



La acción de protección como garantía de protección del derecho al trabajo de los servidores públicos con nombramientos provisionales

The action of protection as a guarantee of protection of the right to work of public servants with provisional appointments

A ação de proteção como garantia de proteção do direito ao trabalho dos servidores com nomeação provisória

Nancy Katherine Tejedor-Gómez ^I
ntejedorgomez@outlook.com
<https://orcid.org/0000-0002-4959-9566>

Vicente Hermogenes Arias-Montero ^{II}
varias@utmachala.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-5554-3980>

Correspondencia: ntejedorgomez@outlook.com

Ciencias Sociales y Políticas
Artículo de Revisión

* **Recibido:** 20 de marzo de 2022 * **Aceptado:** 10 de abril de 2022 * **Publicado:** 10 de mayo de 2022

- I. Abogada de los Juzgados y Tribunales de la Republica, Universidad Técnica de Machala, Machala, Ecuador.
- II. Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales de Justicia de la Republica, Especialista en Procedimientos Constitucionales, Magister en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, Universidad Técnica de Machala, Machala, Ecuador.

Resumen

La Constitución de la República del Ecuador, protege los derechos de los y las ecuatorianas, de entre los cuales resaltamos en el presente, el derecho al trabajo, mismo que al principio de la era republicana, no se respetaba y mucho menos se protegida, pero que con el paso de los años esto ha ido cambiando, teniendo en la actualidad una Constitución muy protectora y garantista de este derecho, debiendo puntualizar que entre estas medidas de protección, se encuentran las garantías jurisdiccionales, las cuales han sido un gran avance para evitar vulneración de derechos de los y las ecuatorianos. De estas garantías, la acción de protección, ha sido la de mayor relevancia, ya que permite a la persona que se siente afectada, recurrir a la vía constitucional, para que se determine la existencia de la vulneración de sus derechos.

La Acción de Protección, ha sido un instrumento de protección para los servidores públicos con nombramiento provisional que fueron contratados por parte de la administración Pública, conforme la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento, los cuales, al ser removidos de sus cargos, sin que se cumplan con los requisitos que establece la propia Ley, se han visto en la necesidad de recurrir a esta garantía constitucional, para que de esta manera se proteja su derecho al trabajo.

Palabras claves: acción de protección; nombramiento provisional; derecho al trabajo; vulneración; despido; estabilidad laboral.

Abstract

The Constitution of the Republic of Ecuador protects the rights of Ecuadorians, among which we highlight in the present, the right to work, which at the beginning of the republican era, was not respected and much less protected, but that over the years this has been changing, currently having a Constitution that is very protective and guarantees this right, and it should be pointed out that among these protection measures are jurisdictional guarantees, which have been a great advance in avoiding violation of the rights of Ecuadorians. Of these guarantees, the action of protection has been the most relevant, since it allows the person who feels affected to resort to constitutional means, so that the existence of the violation of her rights is determined.

The Action of Protection has been an instrument of protection for public servants with a provisional appointment who were hired by the Public Administration, in accordance with the Organic Law of Public Service and its Regulations, who, upon being removed from their

positions, without that the requirements established by the Law itself are met, they have seen the need to resort to this constitutional guarantee, so that in this way their right to work is protected.

Keywords: protective action; provisional appointment; right to work; infringement; dismissal; employment stability.

Resumo

A Constituição da República do Equador protege os direitos dos equatorianos, dentre os quais destacamos na atualidade, o direito ao trabalho, que no início da era republicana, não era respeitado e muito menos protegido, mas que ao longo dos anos vem mudando, atualmente contando com uma Constituição que é muito protetora e garante esse direito, e cabe destacar que entre essas medidas de proteção estão as garantias jurisdicionais, que têm sido um grande avanço para evitar a violação dos direitos dos equatorianos. Dessas garantias, a ação de proteção tem sido a mais relevante, pois permite que a pessoa que se sinta afetada recorra aos meios constitucionais, para que se determine a existência da violação de seus direitos.

A Acção de Protecção tem sido um instrumento de protecção dos funcionários com nomeação provisória contratados pela Administração Pública, nos termos da Lei Orgânica da Função Pública e seu Regulamento, que, ao serem destituídos dos seus cargos, sem que o cumpridos os requisitos estabelecidos pela própria Lei, viram a necessidade de recorrer a esta garantia constitucional, para que assim se resguarde o seu direito ao trabalho.

Palavras-chave: ação protetora; nomeação provisória; Direito ao trabalho; violação; demissão; estabilidade laboral.

Introducción

Los servidores públicos con nombramiento provisional, se han visto la necesidad de recurrir a la vía constitucional para que se proteja sus derechos, esto es que han activado la garantía constitucional de acción de protección, por cuanto de manera abrupta se les ha dado por terminada relación laboral de forma unilateral, sin que se haya iniciado una proceso administrativo, ni se haya llamado la atención por alguna falta y lo que es más grave sin ni siquiera haberse convocado a un concurso de méritos y oposición en el que se haya declarado un ganador en el puesto que ocupan.

En este caso, se investiga si se ha violentado el derecho que tienen los servidores públicos al trabajo, mismo que se encuentra garantizado en la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 88; en nuestro país, se presenta este tipo de irregularidades por cuanto el Estado o la administración pública, realizar contrataciones de personal bajo el nombre de nombramiento provisional, el cual se encuentra en la normativa vigente como es el Reglamento de la Ley Orgánica Servicio Público, que indica que 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; y, por otra parte tenemos que la LOSEP en su Art. 85, indica “remover libremente a las y los servidores que ocupen los puestos señalados en el literal a) y el literal h) del Art. 83 de la misma Ley”, como vemos esto se convierte en un problema jurídico, con alta relevancia constitucional, porque si bien la ley permite este tipo de contrato, es probable que estos se extiendan, no se cumpla la condición para la cual fue otorgado el nombramiento provisional; o, que la autoridad nominadora incumpla con la normativa, lo cual lo llevará a luego a toparse con la activación de la garantía constitucional de acción de protección por parte del servidor público, que se afectado al ser removido de sus funciones.

Al activarse una acción constitucional; y, han existido diferentes criterios por parte de los administradores de justicia, debido a que en unos casos se aceptan la acción de protección por encontrar vulneración a un derecho constitucional que sería el trabajo y la seguridad jurídica, al no respetar que se cumpla la condición para la cual se otorgó el nombramiento provisional; y, otros, rechazan la acción de protección al no encontrar un derecho constitucional vulnerado, ya que la ley le permite a la administración pública dar por terminado de forma libre el nombramiento provisional y, además por considerar que la acción de protección no es la vía adecuada, por lo que al presentarse estos criterios disímiles, la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto a través de sus sentencias, la cuales deben ser consideradas como precedentes constitucionales en futuras resoluciones por parte de los administradores de justicia.

