la Constitución y la Ley. Se dispondrá también que parte demandada pague como indemnización patrimonial un valor equivalente a la remuneración desde el 17 de junio de 2020 en que se presenta la demanda, hasta su reintegro; además de los gastos en que haya incurrido el accionante con motivo de la presente acción de protección;

F).- No se mandará a pagar los honorarios del abogado de la parte actora, porque (i) los mismos forman parte de las Costas según el segundo inciso del Art. 285 del COGEP; (ii) porque el inciso segundo del Art. 174 de la Constitución, prescribe que " La mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la ley"; (iii) porque siendo las costas una sanción para quien litiga de esa forma, corresponde al juzgador calificar la conducta procesal de las partes, como expresamente señala el Art. 284 del COGEP, que dice "Costas.

La persona que litigue de forma abusiva, maliciosa, temeraria o con deslealtad será condenada a pagar al Estado y su contraparte, cuando haya lugar, los gastos en que haya incurrido. La o el juzgador deberá calificar esta forma de litigar y determinar su pago en todas las sentencias y autos interlocutorios que pongan fin al proceso." (el subrayado es del Tribunal de la Sala); y (iv) porque se califica que la parte demandada no ha litigado de forma maliciosa y temeraria.- RESOLUCION: Por las consideraciones expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, el Tribunal de la Sala RESUELVE: 1).- Aceptar la apelación y revocar la sentencia subida en grado; 2).- Dejar sin efecto la Resolución Nro. MSP-DD11D02-044-2020, de fecha 11 de junio de 2020, suscrita por la Lic. Madeleine Cruz, como Directora Distrital; 3).-Se ordena que dicha Dirección Distrital, en el término de cinco días de notificada esta sentencia, reintegre a su trabajo al accionante, hasta que se obtenga un ganador del concurso de merecimientos y oposición; 4).- La entidad accionada pagará al accionante las remuneraciones que ha dejado de percibir el actor, con todos los beneficios legales, incluido el seguro social, por todo el tiempo que ha permanecido desvinculado, hasta su efectivo reintegro, desde el 17 de junio de 2020; descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el accionante; 5).- Pagará también al accionante los gastos en que ha tenido que incurrir con motivo de la presente acción, excepto lo relacionado con los honorarios profesionales, por los motivos señalados en el literal F) del último considerando.- Para su liquidación, debe observarse las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador números 04-13-SAN-CC y 011-16-SIS-CC, esto es que, una vez ejecutoriada esta sentencia, el Juez A quo remita al Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Loja, el expediente, para que proceda con el trámite señalado en dichas sentencias.- Secretaría remita copia de esta sentencia a la Corte Constitucional, conforme el numeral 5 del Art. 86 de la Constitución.- Hágase saber