

ARTÍCULO CIENTÍFICO

NOMBRAMIENTO PROVISIONAL Y GARANTÍA DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

PROVISIONAL APPOINTMENT AND GUARANTEE OF MOTIVATION OF ADMINISTRATIVE ACTS

Aguirre Tene, César Patricio ^I; Jácome Ordoñez María del Carmen ^{II}

^I. patoaguirre31@hotmail.com. Dirección Provincial del IESS Morona Santiago, Ecuador.

^{II}. macarmenjacom@gmail.com. Abogada en libre ejercicio, Quito, Ecuador.

Recibido: 16/04/2021

Aprobado: 28/06/2021

Como citar en normas APA el artículo:

Aguirre Tene, C.P., y Jácome Ordoñez, M. C. (2021). Nombramiento provisional y garantía de motivación de los actos administrativos. *Debate Jurídico Ecuador*, 4(3), 188-205.

RESUMEN

El ingreso al servicio público mediante un concurso de méritos y oposición, da inicio a la carrera administrativa, para el efecto se requiere de una selección previa y que dicha selección genere la estabilidad del servidor público, los asensos y promoción.

En la legislación ecuatoriana, encontramos que para el ingreso al servicio público se puede aplicar los llamados contratos de nombramiento que pueden ser permanentes o provisionales; la discusión se centra en clarificar cuando se genera la verdadera estabilidad al servidor público, y a que me refiero al decir una verdadera estabilidad, a que la estabilidad para un servidor público de nombramiento provisional es de tracto sucesivo o condicionada, es decir hasta que se cumpla el tiempo o condición determinados en el nombramiento provisional, la remoción de un trabajador vinculado por nombramiento provisional debe ser por una causa justificada, no simplemente por razones arbitrarias o la conveniencia del superior, si bien el ejercicio de un cargo de carrera administrativa nombrado en provisionalidad, no lo convierte en empleado de Carrera Administrativa, del que pueda predicarse estabilidad en el empleo, pero tampoco en uno de libre nombramiento y remoción, ya que el mismo no tiene origen en la confianza para tareas de dirección o manejo, y por tanto no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia al constituir ella, una garantía mínima derivada del

derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de 17 derecho y del control a la arbitrariedad de la Administración. Por lo cual se torna de suma importancia conocer como motivar los actos administrativos, así como la obligatoriedad de respetar derechos en las actuaciones de la administración pública.

PALABRAS CLAVE: Nombramiento provisional; motivación de los actos administrativos

ABSTRACT

Admission into the public service through a merit and opposition contest begins the administrative career, for this purpose a prior selection is required, and that such selection generates the stability of the public servant, promotions, and promotion. In Ecuadorian legislation, we find that for entry to public service so-called appointment contracts can be applied, which can be permanent or provisional; The discussion focuses on clarifying when true stability is generated for the public servant since by saying true stability, I mean that stability for a public servant of provisional appointment is of a successive or conditional tract, that is until it is fulfilled. the time or condition determined in the provisional appointment, the removal of a worker linked by provisional appointment must be for a justified cause, not simply for arbitrary reasons or the convenience of the superior, although the exercise of an administrative career position appointed provisionally, does not make him an employee of an Administrative Career, of whom stability in employment can be predicated, neither in one of free appointment and removal, since it does not originate in trust for management or management tasks, and therefore does not There is room for this exception to the duty to motivate the act of non-subsistence by establishing it, a minimum guarantee of derived from the fundamental right to due process, respect for the rule of law and control of arbitrariness by the Administration. Therefore, it is extremely important to know how to motivate administrative acts, as well as the obligation to respect rights in the actions of the public administration.

KEYWORDS: Provisional appointment; motivation of administrative acts

INTRODUCCIÓN

El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública, por empleo se entiende que es el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a un funcionario público y las competencias requeridas por este para llevarlas a cabo, esto con el propósito de satisfacer eficazmente los fines y objetivos del Estado. (Pérez et al. 2014), al efecto, cabe señalar que, en todas las civilizaciones se han producido fenómenos burocráticos, es decir, la organización de conjuntos de personas al servicio de los poderes

públicos, monarquía o repúblicas, democráticas o dictaduras, así como las iglesias que han denominado a lo largo de la historia. En todas ellas se podrán encontrar precedentes de los problemas y técnicas que tienen que afrontar la gestión del personal de las actuales administraciones públicas en todos los países. (Parada,2012)

Los objetivos del Estado se consiguen a través de personas que trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad en el sector público, que se les denomina servidor público; que no contempla a los trabajadores u obreros sometidos al Código del Trabajo.