En este trabajo de investigación tenemos como principales objetivos el de identificar las normas de protección del derecho al trabajo en la Constitución de la República y en los tratados internacionales; evidenciar el grado de vulnerabilidad del derecho al trabajo en esta modalidad de los servidores públicos con nombramientos provisional; analizar la normativa la jurisprudencia obtenido de la sentencia emitida por la Corte Constitucional, en la que se refiere a los nombramientos provisionales. En este sentido, se realizó una investigación en la que utilizo el

metido descriptivo, histórico, analítico y sintético, en el cual se consultó en varios artículos científicos de revistas digitales de las cuales se tomó varias referencias, la norma constitucional vigente, así como sentencias de la Corte Constitucional.

Esta investigación, se ha desglosado en diferentes puntos, siendo que en el primero tenemos la evolución de normativa constitucional, desde el amparo constitucional hasta la Acción de Protección que es la actual garantía jurisdiccional de protección de derechos, contenida en nuestra carta magna, así como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En el segundo punto vamos a hablar sobre el derecho al trabajo, su definición y como ha ido mejorando la protección de este derecho a través de los años. Veremos, además como se categorizan lo servidores públicos, las clases de nombramientos establecidos en la LOSEP. Como último punto, analizaremos a la acción de protección como garantía de protección de los servidores públicos, como ha afectado la estabilidad laboral de los mismos. De igual forma, se analizará una sentencia de Corte Constitucional referente a nombramientos provisionales.

Luego del desarrollo del presente trabajo, se ha considerado realizar la recomendaciones que deberían ser consideradas por parte de la administración Pública o del Estado, que es el llamado a garantizar que los derechos de las y los ecuatorianos se respeten, por lo tanto, se cree conveniente que instituciones realicen una planificación, en la cual se solicitará presupuestos al Estado, para poder realizar los concursos de mérito y oposición para que los servidores públicos que se encuentran con nombramientos provisionales puedan tener acceso al mismo y con ello tener un nombramiento definitivo lo cual les daría una estabilidad laboral. Además, solicitar a la administración pública y a sus diferentes instituciones gubernamentales, tener una mejor asesoría en ámbito constitucional para que no se atropelle los derechos de sus funcionarios, para lo cual deberán tener en cuenta las normas previas, claras y públicas de aplicación obligatoria vigentes en nuestra legislación. Y por último, requerir que no se vuelvan a realizar estos actos de terminación de la relación laboral de manera unilateral, ya que se está violentando un derecho constitucional, lo cual no puede permitirse dentro de una institución del Estado, cuando este es el llamado a su protección y garantía.

Antecedente Constitucional

Garantías de los derechos

La actual constitución, vigente desde el año 2008, es totalmente protectora y garantista de los derechos de las y los ciudadanos ecuatorianos, no es menos cierto, que la anterior constitución (1998), era una norma fundamental para la protección de derechos y libertades de sus ciudadanos, es así que, dentro de sus capítulos, ya se contaba “las garantías de los derechos”, entre las cuales teníamos el habeas corpus, el habeas data, el amparo.

Estas garantías, eran las que daban la protección ante la vulneración de los derechos que establecía la constitución, es así, que, ante la vulneración de derecho al trabajo, la persona que se sentía perjudicada, podría presentar un recurso amparo de protección ante la autoridad competente.

La Constitución de 1998, referente al AMPARO, establecía:

“Artículo 95.- Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública”
(Constitución del Ecuador, 1998)

De lo indicado, podemos advertir que esta Constitución de 1998, ya protegía los derechos de las personas, es decir, que con esta garantía ya se adoptaba una protección, incluso ante la amenaza de la violación de derechos que causaban perjuicios y daños a los ciudadanos, pero esta herramienta jurídica que era muy valiosa se volvía un poco ineficaz al momento de que los administradores de justicia se mantenía con el criterio de que si los aspectos no eran graves o imperiosos, se debían tramitar por la vía ordinaria, por lo tanto teníamos una ley que si bien protege el derecho, no es debidamente aplicada.

La reforma constitucional, aparecida en agosto de 2008, manifiesta que nuestro país, es un Estado constitucional de derechos y justicia, existiendo la incorporación de nuevas formas de control

sobre las funciones de los servidores públicos, las reformas en mención, no solo ha modificado el sistema de derecho, sino que ha incluido un nuevo sistema de garantías y defensas de los derechos constitucionales y de los reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos a través de la figura jurídica constitucional de la Acción de Protección. (José Pazmiño-Castillo, 2022)

La nueva Constitución, en su artículo 88 atribuyó a la nueva Acción de Protección un carácter de garantía jurisdiccional mucho más amplia y completa que la acción de amparo constitucional prevista en el artículo 95 de la Constitución de 1998, como lo sostiene López-Zambrano en su artículo científico “La Acción de Protección su eficacia y aplicación en el Ecuador, en el que indica:

“La acción de amparo constitucional tenía una naturaleza meramente cautelar. La Acción de Protección, en cambio, aparece como un proceso de conocimiento, declarativo y no residual, siendo un salto cualitativo en la protección del individuo. El juez constitucional debe ahora declarar la violación del derecho fundamental y reparar las consecuencias; reparación que abarca medidas positivas y negativas, materiales e inmateriales. Esta construcción jurídica consolida esta acción como útil mecanismo constitucional para la protección de derechos fundamentales. (López-Zambrano, 2018).

Al respecto, la autora Claudia Storini, publicación de Derecho Procesal-FORO, indica:

“Por lo que respecta a Ecuador, en general puede afirmarse que, en comparación con la Constitución de 1998, el nuevo texto constitucional amplía y fortalece el complejo entramado de garantías de los derechos; incrementando, por una parte, los instrumentos de defensa de los mismos.” (Storini Claudia, 2017)

Como podemos notar, con la nueva constitución, se emplea una completa protección al derecho de cada persona, en el que el juez constitucional debe de verificar si el derecho ha sido violentado o no, inclusive se obtiene la figura de la reparación, la cual no existía con el amparo de protección, es decir que el derecho se ve mucho más protegido por parte del Estado, a través de la Constitución actual.

A decir de los autores Lariza Astudillo y Marcelo Guerra, en su artículo de investigación, nos hacen referencia que el Derecho Procesal Constitucional es una de las ramas más modernas del Derecho; pero, que ha ganado importancia y notoriedad; hoy muchos países lo han adoptado,

pues, se ha convertido, *inter alia*, en un medio idóneo de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas. (Astudillo-Lariza & Guerra-Marcelo, 2022).