Por lo tanto, los servidores públicos que ingresan a prestar sus servicios al Estado ingresan a formar parte de una base llamada burocracia; mientras más grande es el Estado, más grande es el aparato burocrático, en consecuencia, un enorme poder estatal. (Pérez et al. 2014)

Ahora bien, a estos puestos se accede por medio de convocatorias, dando inicio así a los procesos de selección de personal, esta selección de ingreso se da a través de diferentes procedimientos entre los cuales tenemos: a) Oposición. - Siendo este un sistema ordinario, caracterizado por la evaluación a través de pruebas para determinar la capacidad y la aptitud del aspirante; b) Concurso –Oposición. - Consiste en el evaluar varias veces al aspirante a través de pruebas (oposición) y una etapa de calificación de méritos; y, c) Concurso. - Que viene hacer de carácter excepcional, consistiendo en la calificación solo de méritos. (Pérez, M. et al. 2018).

El ingreso al servicio público mediante un concurso de méritos y oposición, da inicio a la carrera administrativa es así que Pérez et ál. (2014) establece que el ingreso a un puesto vacante en el servicio público, necesita de una selección previa y que dicha selección da inicio a la llamada carrera administrativa, ésta garantiza la estabilidad del servidor público, los ascensos y promoción. En la legislación ecuatoriana, encontramos que para el ingreso al servicio público se puede aplicar los llamados contratos de nombramiento que pueden ser permanentes o provisionales, siendo los primeros para llenar vacantes y generar esa denominada estabilidad y los segundos para ocupar un cargo circunstancial.

Ahora bien, que es un nombramiento, para Pérez, es “el acto unilateral del poder público expedido por autoridad competente o autoridad nominadora mediante la expedición de un decreto, acuerdo, resolución, acta o acción de personal, que otorga capacidad para el ejercicio de un puesto en el servicio público.” (2014, p.29). Es así como “En el acto de nombramiento de un servidor público, convergen la voluntad del Estado que nombra y el del particular que acepta someterse a este sistema normativo” (Fierro,2017, p.34).

Uno de los contratos para ingresar a prestar el contingente laboral en el sector público es el de nombramiento provisional, pero nace la inquietud, ¿qué tipo de actividades se desarrollan

a través de este tipo de contratos?, la respuesta sería lógica a la interrogante, solamente o por excepción establecida en la norma se puede otorgar nombramientos provisionales, en este sentido encontramos que “Procede para casos y períodos específicos, determinados en la ley. No procede la comisión de servicios sin sueldo para los servidores que tengan nombramientos provisionales” (Pérez,2014,p.31). Por lo tanto, al ser considerados como provisionales los nombramientos no gozan de los mismos derechos que adquieren los servidores que ingresan a la carrera administrativa.

Estos nombramientos provisionales podrían ser utilizados en los siguientes casos:

Para ocupar el puesto de un servidor que ha sido suspendido o destituido, hasta que exista el fallo pertinente;

El puesto de aquel servidor que se halle en goce de licencia sin remuneración, el tiempo de nombramiento será el de la licencia;

Aquel que se encuentre en comisión de servicios sin remuneración, siempre que exista la necesidad del servicio, el tiempo de nombramiento será el de la comisión;

Para ocupar puestos en el nivel jerárquico superior, su partida no puede ser ocupada con nombramiento permanente;

Para ocupar un puesto cuya partida esté vacante hasta obtener el ganador de concurso de méritos y oposición; para llenar el puesto del servidor público ascendido y que esté sujeto a un período de prueba de seis meses;

Para puesto vacante como apoyo administrativo de las máximas autoridades, esto claro si existe partida presupuestaria; para ocupar el puesto vacante cuyo titular se encuentre subrogando o con encargo en otro puesto o a quien se emita otro nombramiento provisional.

La expedición de estos nombramientos provisionales, como hemos visto, son para ocupar puestos temporales y como se ha citado dichas circunstancias o casos se encuentran estipulados en la ley Orgánica del Servicio Público y su respectivo Reglamento; al haberse estipulado circunstancias para la expedición de estos nombramientos provisionales, estas son las condiciones que se deben cumplir en este tipo de contratación: a) consumir el período de tiempo del nombramiento provisional, b) la exista de la sanción o destitución en firme; o, c) que se haya declarado un ganador en un concurso, solo al cumplirse una de estas condiciones dependiendo de la circunstancia del nombramiento obviamente se puede para dar por terminado este tipo de nombramientos provisionales, caso contrario nos pondríamos frente a arbitrariedades de la administración pública.

Los derechos laborales de los servidores públicos tienen y deben ser amparados por las normativas nacionales e internacionales que amparan y protegen al derecho laboral general,

al respecto de dicha protección podemos encontrar lo manifestado por Vergara “Si la función pública es un escenario de relaciones de trabajo, las condiciones de empleo y los derechos de los empleados públicos tienen la vocación de ser amparados por las normas protectoras del derecho laboral.” (2015, p.461).

Lamentablemente por más que se contemple esta posible protección, la estabilidad condicionada del servidor público de nombramiento provisional, en la norma nacional nada se ha referido al respecto, “si bien es cierto que nadie niega la aplicabilidad de estas instituciones protectoras en la función pública, es evidente que nadie la defiende explícitamente y, por ello, es una de las debilidades diagnosticadas sobre la problemática en cuestión” (Vergara, 2015, p.463)

Para Parada et ál. (2012), el desarrollo de la administración pública en un estado liberal rechaza la idea de un servidor público permanente, contrastando con lo dispuesto por otros Estados en que aceptan a funcionarios inamovibles; pues, estos aseguran una memoria institución, permitiendo a los empleados una preparación, motivación y devoción. Cabe precisar que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho. (Corte Interamericana de Derechos Humanos - caso Lagos del Campo vs. Perú Sentencia de 31 de agosto de 2017)

Este derecho a la estabilidad puede ser mermado o disminuido en su total acepción, por cuanto no se genera una verdadera estabilidad, y a que me refiero al decir una verdadera estabilidad, a que la estabilidad alcanzada es de tracto sucesivo hasta que se cumpla el tiempo o condición determinados en el nombramiento provisional, tal como se indicó en líneas anteriores, la remoción de un trabajador debe ser por una causa justificada, no simplemente por razones arbitrarias o la conveniencia del superior. Al servidor público, desde sus únicos en el Ecuador constitucional se le garantizaba su estabilidad, tal es el caso que para sustituirlo se necesitaba de orden judicial, esto en referencia a la primera constitución; hoy vemos que esa garantía se extiende a un procedimiento administrativo.

En la primera Constitución ecuatoriana se atribuye al “Presidente del Estado” nombramientos de las vacantes de los empleos públicos en los recesos de la Legislatura y, en general, nombrar los demás empleados civiles, militares y de hacienda y suspenderlos de acuerdo con

el Consejo de Estado, pero no pueden ser suspensos o destituidos sino en virtud de una sentencia judicial”, lo que se reitera en la Constitución siguiente.” (Pérez, 2014, p.6)

Ahora bien, en contraste a lo citado encontramos lo notado por la Corte Nacional en una de sus sentencias que indica: como se aprecia de lo dispuesto en el referido literal b) del artículo 17 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, los nombramientos provisionales no generan estabilidad, razón por la que no existe, en cuanto a la misma, un derecho legítimo para el administrado. (Resolución N. 1016-2016, juicio No. 31-2014, 2016).

En base a estos contrastes en los puntos de vista podemos indicar que la estabilidad o derecho al cargo es el deber de cumplir con todas las obligaciones que conlleva el mismo, para una administración adecuada al servicio de la ciudadanía, obviamente supeditado dicha estabilidad al interés general, pues este no debe ser sacrificado por el interés individual, en este caso el del servidor público.

En Colombia, en años atrás se dotó de una cierta estabilidad a los trabajadores con nombramiento provisional, así que la normativa según García indicaba: es decir, que existía una temporalidad para el nombramiento provisional de cargos, pero posterior a ello, el legislador estableció una “estabilidad” de quienes eran nombrados provisionalmente en 9 cargos de carrera, ello se predica del Artículo Primero del Decreto 1330 de julio 13 de 1998 , en virtud del cual se reglamentaba parcialmente la Ley 443 de 1998, y consagró en su oportunidad, la prohibición expresa y clara, para los nominadores de declarar insubsistente los nombramientos de los empleados con carácter provisional; normativa que fue derogada íntegramente por el Gobierno Nacional por medio del Decreto 1754 de agosto 26 de 1998. De allí que, en virtud de lo expresado, se indica una temporalidad para aquellos empleados cuyos nombramientos no fuera a través de concurso de méritos. (2011, p. 130)

Brevemente se determinará que es el acto administrativo, para lo cual tomaremos lo determinado en el Código Orgánico Administrativo: acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo. (2017, Art. 98)

La terminación de un nombramiento provisional a más del cumplimiento de la condición que llevó a otorgar el nombramiento, se podría considerar también que se la puede realizar de una manera unilateral por el ente nominador; obviamente este accionar o decisión de la administración debe estar determinada en un acto administrativo; determinación que es una descripción del accionar y que alude a la motivación. “La motivación del acto administrativo es la expresión concreta de la causa o motivo del mismo, es decir, la manifestación de las

razones de hecho y de derecho que lo fundamentan” (Pérez, V, 2012, p.38). Es decir, la motivación debe establecer de una manera expresa las razones que inducen a emitir el acto administrativo y estas razones deben estar conforme al ordenamiento jurídico y en el caso que nos ocupa determinar claramente las razones por las cuales se da por terminado el nombramiento provisional del servidor público.

Lo que se debe observar al momento de motivar, lo encontramos determinado en el Código Orgánico Administrativo, quien indica: el señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo. 3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados. (2017).