La Acción de Protección

La acción de protección es una garantía jurisdiccional, la cual fue incorporada en el texto constitucional vigente desde el año 2008, y tiene como finalidad garantizar el respeto a los derechos constitucionales y humanos de forma directa y eficaz. Podemos decir entonces que, la Acción de Protección Constitucional se considera una garantía del derecho interno, reconocida en nuestra legislación; así como por el Derecho Internacional, definido en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En nuestra Constitución, se encuentra establecido el objeto de la acción de protección, específicamente en su Art.88¹; pero es indispensable señalar lo que establece también la Ley Orgánica y Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su art. 39, sobre la acción de protección:

“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena (Ley Organica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. , 2009)”

El Art. 40 señala cuales son los requisitos que debe cumplir la acción constitucional de protección.²

Por su parte el art. 44, dota el camino y establece la competencia que se ha de seguir y en la que se ha de tramitar acción de protección.³

¹ La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

² Requisitos. - La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado

³ 1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio. 2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías. 3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos

Entre sus principales requisitos se encuentra que se indique cual es el derecho vulnerado, es decir que al momento de accionar la acción de protección debemos justificar la vulneración de un derecho consagrado en la Constitución, tomando en cuenta además que la pretensión debe estar direccionada a tutelar la acción y omisión de autoridad pública o de un particular que tenga relación directa con la vulneración del derecho establecido en la constitución.

En el Ecuador, en gran medida, las garantías constitucionales y el proceso que se ha de seguir para conseguir la reparación integral de los derechos se encuentra en el Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (Astudillo-Lariza & Guerra-Marcelo, 2022).

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Esta ley tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional, conforme lo señalado en su artículo.

Por su parte el Art. 3, indica que las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Estas garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

Lo autores Jonathan Fernández y José Correa, en su artículo de investigación La norma constitucional de protección de los derechos de la naturaleza y sus incidencias jurídicas, referente a las garantías jurisdiccionales nos indican que:

Las acciones jurisdiccionales conforme lo establece la constitución en su Art. 86 de la constitución del Ecuador con el fin de brindar mayor facilidad al acceso de la protección de sus derechos se podrán presentar sin la necesidad de citar base legal y prescindiendo del patrocinio de

y garantías. 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias: a) Presten servicios públicos impropios o de interés público; b) Presten servicios públicos por delegación o concesión; c) Provoque daño grave; d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo. 5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

un abogado, además del texto constitucional en cuanto a garantías jurisdiccionales tenemos a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (Fernandez Carbay & Correa Calderón, 2022)

Por su parte el autor Girard David Vernaza-Arroyo, al referirse a las garantías jurisdiccionales, en su trabajo de investigación denominado Análisis de las Medidas Cautelares Frente a la Jurisdicción Constitucional en el Ecuador, indica:

Al referirnos a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece un procedentito para pedir las, analizarlas, resolverlas, debe ser la base para la actuación de los jueces o juezas de garantías constitucionales, los jueces tienen la obligación de centrarse en salvaguardar, se encuentren amenazados disponiendo las medidas necesarias para evitar así que se produzca violaciones que están produciendo, pues antes, durante una violación, es urgente la actuación pronta y oportuna justicia constitucional. (Vernaza-Arroyo, 2020)

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, dice:

Protección judicial. - 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. (Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1978).

Derecho al trabajo

Definición

El Derecho al Trabajo, es un derecho fundamental, por cuanto es la base para la realización de otros derechos humanos y para una vida en dignidad, el cual incluye la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. Toda persona tiene de derecho al trabajo digno y remunerado.

En Ecuador conforme han pasado los años se han ido desarrollando varias codificaciones respecto al derecho al trabajo, el mismo que con base en las diferentes luchas sociales se han alcanzado importantes conquistas en favor de la clase obrera. Sin olvidar y dejar de lado los derechos fundamentales que se establecen en nuestra Carta Magna, como lo es la Constitución,

que es quien nos permite desarrollar nuestros derechos de manera progresiva, aunque no dejamos de estar condicionados por la época histórica y política. Si bien es cierto, el derecho es cambiante y no deja de evolucionar o podríamos decir, no deja de adaptarse a los cambios evidentes de la sociedad, como ya nos está sucediendo. (Peña Walter, Chiriboga Luis, & Correa José, 2022)

En la actualidad, el estado está obligado a tomar las medidas apropiadas para crear oportunidades de empleo productivo, y de esta manera garantizar la disponibilidad de plazas de trabajo a los ciudadanos, asimismo el Estado está obligado a garantizar salarios justos, igual salario por igual trabajo e igualdad de remuneración por trabajo de igual valor, un salario mínimo que permita una vida digna para el trabajador y sus familias. Además, se tiene que garantizar no discriminación en relación con todos los aspectos del trabajo. Las condiciones de trabajo deben ser seguras, saludables y no degradantes para la dignidad humana. Se debe ofrecer a los empleados horas de trabajo razonable, un descanso adecuado y tiempo de ocio, así como vacaciones periódicas pagadas. El trabajo forzoso está prohibido por el derecho internacional.

En Ecuador conforme han pasado los años se han ido desarrollando varias codificaciones respecto al derecho al trabajo, el mismo que con base en las diferentes luchas sociales se han alcanzado importantes conquistas en favor de la clase obrera. Sin olvidar y dejar de lado los derechos fundamentales que se establecen en nuestra Carta Magna, como lo es la Constitución, que es quien nos permite desarrollar nuestros derechos de manera progresiva, aunque no dejamos de estar condicionados por la época histórica y política. Si bien es cierto, el derecho es cambiante y no deja de evolucionar o podríamos decir, no deja de adaptarse a los cambios evidentes de la sociedad, como ya nos está sucediendo

En nuestro país, a través de los años, se ha ido mejorando la protección de los derechos de los ciudadanos ecuatorianos, es así que la Constitución de 1998, ya reconocía el derecho al Trabajo, entre sus principales derechos civiles. Otro elemento importante es que, ya se establecía normas que regulaban la protección de este derecho, a través del Código de Trabajo y la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (actualmente Ley Orgánica de Servicio Público)

Al respecto, los autores Piñas, Viteri y Álvarez, en su artículo científico, denominado el Despido Intempestivo y el Derecho al Trabajo en Ecuador en Tiempo de Covid 19, indican que:

“El Código de Trabajo (Congreso Nacional del Ecuador. 2005) Y en la Ley Orgánica de Servicio Público LOSEP (Presidencia de la República del Ecuador, 2010) existen varios artículos tendientes a una protección y otorgar garantías para que exista la estabilidad laboral,

dando su calidad que garantice a la vida humana, estableciendo una garantía para el desarrollo que se le pueda brindar al núcleo familiar.” (Piñas, Viteri, & Alvarez, 2021)

Es decir, que por parte del estado se está garantizando la protección al Derecho Fundamental del Trabajo, a través de las leyes creadas para regular la estabilidad laboral de las y los ciudadanos.