Cabe destacar que la motivación no se satisface con diferentes expresiones que nada dicen en el fondo, expresiones como por ser conveniente o necesario al interés del Estado, esta motivación debe declarar claramente cuáles son las circunstancias de hecho probadas y que tipificaciones de derecho son las adecuadas; por lo general la motivación no es un problema de forma sino fondo, ahora bien, esta falta de motivación conlleva a un vicio de fondo y a una arbitrariedad que determina la nulidad del acto. (Secaira, et al. 2004)

Lo descrito anteriormente concuerda con lo manifestado por (Rodríguez, J. & Muñoz A., 2011, p.216-217) en cuanto a lo que es la motivación: la motivación no es pura formalidad, no es fórmula de estilo ni cubrir el expediente. La motivación es, en mi opinión, una obra de artesanía jurídica que expresa el compromiso de una administración pública y de sus agentes por elaborar y confeccionar actos administrativos en el marco del Estado de Derecho.

De las definiciones dadas y concordando con la terminación del nombramiento provisional, esta motivación del acto administrativo involucra una mayor relevancia, pues nos encontramos frente a la necesidad que la decisión de la administración pública debe estar adecuadamente motivada, pues se está terminando una actividad laboral y con ello afectando directamente al empleado como derecho del ser humano y en su proyecto de vida, tanto económico como social.

Por lo dicho, la administración pública no puede dejar de motivar sus actuaciones por más que las mismas sean actos discrecionales, al efecto encontramos: “Así concebida la discrecionalidad, no se presume alguna excepción para prescindir de los elementos del acto administrativo en aquellas manifestaciones que nacen en virtud de ella”. (García, 2011, p. 129), recordando que uno de los elementos del acto administrativo es la motivación.

Además la doctrina determina que no existen propiamente los llamados actos administrativos discrecionales, lo que existe es el poder discrecional de la administración pública, poder que le permite emitir actos administrativos con contenido discrecional, pero no hay que olvidar que todo acto por más discrecional que sea tiene elementos reglados en mayor y menor grado; en todo caso esta supuesta discrecionalidad de los actos administrativos está sometida a controles. (Pérez, et ál., 2019).

Más aún si dicho acto administrativo, llega a afectar derechos, la motivación es consagrada como garantía en el debido proceso, el mismo que es protegido en el ámbito constitucional; la doctrina se refiere a este particular de la siguiente manera: en un sentido amplio, la motivación consagrada como una garantía constitucional del debido proceso entraña la exigencia de que toda resolución de la autoridad pública se fundamente en las razones de hecho y de derecho sobre las cuales ésta se hubiera emitido, en resguardo del principio de seguridad jurídica y el control de la arbitrariedad. (Morales, 2010)

En la hermana República de Colombia, se estipula ya el deber de motivar los actos administrativos que desvinculen a un servidor público con nombramiento provisional, así García indica que el Artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, que indica: “Antes decumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados. En tal sentido, también encontramos que la motivación implica, objetividad y efectividad de la tutela judicial, siendo consecuencia de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad; llegando a establecer que la motivación tiene por finalidad que el interesado conozca los motivos que conducen a la emisión del acto administrativo y de ser el caso el administrado con pleno conocimiento ejerza la defensa de los derechos e intereses legítimos del destinatario de un acto administrativo, impugnándolo en la forma procedimental regulada al efecto. (Rodríguez, J. & Muñoz A. et ál., 2011).

Pero con todo lo dicho no debemos olvidar que: el ejercicio de un cargo de carrera administrativa nombrado en provisionalidad, no lo convierte en empleado de Carrera Administrativa, del que pueda predicarse estabilidad en el empleo, pero tampoco en uno de libre nombramiento y remoción, ya que el mismo no tiene origen en la confianza para tareas de dirección o manejo, y por tanto no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia al constituir ella, una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la Administración (García, 2011, p. 132)

Pero la problemática, en la terminación de un nombramiento provisional, al no existir precedentes jurisprudenciales ni norma para resolver la duda, esta debería ser resuelta

aplicando los principios jurídicos existentes, es así que encontramos el principio de favorabilidad, para lo cual Vergara indica:

Ese punto convocaba la operatividad de la regla de la favorabilidad y del principio pro homine, pues tenía que ver con los procesos de interpretación y aplicación del derecho en una cuestión que, si bien involucraba elementos de índole administrativa como la potestad de libre nombramiento y remoción y las necesidades del servicio público, tenía de por medio una connotación sustancialmente laboral, concretamente la estabilidad del servidor público provisional. Con las consideraciones expuestas la pregunta se reduce a ¿La terminación del nombramiento provisional vulnera la garantía de motivación de los actos administrativos? interrogante que espera ser absuelta al desarrollar un análisis crítico jurídico que explique la afectación a la garantía de motivación en la terminación de nombramientos provisionales.

MÉTODOS

La presente investigación contiene un enfoque cualitativo, porque se trata específicamente del estudio de hechos y requisitos legales que justifican la problemática. La metodología utilizada para la investigación es bibliografía, ya que, a través de fuentes primarias y secundarias, se obtuvo información, datos y definiciones.

El tipo de investigación es de teoría fundamentada porque se va a hacer una investigación descriptiva de la problemática, y se realizó un diagnóstico de tipo transversal del problema, en base a casos de estudio. Por el contexto de su realización, la investigación fue de gabinete porque se la realizará en escritorio y en análisis de casos.

Se utilizó la legislación del Ecuador como el Código Orgánico Administrativo y Constitución de la República; para realizar una revisión sistemática y analizar la investigación. Se realizó una revisión sistemática en base de datos bibliográficos de los autores que han desarrollado estudios sobre esta área temática de la investigación en Derecho Administrativo. Se estudió la doctrina relevante respecto a la terminación del nombramiento provisional y la motivación como requisito de validez de los actos administrativos.

Se analizó la jurisprudencia respecto a la terminación del nombramiento provisional y la motivación como requisito de validez de los actos administrativos. Se analizaron dos procesos extraídos del sistema ESATJE, los mismos que son resueltos por el órgano máximo de la Administración de Justicia como es la Corte Nacional de Justicia, a través de una de las Salas del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo; procesos que luego de una ardua búsqueda, se concluyó que son los únicos expedidos en referencia al tema investigado, tornándose necesario en el análisis de las mismas, de los procesos se tomó en consideración

las Sentencias emitidas en su parte considerativa y resolutive, para de allí escudriñar las dos variables de la investigación 1. La terminación de los nombramientos provisionales; y, 2. La motivación de los actos administrativos; utilizando estas variables para analizar cada caso sobre el tema de investigación.

RESULTADOS

La problemática de la investigación inicia cuando se da por terminado estos nombramientos provisionales sin cumplir con las condiciones determinadas por la ley, las cuales son plenamente establecidas al momento de suscribir los nombramientos provisionales, es así como se crea la interrogante ¿qué garantías el servidor público obtiene con este tipo de contratos?, yendo más allá podría preguntarse ¿transgrede el derecho a la estabilidad laboral, cuando no se cumple la condición o tiempo estipulado en el nombramiento provisional?

Para solventar estas dudas y cimentar la consideración de que para dar por terminado los contratos de nombramientos provisionales se debe desarrollar una adecuada motivación y ésta estar apegada a derecho, es decir controlar la arbitrariedad en las actuaciones de la administración pública; para obtener un conocimiento y fundamentos de lo estipulado, partimos del estudio de dos sentencias emitidas por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador sobre el tema investigado, las mismas que al reconstruir su estructura nos sirve para establecer :

Número de proceso.

Para referenciar correctamente el proceso dentro del sistema judicial de consulta de causas y darle un seguimiento documental adecuado al mismo

Número de resolución.

Para singularizar de mejor manera las sentencias que fueron objeto de una lisis y y en el presente trabajo de análisis.

Tribunal competente.

Con esta variable podemos determinar la competencia del Tribunal Juzgador para resolver la causa.

Partes Procesales.

Para determinar entre quienes se produjo la relación contractual y justificar si una de las partes es organismo de la administración pública.

Decisión tomada.

Para establecer el fallo o resolución a la que han llegado los miembros de los Tribunales de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, referente a la manera de terminación de nombramientos provisionales en el sector público.

Fundamentación de la decisión.

Para establecer las consideraciones estipuladas que sirvieron como base para dictar el fallo al que han llegado los Tribunales de la Corte Nacional, referente a la terminación de nombramientos provisionales

TABLA 1

CASO 1	
Número de proceso	177741 – 2011 – 0800
Número de resolución	101-2016
Tribuna competente	Dr. Álvaro Ojeda, Dra. Maritza Pérez, Dra. Juan Montero
Partes procesales	Martha Elizabeth Andrade Arteaga Banco Nacional de Fomento
Decisión tomada	
Acepta el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, declara la legalidad y validez de la acción de personal No. 470-2009 del 31 de agosto de 2009, con la que se dejó sin efecto el nombramiento provisional por período de prueba otorgado a la señora Martha Elizabeth Andrade Arteaga.	
Fundamentación de la decisión	
En el mandato 8 se verifica que no dispone que la relación con los trabajadores intermediados sea estable y permanente como aduce la actora, por lo que esta afirmación carece de asidero jurídico. Conforme la propia actora lo indicó en el proceso, se celebraron con ella contratos de servicios ocasionales, los que son jurídicamente válidos de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 19 y 64 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.	