La Constitución vigente desde 2008, reconoce al Ecuador, como un estado constitucional de derechos y justicia; y, que, dentro de los derechos del buen vivir, reconoce el derecho al Trabajo, en su Art. 33, definiéndolo así:

“El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.”

Como garantista de derechos, la Constitución, ha establecido como precedente muy importante, reconocer y garantizar este derecho, que permitirá que las personas tengan un mejor modo de vida.

De igual forma, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, reconoce a todas las personas tienen la obligación y el derecho al trabajo, literal y conceptualmente es el acceso al medio de trabajo y la permanencia en el mismo, esto para que el trabajador se desenvuelva y tenga el goce de los beneficios que facilita el medio laboral, puesto que al gozar del derecho al trabajo gozamos consigo de otros derechos como lo son el derecho a la salud y a una vida digna. (Comisión Nacional Derechos Humanos, 2016)

Además, así lo establece la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 23 numeral 1, en el cual textualmente indica que: “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.” (La Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

Categorización de Servidores Públicos

Clases de Nombramientos:

Es evidente que, al estar analizando un tema relacionado a los servidores públicos, vamos a encontrar en la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), la clase de nombramientos en lo que se incluye el nombramiento provisional, así entonces:

Art. 17. “Clases de Nombramiento. - Para el ejercicio de la función pública los nombramientos podrán ser: Permanentes: Aquellos que se expiden para llenar vacantes mediante el sistema de selección previsto en esta Ley; Provisionales, aquellos que se expiden para ocupar: b.1) El puesto de un servidor que ha sido suspendido en sus funciones o destituidos, hasta que se produzca el fallo de la Sala de lo contencioso Administrativo u otra instancia competente para este efecto; b.2) El puesto de una servidora o servidor que se hallare en goce de licencia sin remuneración. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalad licencia; b.3) Para ocupar el puesto de la servidora o servidores que se encuentre en comisión de servicios sin remuneración o vacante. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada comisión; b.4) Quienes ocupen puestos comprendido dentro de la escala de nivel jerárquico superior; y, b.5) De prueba, otorgado a la servidora o servidor que ingresa a la administración pública o a quien fuere ascendido durante el periodo de prueba. El servidor o servidora pública o a quien se encuentra sujeto a evaluación durante un periodo de tres meses, superado el cual, o, en caso de no haberse practicado, se otorgará el nombramiento definitivo; si no superare la prueba respectiva, cesará en el puesto. De igual manera se otorgará nombramiento provisional a quienes fueron ascendidos, los mismo que serán evaluados dentro de un periodo máximo de seis meses, mediante una evaluación técnica y objetiva de sus servicios y si se determinare luego de esta que no califica para el desempeño del puesto se procederá al reintegro al puesto anterior con su remuneración anterior; De libre nombramiento y remoción; y, De periodo fijo. (Ley Orgánica de Servicio Público, 2010)

Los nombramientos provisionales señalados en los literales b.1) y b.2) podrán ser otorgados a favor de servidoras y servidores públicos de carrera que prestan servicios en la misma institución; o a favor de personas que no tengan la calidad de servidores públicos.

Como se puede observar existe una variedad de posibilidades en que un servidor público puede terne u nombramiento provisional, no en todos los casos se puede plantear la posibilidad de un estabilidad, por ejemplo cuando un funcionario es suspendido, el nombramiento provisional dura hasta que concluya la suspensión, como sanción disciplinaria que según el Art. 87 del reglamento a la LOSEP, puede ser hasta treinta días, esto con relación con el Art. 47 de la Ley, que si bien señala suspensión temporal como sanción administrativa, no establece el tiempo, entonces nos auxiliamos del reglamento; no debemos olvidar que en otras instituciones la suspensión temporal como consecuencia de un sumario administrativo puede ser superior. Así por ejemplo, en el

Código Orgánico de la Función Judicial, se suspende la jurisdicción cuando se dicta auto de llamamiento a juicio, hasta cuando tenga sentencia que se ratifica estado de inocencia, y esto puede durar varios meses, no olvidemos que luego de la sentencia de primer nivel, se puede activar el recurso de apelación, luego el de casación, sin olvidar el de revisión y acción extraordinaria de protección; en este mismo COFJ en su Art. 269 señala como una de las facultades del Presidente del Consejo de la Judicatura ante una posible falta grave o gravísima, suspender al servidor hasta por tres meses, ahí surge un nombramiento provisional; otro ejemplo el servidor que ocupa el puesto del funcionario con licencia o comisión de servicios, indiscutiblemente, todos estos casos son nombramientos provisionales temporales.

Pero adquiere relevancia el derecho del servidor público que tiene nombramiento provisional, por circunstancias que llamaremos especiales. La misma LOSEP, en su Art. 17 literal b.1) indica:

“...El puesto de un servidor que ha sido suspendido en sus funciones o destituido, hasta que se produzca el fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo u otra instancia competente para este efecto...”, como sabemos el proceso contencioso administrativo igualmente tiene un proceso largo y prolongado en el tiempo, con los recursos de casación y acción extraordinario de protección, pero finalmente concluye ratificándose la destitución, entonces para el servidor con nombramiento provisional, se vuelve indiscutible una oportunidad laboral cierta. (Ley Orgánica de Servicio Público, 2010)

Luego en la misma Ley Orgánica del Servicio Publico en su Art. 47, señala los casos de cesación definitiva de un empleado entre ellos se anota: a) Por renuncia voluntaria formalmente presentada; b) Por incapacidad absoluta o permanente declarada judicialmente; d) Por pérdida de los derechos de ciudadanía declarada mediante sentencia; j) Por acogerse al retiro por jubilación; l) Por muerte...” (Ley Orgánica de Servicio Público, 2010)

También en esta Ley, señala casos de inhabilidad por mora; es decir, ser deudor de instituciones del sector públicos, y por ellos no se puede posesionar, o se lo desvincula, en esta circunstancia de mora no se debe considerar como falta disciplinaria o causal de remoción; es autónoma; entonces en todos estos supuestos casos se otorga un nombramiento provisional para que se cumplan las funciones de estos servidores que cumplen labores permanente normales en las actividades de la institución, no pudiendo ser ocasional por la naturaleza del cargo; por los cambios de autoridades superiores, incumpliendo sus deberes no se convocan a concursos, transcurren varios años, no debemos olvidar los derechos adquiridos de estos servidores públicos.

Es verdad que también se pueden otorgar nombramientos provisionales a personal permanente cuando se trate un ascenso, así lo determina el Art. 18 del RLOSEP, que será objeto del siguiente análisis.

Nombramientos provisionales que se derivan de los contratos ocasionales

Como sabemos en la Ley Orgánica de Servicio Público, permite la posibilidad de la existencia de los llamados contratos ocasiones, en su Art, 58, se establece:

“La suscripción de contratos de servicios ocasionales será autorizada de forma excepcional por la autoridad nominadora, para satisfacer necesidades institucionales no permanente, previo el informe motivado de la Unidad de Administración de Talento Humano, siempre que exista la partida presupuestaria y disponibilidad de los recursos económicos para este fin.” (Ley Orgánica de Servicio Público, 2010)

La contratación de personal ocasional para la ejecución de actividades no permanentes, no podrá sobrepasar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad contratante; en caso de que se superare dicho porcentaje, deberá contarse con la autorización previa del Ministerio de Trabajo.”; como se puede observar en las instituciones públicas se puede contratar personal en forma ocasional, es para actividades no permanentes, con un tope máximo del veinte por ciento del total de sus servidores.

¿Será posible sobrepasar este máximo del veinte por ciento de personal con contrato ocasional?

Si es posible superar este monto, para ello se debe obtener autorización del Ministerio del Trabajo y la certificación presupuestaria conferida por el Ministerio de Finanzas, así lo determina tanto el mismo Art 58 de la LOSEP; es también importante anotar, que este límite máximo, se excluye a las personas con discapacidad, también a las mujeres embarazadas, hasta que concluya el periodo de lactancia y a quienes laboren en proyectos de inversión, hasta que concluya el periodo fiscal; asimismo se excluye a quienes se contrate en un periodo declarado de emergencia, que será controlado por el Ministerio de Trabajo.-

¿Qué tiempo debe durar un contrato con servicio ocasional?

El mismo Art. 58 de la LOSEP, indica: en el inciso 12: “..Se considerará que las necesidades institucionales pasan a ser permanentes cuando luego de un año de contratación ocasional se mantenga a la misma persona o se contrate a otra, bajo esta modalidad, para suplir la misma necesidad, en la respectiva institución pública.” (Ley Orgánica de Servicio Público, 2010)

Entonces se concluye que en la actualidad estos contratos tienen un tiempo de duración de un año, si continúa el servidor en labores se convierte en una labor permanente, es decir que convierte en un contrato de trabajo con nombramiento provisional, se debe organizar el procedimiento de generar partida, solicitar autorizaciones, y luego activar el concurso, en caso de no hacerlo el responsable de la Unidad de Talento Humano, tendrá sanción de suspensión o destitución en su puesto de trabajo, situación que no acontece a pesar de estar completamente regulado.

La LOSEP.- DISPOSICION TRANSITORIA Décima Primera.- (Agregada por el Art. 12 de la Ley s/n, R.O. 1008-S, 19-V-2017), establece: "...Las personas que a la presente fecha hayan prestado ininterrumpidamente por cuatro años o más, sus servicios lícitos y personales en la misma institución, ya sea con contrato ocasional o nombramiento provisional, o bajo cualquier otra forma permitida por esta Ley, y que en la actualidad continúen prestando sus servicios endicha institución, serán declaradas ganadoras del respectivo concurso público de méritos y oposición si obtuvieren al menos el puntaje requerido para aprobar las pruebas establecidas por el Ministerio del Trabajo...". (Ley Orgánica de Servicio Público, 2010)

Como se observa esta disposición, guarda absoluta relación con el Art. 58 de esta Ley, que señala suspensión y destitución para los funcionarios que cumplan, con la reforma del presupuesto, autorización económicas, e inicio de los respectivos concurso, entonces decimos que se hace justicia para aquellos servidores que laborando más de cuatro años, la autoridad responsable no cumple con el proceso de los concursos ordenados, no debemos descuidar que existen en algunas instituciones públicas personas con esta modalidad de trabajo mucho más de cuatro años, entonces haciéndose justicia garantizando la estabilidad laboral; queda claro que no se elimina el concurso de méritos y oposición que señala la Constitución de la República en su Art. 228, para el ingreso al servicio público, se necesita obtener el puntaje requerido para aprobar las pruebas, lo que si consideramos como aporte, de este artículo científico, que no debe ser únicamente para aquellos servidores que tenían cuatro años al 19 de mayo del 2017, en que se aprobó esta norma, a través de la denominada (Ley Orgánica Reformatoria a las Leyes que Rigen El Sector Público), que introdujo esta reforma a la LOSEP; considerando que la Constitución de la República en el Art 11, desarrolla los principios que deben regir el ejercicio de los derechos, en el numeral 8 se indica que los derechos se deben desarrollar en forma progresiva, que será inconstitucional alguna acción que pretende disminuir los derechos, sin olvidar que el trabajo indiscutiblemente es

un derecho de protección Constitucional y además amparado en los tratados internacionales, por ello estimamos que este derecho de garantía laboral para los servidores con cuatro años o más de servicios se debe seguir manteniendo, teniendo además en consideración que a pesar que en la disposición transitoria Décima Cuarta concede un plazo de ciento ochenta días para cumplir, con este proceso son pocas las instituciones públicas que han cumplido con este proceso.

Que acontece con el personal ocasional.- La Disposición Transitoria Undécima del artículo 12 de la Ley Orgánica Reformatoria a las Leyes que rigen el Sector Público, y la Décima Cuarta Disposición Transitoria de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público, disponen que la institución debe solicitar al Ministerio del Trabajo la autorización para la creación de los puestos que se encuentren ocupados con esta modalidad contractual de servicios ocasionales, hasta que ello ocurra la o el servidor contratado deberá ser nombrado provisionalmente o prorrogado el contrato de servicio ocasional, hasta que se declare a la o el ganador del concurso de méritos y oposición.- Que correspondía al empleador?.- lo hemos dicho a través de la Unidad de Talento Humano, Solicitar al Ministerio del Trabajo, se autorice la creaciones de puestos, previo informe de presupuesto del Ministerio de Finanzas; el empleador debe realizar la reforma al presupuesto; y, luego convocar a los concursos de méritos y oposición, esto no se cumple, en unos casos siguen celebrando contratos ocasionales, en el mejor de los casos se otorgan nombramientos provisionales, como se observa se violenta el procedimiento señalado por el legislador, y finalmente en el cambio de autoridad, en clara violación a los derechos de los trabajadores, al personal lo cambian de ocupación se los presiona bajo amenaza de desvinculación que firmen nuevo contrato ocasional, sin que exista protección a este servidor ya con nombramiento provisional. Pero, ¿Quiénes son aquellos que tiene el deber de hacerlo y quiénes son?, en primer lugar, el Ministerio del Trabajo, e incluso la Contraloría General del Estado, cuando realizan los procesos de auditoria administrativa en las instituciones públicas.