De acuerdo a lo ordenado en el artículo 228 de la Constitución de la República del Ecuador, norma jerárquicamente superior al Mandato Constituyente No. 8: “El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción.”, por lo que al no ser adecuada en derecho, no es procedente la petición de que se declare nula la acción de personal No. 470-2009 del 31 de agosto de 2009, con la que dejó sin efecto el nombramiento provisional por período de prueba otorgado a la referida señora por medio de la acción de personal No. 0256-2009 el 01 de junio de 2009.

En el caso uno, se discute la terminación del nombramiento provisional por período de prueba, el mismo que a decir de los juzgadores no genera estabilidad en tal razón no se adecúa al derecho reclamado, por cuanto los nombramientos provisionales se extienden solo cuando se haya ganado un concurso de méritos y oposición, así como el procedimiento establecido para la selección de personal, que debe regirse por los principios de legalidad,

neutralidad, credibilidad, igualdad y transparencia, en tal consideración se declara la legalidad del acto administrativo con el que se dejó sin efecto dicho nombramiento.

TABLA 2

CASO 2	
Número de proceso	17741 – 2014 - 0031
Número de resolución	1016-2016
Tribuna competente	Dr. Álvaro Ojeda, Dr. Pablo Tinajera y Cynthia Guerrero
Partes procesales	Yaco Aníbal Bastidas Churo Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Loja
Decisión tomada	
Acepta el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, rechaza la demanda y declara legal y válido el acto administrativo impugnado.	

Fundamentación de la decisión

Esta Sala Especializada, en sentencia de mayoría dictada el 21 de enero de 2016 dentro del proceso No. 800-2011, señaló: “un nombramiento provisional no garantiza la incorporación de un servidor provisional al sistema de carrera administrativa ni la estabilidad que posee un servidor idóneo. En consecuencia, no goza de los derechos y garantías de los servidores de carrera”. Al existir las citadas normas, es obligación de los jueces aplicarlas y motivar su decisión basados en estas, y, por cuanto la norma es clara al disponer que los nombramientos provisionales no generan estabilidad, no es necesario recurrir a otros métodos de interpretación que la contradigan, como incorrectamente hicieron los jueces del Tribunal de instancia en la sentencia impugnada

En el segundo caso, la terminación del nombramiento provisional se da luego de varios años de gozar con el mismo, recurriendo a esta decisión por considerar que ya se ha generado estabilidad en el cargo, pues se puede reclamar cuando en dichos nombramientos no se ha referido taxativamente el período de duración o cuando estando fijado, se ha extendido el período de duración, o cuando estando fijado, se ha extendido por mucho más tiempo, lo que conlleva a establecer que el servidor realizando una actividad permanente en la entidad pública.

En las sentencias seleccionadas de Corte Nacional para ser analizadas, los puntos más relevantes encontrados conforme al tema de investigación fueron:

Al existir normas relacionadas con el tema de nombramientos provisionales es obligación de los jueces aplicarlas y así motivar su decisión basando la misma en ellas, pues las normas son claras y no es necesario recurrir a otros métodos de interpretación que la contradigan.

Se considera que, al extenderse nombramientos provisionales, se ha procedido previo una selección de personal, concurso de méritos y oposición, pero se deja en claro que dicho nombramiento provisional no garantiza la incorporación de un servidor provisional al sistema de carrera administrativa ni la estabilidad que posee un servidor idóneo. En consecuencia, no goza de derechos ni de garantías de los servidores de carrera.

La administración pública en general goza del principio de auto tutela, principio por el cual está en capacidad de revisar sus actos o está en capacidad de imponer sus decisiones.

Declaran la legalidad y la validez de los actos administrativos con los cuales se deja sin efecto los nombramientos provisionales

DISCUSIÓN

De los resultados obtenidos podemos apreciar que de las sentencias analizadas, se reitera que los nombramientos provisionales no garantizan la estabilidad de los servidores provisionales, es decir no gozan de los derechos y garantías que las poseen los servidores de carrera; ahora bien, para proceder a su desvinculación y evitar posibles demandas de los funcionarios públicos a quienes se les ha terminado el nombramiento provisional sin cumplir con el condicionamiento que dio inicio a su vinculación, la esencia estaría en motivar adecuadamente el acto administrativo con cual se da por terminado ese nombramiento provisional.

Como se deja anotado de la investigación realizada, se obtuvo como resultado dos sentencias emitidas por la Corte Nacional de Justicia, las mismas que han sido objeto de análisis, sin embargo hay que puntualizar que, al no existir una tercera sentencia sobre el tema, estas no son aún precedente jurisprudencial obligatorio, al efecto la página de la Corte Nacional de Justicia, indica las características para el establecimiento de precedentes jurisprudenciales obligatorios al indicar:

A partir de la publicación de la Constitución de la República del Ecuador, se estructura un nuevo modelo de administración de justicia, en el cual la Corte Nacional de Justicia tiene como función primordial el “Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración”, para lo cual, las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio.