La acción de protección como garantía de protección de los servidores públicos con nombramiento provisional

Como lo hemos venido indicando, en el sector público existen varios tipos de servidores; primero los que ingresan ganando un concurso de méritos y oposición, estos tienen estabilidad, luego de pasar el periodo de prueba; en segundo lugar tenemos aquellos servidores que ingresan por contrato de servicios ocasionales, que tienen una duración de un año, o hasta que termina el ejercicio económico, que por su naturaleza no tienen estabilidad; en un tercer grupo se encuentra

los servidores con nombramiento provisional, que son aquellos que pasan el periodo de contrato ocasional, que siguen laborando en la institución pública, entonces su trabajo se vuelve en una necesidad para la institución; también pueden encontrarse aquellos servidores que ocupan el puesto de otro que se jubiló, que falleció, y pasan varios años con esta modalidad de contratación, es indiscutible que se les está generando una expectativa de vida, personal, familiar, y por ello el mismo legislador en la Ley Orgánica del Servicio Público, ha establecido un nivel de protección, cuando dispone que si han cumplido cuatro años de servicio, deben continuar hasta que se llame al respectivo concurso de méritos y oposición, pero algunos empleadores irrespetando esta protección laboral, sin activar ninguna procedimiento legal, como lo puede ser un sumario administrativo en caso de incumpliendo de sus obligaciones por parte del empleado, en forma unilateral o directa los desvinculan o despiden, esto indudablemente afecta a este derecho al trabajo, garantizado tanto en la Constitución de la República, como en Tratados Internacionales, como Declaración Universal de Derechos Humanos.

Entonces frente a estas desvinculaciones arbitrarias, los servidores públicos, se han visto en la necesidad de accionar la garantía constitucional de Acción de Protección, como se ha dicho por haber sido removidos de su cargo sin tener explicación alguna, simplemente con una notificación a su correo institucional, en el que se le agradece de sus servicios, sin que en este se indique sus razones, o conste un informe de respaldo, con una notificación de que ha cometido una falta o lo que es más grave, sin que se haya declarado un ganador de concurso para el cargo que este ocupaba. Es decir, que por el hecho de que ya no se necesita de este servidor, se le atropellan de forma abrupta sus derechos.

Al respecto, el autor Miguel Andrés Vaca, en su trabajo de tesis para la obtención de título de Magister, indica:

“El cese de funciones a funcionarios públicos con nombramientos provisionales, sin que previamente exista un concurso de méritos y oposición que declare un ganador que ocupe su partida, es decir, sin que se cumpla la temporalidad o condición para la que fueron otorgados los nombramientos provisionales, vulnera los derechos a la seguridad jurídica y al trabajo.” (Vaca Valdiviezo, 2021)

Como podemos notar, esto resulta ser un acto arbitrario por parte de la autoridad administrativa que vulnera la seguridad jurídica, y por el irrespeto a este derecho, se atenta contra el derecho al trabajo, sin que se cumplan las condiciones que señala el Reglamento a la LOSEP; además que

debemos de tener en cuenta que es inconstitucional e ilegal la terminación del nombramiento provisional, sin que se haya convocado a concurso y exista un nuevo ganador, conforme a la normativa previa, clara, pública y de aplicación obligatoria por parte de la autoridad nominadora. Por su parte el Art. 82 de la Constitución de la República, establece 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” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En tanto que la Corte Constitucional⁴ se ha pronunciado, referente a este derecho indicando que “En lo que se refiere al derecho a la seguridad jurídica, la Corte Constitucional ha señalado que consiste en la expectativa razonable de las personas respecto a las consecuencias de los actos propios y de ajenos en relación a la aplicación del Derecho. Para tener certeza respecto a una aplicación de la normativa acorde a la Constitución, las normas que formen parte del ordenamiento jurídico deben estar determinadas previamente, teniendo que ser claras y públicas, solo de esta manera se logra crear certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos para el respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional” (Sentencia N. 045-15-SEP-CC, 2015)

Es por esta razón, que cuando se cesa de funciones a un servidor público con nombramiento provisional que fue vinculado a una institución pública bajo una de las condicionantes del Art. 17 literal b) de la Ley Orgánica de Servicio Público, se debe cumplir estas causales, caso contrario, sino se cumplen, se produce la vulneración de derechos constitucionales porque no se cumple la temporalidad que dispone el Art. 105 del Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público, aspecto que se verifica en diversos fallos de acciones de protección en donde se ha demostrado la vulneración al derecho a la seguridad jurídica.

El derecho a la estabilidad laboral está ligado al derecho al trabajo mismo que ha ido evolucionando, por ejemplo, en el ámbito internacional tuvo su origen en diversos instrumentos y tratados internacionales como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 6)⁵, Declaración Universal de Derechos Humanos (Art.

⁴ Corte Constitucional del Ecuador (25 de febrero del 2015). Sentencia N. 045-15-SEP-CC CASO N.0 1055-11-EP.

⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 6.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

23)⁶, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 8)⁷, entre otros. En el continente americano, uno de los avances trascendentales se los plasmó en la Constitución de Querétaro de 1917, normativa en la que se promulgó un constitucionalismo social pues permitió una serie de avances en los derechos laborales, así de logró la libertad para elegir un trabajo, se limitó la jornada laboral a 8 horas, se condicionó a que las actividades laborales deben ser cumplidas en un ambiente salubre, permitió que se reconozca el horario para la maternidad y período de lactancia, la prohibición de no discriminación por cuestiones de sexo, se permitió la apertura a derecho sindicales y asociaciones así como sistemas para resolver conflictos laborales, desde esta óptica se evidencia la protección que se realiza al derecho al trabajo. En el ámbito nacional, el derecho al trabajo ha evolucionado según los reclamos ciudadanos, es así que, en la primera Constitución del Ecuador de 1830, el derecho al trabajo se lo describía en el Art. 62 que indicaba: “...Nadie está obligado a prestar servicios personales que no estén prescritos por ley. Todos pueden ejercer libremente cualquier comercio o industria que no se oponga a las buenas costumbres” (Constitución del Ecuador, 1830), hasta llegar a la actualidad, que se lo sitúa taxativamente en el Art. 33 de la Constitución de la República del Ecuador, que describe que “el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas (...)” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 17).

Por lo tanto, este derecho busca la protección de los trabajadores que por cualquier tipo de condición se encuentren en un estado de vulneración manifiesta, así se permite conservar su empleo, siempre que no se configure una causal objetiva para su desvinculación. Así cuando se desvincula al servidor público sin acatar las leyes correspondientes, se ocasiona que este deje su lugar de trabajo por el mal procedimiento al ser cesado de sus funciones, ocasionando que se le retiren una serie de beneficios como la remuneración, el derecho a la seguridad social, etc. En el caso en específico de la investigación, se vulnera el derecho a la igualdad formal e igualdad material, pues cuando se produce el cese de funciones de un servidor público con nombramiento provisional, antes de que se haya

⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 23.- 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo (...).

⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 8.- 1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas (...)

declarado a la persona ganadora del concurso de méritos y oposición, y posteriormente se designa a una persona para el uso de la misma partida, bajo las mismas condiciones con la que fue vinculada al servicio, aquí es donde se evidencia la vulneración de este derecho. Lo que incide, en el derecho a la dignidad humana, que se refleja de manera directa en la persona humana como la fuente de todos los principios y derechos, más aún el fundamento y la razón de ser del derecho radica en la persona cuya humanidad no deriva de ser una creación formal del hombre.

Con este antecedente, al momento de la cesación de funciones de un servidor público con nombramiento provisional, se vulnera este derecho, debido a que no se respeta los principios y derechos antes descritos, acarreado que el ordenamiento positivo niegue la condición de persona, concordantemente no se respeta el principio de buena fe en el que se fundamenta la administración pública, pues la máxima autoridad de la institución pública emite un acto administrativo violatorio de derechos constitucionales, que va en contra del debido proceso, que atenta gravemente contra los derechos del servidor público.

Análisis de caso. No. 0110-12-EP

En este caso de análisis de los derechos de los servidores que laboran por algunos años, en las Instituciones Públicas, con una serie de sucesivos contratos temporales, la Corte Constitucional, sostiene que se trata de forma precarias de contratación laboral, que por lo tanto deben de tener protección laboral, así entonces este alto tribunal en la sentencia dictada el 27 de junio del 2018 N° 226-18-SEP-CC CASO N° 0110-12-EP.- Este caso tiene como antecedente, que la Asociación de Profesores de la Universidad de Guayaquil, ante la desvinculación de una grupo de profesores, que habían laborado como contratados por varios años, activa una acción de protección, proceso Nro. 2011-464, en primera instancia la Jueza Temporal del Juzgado Segundo de la Niñez y Adolescencia que declaró con lugar la demanda en el sentido que los profesores accionantes contratados de la Universidad de Guayaquil, dispone que se le otorgue los correspondientes nombramiento de profesores auxiliares titulares por parte del Rector de la Universidad de Guayaquil.- Por apelación de los accionados, en sentencia de segundo nivel, dictada el 5 de Septiembre del 2011, la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, revoca este fallo de primer nivel sosteniendo que: “..”CUANDO EN LA DEMANDA EXCLUSIVAMENTE SE IMPUGNE LA CONSTITUCIONALIDAD O LEGALIDAD DEL ACTO U OMISIÓN, QUE NO CONLLÉVENLA VIOLACIÓN DE

DERECHOS" y "CUANDO LA PRETENSIÓN DEL ACCIONANTE SEA LA DECLARACIÓN DE UN DERECHO" en el caso que nos ocupa los accionantes solicitan el respectivo nombramiento o acción de personal, pretensión que las leyes ordinarias regulan y establecen los procedimientos aplicados para este caso..”, por ello como se tiene indicado revoca el fallo, y en su lugar declara sin lugar la acción, tómesese en cuenta que de conformidad a lo que señala, el artículo 228 de la Constitución de la República, se necesita ganar el respectivo concurso de méritos y oposición, este es el mecanismo idóneo para alcanzar un nombramiento definitivo, y obtener la garantía del derecho al trabajo.

Frente a esta disyuntiva los accionantes activan una acción extraordinaria de protección. Ahora la Corte Constitucional, señala que el Juez de Primer Nivel al disponer se otorgue nombramiento a inobservado el contenido del Art. 228 que es el concurso, que esto vulnera al principio de seguridad jurídica. La Corte también señala: “... En efecto, el trabajo constituye un derecho importante en nuestro ordenamiento jurídico, dado que implica el que todas las personas accedan a un trabajo digno, acorde a las necesidades del ser humano, y a través del cual se les permita desempeñarse en un ambiente óptimo y con una remuneración justa..”⁸, pues al mantener a los docentes con contratos temporales por varios años, era su deber establecer los mecanismos idóneos y activar los respectivos concursos de méritos y oposición, al no hacerlo ha significado que mantenía una relación laboral precaria, y al desvincularlo incumplió con el derecho al trabajo, protegido en la Constitución de la República, como en los tratados internacionales de derechos humanos.

También se debe anotar que ya existe la sentencia N.º 014-17-SIS-CC, dictada en el caso N.º 0047-14-IS, en donde se indicó que "... no es posible otorgar nombramientos definitivos; sin embargo, corresponde el reintegro al cargo de quien hubiere sido destituido hasta que se realice el correspondiente concurso de méritos y oposición, lo cual permite conceder posibilidades reales para el acceso al servicio público..."⁹, en el análisis de este caso de profesores universitarios con contratos temporales por varios años, la Corte en esta sentencia señala: “..Que la Universidad de Guayaquil, a través de su representante legal, otorgue a cada uno de los accionantes un "nombramiento provisional" como profesores auxiliares, con los mismos derechos políticos y económicos concedidos a los profesores principales, hasta que la Universidad de Guayaquil

⁸ Sentencia No. 226-18-SEP-CC, Caso No. 0110-12-EP, Corte Constitucional (2018)

⁹ Sentencia N.º 014-17-SIS-CC, dictada en el caso N.º 0047-14-IS (2017)

convoque al respectivo concurso de méritos y oposición, a través del cual, los accionantes tendrán la oportunidad de participar para acceder a los "nombramientos definitivos", de profesores."¹⁰.

Del análisis realizado, podemos notar que la Corte Constitucional como máximo organismo de control constitucional, en diversas sentencias ha indicado que los nombramientos provisionales deberán mantenerse hasta que se realicen los respectivos concursos de mérito y oposición, para de esta manera mantener la protección del derecho al trabajo garantizado en la Constitución de la Republica y Tratados Internacionales.

Metodología

Se ha desarrollado diferentes procesos metodológicos significativos dentro del presente artículo, para lo cual hemos utilizado el método exegético, el mismo que nos permite estudiar las normas jurídicas como en nuestro caso lo son la Constitución, Tratados Internacionales, leyes como el Código del Trabajo, Ley Orgánica de Servicio Público y su reforma; y, acuerdos ministeriales que aportaron en este trabajo.