Como podemos observar, es obligatorio que existan tres sentencias sobre el mismo punto cuestionado del derecho, en el caso que nos ocupa no existe esa tercera sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia que determine claramente la situación de los empleados con nombramiento provisional; en tal circunstancia, al no existir una directriz obligatoria para emitir la sentencia en el proceso de terminación de nombramientos provisionales, se deja en zozobra al servidor público que acude a la resolución de un juez para resolver sobre su

desvinculación, pues existe la posibilidad que la emisión de fallos sea contradictorios, lo que complicaría a la misma administración de justicia, pese a no ser objeto de mi estudio, se debe dejar en claro que al no existir una línea jurisprudencial a seguir, siempre existirá la posibilidad de contradicción.

No podemos dejar de indicar el criterio desarrollado por la Corte Constitucional del Ecuador, en cuanto a los nombramientos provisionales, el mismo que indica “Estos nombramientos, cuando se trata de partidas vacantes, terminan cuando se haya llamado a un concurso de méritos y oposición y se designe al ganador o ganadora.” (Sentencia No. 3-19-JP/20)

Como podemos observar la Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuadoriana del 05 de agosto de 2020, le reconoce esta garantía de estabilidad condicional a los servidores públicos, indicando claramente que tendrán vigencia hasta cuando se llame a concurso del puesto que están ocupando y se declare un ganador del mismo, en tal sentido a mi parecer se vendría al piso cualquier consideración en contrario vertida por algún juez o miembros de tribunales de justicia; al ser una sentencia erga omnes y el Ecuador un Estado constitucional de Derechos.

Ahora bien, la motivación es una parte esencial en las resoluciones o sentencias que se emiten, ésta motivación debe ser concordante con el tema o asunto que se trata, a más de eso, al enunciar normas al momento de motivar se debe tomar en consideración la jerarquía normativa que contempla la Constitución de la República del Ecuador, pues no podemos justificar actuaciones con normas inferiores contradictorias a la norma suprema como lo es la Constitución y tampoco sería coherente tomar principios que contradigan lo que está claramente determinado en la norma.

Para Secaira et ál., (2014) la motivación es la exposición de razones que relata el administrador y que sirvió para tomar una decisión. Esta debe contener los fundamentos fácticos, es decir el hecho que genera la emisión, y su vinculación jurídica con la norma positiva aplicable al caso; la motivación permite al administrador asumir un juicio de valor y tomar una resolución sobre el tema.

La necesidad de motivación implica la determinación de la aplicación de normas y principios jurídicos, establecidos y concordantes, se determina que no se puede permitir el ingreso a la función pública por sentencia ejecutoriada a ningún servidor público no permanente, siendo la manera adecuada para ingresar como funcionario a la función pública la determina el art. 228 de la Constitución de la República del Ecuador.

La garantía de motivación del acto administrativo debe ser en todas las actuaciones de la administración pública, es decir hasta en las actuaciones discrecionales que mantiene la administración, pues esta discrecionalidad no debería liberar a una institución pública de

cumplir con esta garantía, más bien la ataría para justificar que esta discrecionalidad no fue un abuso del poder, tornándose la motivación más necesaria.

Concordante con lo manifestado encontramos la Jurisprudencia Colombia que indica: la Corte destacó cómo, a pesar de ser una elaboración relativamente actual, la motivación de los actos administrativos es vista en el derecho contemporáneo como una garantía en contra de la arbitrariedad, especialmente cuando de actos discrecionales se trata, que encuentra fundamento en el principio de publicidad que preside el ejercicio de la función pública, recogido en nuestra Constitución Política en su artículo 209. Dicho fallo hizo énfasis en la idea de que lo discrecional también debe decidirse con fundamento en motivaciones suficientes que permitan distinguirlo de lo puramente arbitrario o caprichoso, y en cómo esta idea ha sido recogida por el legislador colombiano en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo. (Sentencia C-734/00, 2000)

En el mismo sentido la jurisprudencia española refiere la motivación como característica constitucional de la actuación administrativa que se satisface a partir de la racionalidad. El Tribunal Supremo, en una sentencia del 10 de marzo de 2004 dice que la motivación, como ingrediente formal del acto administrativo, se cumple si del contenido del acto se deducen las razones determinantes de lo resuelto en el mismo. Desde una perspectiva más general, la sentencia del Tribunal Supremo del 22 de febrero de 2005 señala que la motivación refuerza los principios de objetividad y transparencia de la actuación administrativa, y posibilita una plena tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.” (Rodríguez, J. & Muñoz A., 2011, p.217)

CONCLUSIONES

Para evitar que los servidores públicos de nombramientos provisionales acudan a las cortes de justicia, los servidores públicos encargados en emitir el acto administrativo de desvinculación deben realizar una adecuada motivación, en la cual quede claramente determinada la razón de la decisión de la administración y su sustento legal. La manera adecuada de ingresar al servicio público en calidad de empleado sea por nombramiento definitivo o nombramiento provisional es a través de una selección de personal, mediante concurso público de méritos y oposición, no existiendo ninguna otra forma de ingreso.

Los nombramientos provisionales no garantizan la incorporación de un servidor provisional al sistema de carrera administrativa, en consecuencia, no gozan todos los derechos de un empleado de carrera posee; sin embargo cuenta con la estabilidad condicional. Se ha determinado además que no hay actos discrecionales puros, y que todo acto discrecional lo es solo en parte, ya que, en otra parte, es reglado pues requiere cumplir con todos los

elementos de un acto administrativo (competencia, fin oportunidad y motivación). Mientras no exista un precedente jurisprudencial, aún el servidor público desvinculado con nombramiento provisional, no contará con una certeza jurídica al acudir a los juzgados y tribunales de justicia.

La sentencia de la Corte Constitucional, ha abierto el debate con la Corte Nacional en cuanto la estabilidad del servidor público con nombramiento provisional, tal cual se la desató en su debido momento en Colombia entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

REFERENCIAS

- Dromi, R. (2015). Derecho Administrativo. Edición treceava. Hispania libros. Argentina.
- Fierro, A. E. (2017). Responsabilidad de los servidores públicos: del castigo a la confianza. FCE - Fondo de Cultura Económica. <https://elibro.net/es/lc/uta/titulos/109938>
- García, N. (2011). Deber de Motivación de los Actos Administrativos que declaran la Insubsistencia de Nombramientos Provisionales: Diferencias entre Corte Constitucional y Consejo de Estado. Revista jurídica Mario Alario D'Filippo.[file:///C:/Users/Personal/Downloads/Dialnet-DeberDeMotivacionDeLosActosAdministrativosQueDecla-4767767%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Personal/Downloads/Dialnet-DeberDeMotivacionDeLosActosAdministrativosQueDecla-4767767%20(3).pdf)
- Morales, M. (2010), Manual de Derecho Procesal Administrativo, edición primera, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.
- Parada, R. (2012), Derecho Administrativo II, Organización y empleo público, ediciones jurídicas y sociales s.a., Madrid.
- Pérez, E. (2014), Guía Legal del Servicio Público, edición primera. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.
- Pérez, E. (2019), Manual de derecho administrativo. segunda edición. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.
- Pérez, E. (2020). Manual de derecho administrativo. Corporación de Estudios y Publicaciones. <https://elibro.net/es/lc/uta/titulos/145743>
- Pérez V. (2012) Motivación del Acto Administrativo: Análisis de Criterios Jurisprudenciales y Admisibilidad de su Omisión Alegando la reserva de las actuaciones. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, 37-54
- Pérez Rodríguez, M. D. (Coord.). (2018). Derechos y obligaciones de los empleados públicos (2a. ed.). Editorial ICB. <https://elibro.net/es/lc/uta/titulos/106171>

Rodríguez, J. y Muñoz A. (2011). Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo. Revista de la facultad de derecho PUCP, N° 67, 2011 / ISSN 0251-3420.
file:///C:/Users/FERCHO/AppData/Local/Temp/Dialnet-DiscrecionalidadYMotivacionDelActoAdministrativoEn-5085090.pdf

Secaira, P. (2004). Curso breve de derecho administrativo. Edición primera. Editorial Universitaria. Quito

Vergara, H. (2015). La regla de favorabilidad laboral y el principio pro homine en la función pública colombiana. A propósito del problema del nombramiento provisional. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UPB.
<http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v45n123/v45n123a06.pdf>

LEGISGRAFÍA

Código Orgánico Administrativo. (2017). Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, Ecuador.

Ley Orgánica Del Servicio Público (2015). Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador.

Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público (2015). Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador.

Corte Nacional de Justicia (2016, 01 de septiembre) Sentencia Resolución N. 1016-2016/ Juicio 31-2014 (Yaco Aníbal Bastidas Churo)
https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/contencioso_administrativo/2016_PDF/Resolucion%20No.%201016-2016.pdf

Corte Nacional de Justicia (2016, 21 de enero) Sentencia Resolución N. Resolución No. 101-2016/ Juicio No. 800-2011 (Andrade Arteaga Martha)
https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/contencioso_administrativo/2016/Resolucion%20No.%20101-2016.pdf

Corte Constitucional de Colombia (2000, 21 de noviembre). Sentencia C-734/00.
https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=84038

Corte Constitucional (2020, 05 de agosto) Sentencia No. 3-19-JP/20.
<https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2020/09/3-19-JP-y-acumulados-firmado-1.pdf>