Además, se utilizó los métodos descriptivo, hermenéutico y analítico; los cuales después de hacer un estudio y análisis detenido de las normas jurídicas y nos permitieron contextualizar la realidad social y de esta manera describirla y relacionarla con el ámbito jurídico laboral, en razón de la vulneración al derecho al trabajo de los servidores públicos, pudiendo analizar que esta situación ha afectado su derecho a una vida digna, puesto su estabilidad laboral se ha visto afectada por la terminación de la relación laboral, pues esta persona ya se estaba generando una expectativa de vida, personal, familiar.

Conclusiones

1.- Cuáles son las normas constitucionales de protección al derecho al trabajo.

Al respecto del derecho al trabajo la Constitución de la República señala en el artículo 33, que: "El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones y el desempeño de un trabajo

¹⁰ Sentencia No. 226-18-SEP-CC, Caso No. 0110-12-EP, Corte Constitucional (2018)

saludable y libremente escogido o aceptado"¹¹. Luego el artículo 325 de la Constitución establece: "El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores"¹². Mientras que el artículo 326 de la Constitución consagra los principios que sustentan el derecho al trabajo, entre los cuales se encuentran: "El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo"¹³ En el contexto de normas dentro de los tratados internacionales observamos: En el marco del derecho internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, consagra en su artículo 23 numeral 1 que: "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo"¹⁴. Mientras que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966, establece que: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho"¹⁵.

2.- Pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el derecho al trabajo y la estabilidad laboral.

La Corte Constitucional, como máximo órgano de Control e interpretación constitucional del Ecuador, mediante sentencia N. 226-18-SEP-CC, se ha pronunciado referente al derecho al trabajo y la estabilidad laboral de servidores públicos con nombramiento provisional en el caso N. 0110-12-EP, notándose por parte de la administración pública una clara vulneración de los principios y derechos constitucionales del derecho al trabajo y estabilidad laboral, por lo que la Corte en aras de proteger al derecho al trabajo garantizado en la Constitución de la República y Tratados Internacionales, resolvió que se mantenga a los servidores de la Universidad de Guayaquil en sus puestos de trabajo con nombramiento provisional, hasta que se realicen los respectivos concursos de méritos y oposición.

Recomendaciones

¹¹ Constitución de la República del Ecuador. (2008)

¹² Constitución de la República del Ecuador. (2008)

¹³ Constitución de la República del Ecuador. (2008)

¹⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948)

¹⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966)

- Se sugiere a las instituciones una planificación, en la cual se solicitará presupuestos al Estado, para poder realizar los concursos de mérito y oposición para que los servidores públicos que se encuentran con nombramientos provisionales puedan tener acceso al mismo y con ello tener un nombramiento definitivo lo cual les daría una estabilidad laboral.
- Se solicita a la administración pública y a sus diferentes instituciones gubernamentales, tener una mejor asesoría en ámbito constitucional para que no se atropelle los derechos de sus funcionarios, para lo cual deberán tener en cuenta las normas previas, claras y públicas de aplicación obligatoria vigentes en nuestra legislación.
- Se requiere que no se vuelvan a realizar estos actos de terminación de la relación laboral de manera unilateral, ya que se está violentando un derecho constitucional, lo cual no puede permitirse dentro de una institución del Estado, cuando este es el llamado a su protección y garantía.

Referencias

1. López-Zambrano, A. (2018). La Acción de Protección su eficacia y aplicación en el Ecuador. Artículo Científico. Revista Científica “Dominio de las Ciencias”. <https://dominiodelasciencias.com/ojs/index.php/es/article/view/729>
2. Vaca Valdiviezo, Miguel Andrés (2021) La facultad de revisión de la Corte Constitucional en las acciones de protección por el cese de funciones a nombramientos provisionales. Tesis para la obtención del Título de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Ambiental. Obtenido de <http://dspace.uhemisferios.edu.ec:8080/xmlui/handle/123456789/1271>
3. Piñas Piñas, Viteri Naranjo y Álvarez Enríquez (2021). El despido intempestivo y el derecho al trabajo en Ecuador en tiempo de COVID 19. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S200778902021000500011&script=sci_arttext
4. Astudillo Pozo Lariza; Guerra Coronel Marcelo (2022), El Habeas Corpus como Garantía Individual de Movilidad y Su Relación con Otras Libertades en el Marco de los Precedentes Jurisprudenciales. <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/download/3495/7905>.

5. Peña Walter, Guido; Chiriboga Luis, David; Correa José, Eduardo (2022). Los Despidos Intempestivos Post-Pandemia en la Ciudad de Machala. Obtenido de <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/3615/8246#>
6. MINISTERIO DEL TRABAJO, (29 de diciembre del 2012) Acuerdo Interministerial No. 2017-0163.- Obtenido de <https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/01/ACUERDO-INTERMINISTERIAL-Nro.-2017-0163-ENTRE-MDT-Y-MINISTERIO-DE-ECINOM%C3%8DA-Y-FINANZAS.pdf>
7. MINISTERIO DEL TRABAJO, (05 de diciembre del 201) Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0192(Expídase La Norma Técnica Para La Aplicación De La Disposición Transitoria Undécima A La Ley Orgánica Del Servicio Público). Obtenido de <https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/12/Acuerto-Ministerial-MDT-2019-375-Directrices-para-la-optimizaci%C3%B3n-de-gastos-de-personal-en-la-modalidad-de-contrato-de-servicios-ocasionales..pdf>
8. Vernaza-Arroyo, G. D. (2020). Análisis de las Medidas Cautelares Frente a la Jurisdicción Constitucional en el Ecuador. *Revista Tecnológica-Educativa Docentes 2.0*, 9(2), 32–38. Obtenido de <https://doi.org/10.37843/rted.v9i2.139>
9. Fernandez Carbay Jonathan & Correa Calderón José (2022) La norma constitucional de proteccion de los derechos de la naturaleza y sus incidencias juridicas. Obtenido de <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/download/3578/8140>
10. Storini, C. (2017). Las garantías de los derechos en las constituciones de Bolivia y Ecuador. *Foro, Revista De Derecho*, (14). Obtenido de <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/391>.
11. José Pazmiño-Castillo. (2022). La acción de protección en el Ecuador: sus orígenes. *RECIMUNDO*, 399, 400. Obtenido de <https://www.recimundo.com/index.php/es/article/view/1584/2025>

Referencia Normativa

1. Constitución de la República del Ecuador
2. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
3. Ley Orgánica del Servicio Público.
4. Reglamento General a La Ley Orgánica del Servicio Público

5. Ley Orgánica Reformatoria a Las Leyes que Rigen el Sector Público
6. Ley Orgánica De Empresas Públicas
7. Ley Orgánica De Empresas Públicas.

Sentencia de la corte constitucional

1. Corte Constitucional del Ecuador (25 de febrero del 2015). Sentencia N. 045-15-SEP-CC CASO N.0 1055-11-EP. Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=045-15-SEP-CC>

© 2022 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).