



DOI: <https://doi.org/10.23857/dc.v9i4.3653>

Ciencias Sociales y Políticas
Artículo de Investigación

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

Nomeações provisórias para ações de proteção e seu impacto no princípio da igualdade

Luis Fernando Espín-Sandoval ^I
luis.espin3601@utc.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-2285-6865>

José Luis Vásconez-Fuentes ^{II}
jose.vasconez3308@utc.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-4851-7335>

Ángel Eduardo Guala-Mayorga ^{III}
angel.guala1378@utc.edu.ec
<https://orcid.org/0009-0005-7441-645X>

Alex Omar Sánchez-Pilco ^{IV}
aosanchez@unach.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-1525-7365>

Correspondencia: luis.espin3601@utc.edu.ec

***Recibido:** 29 de agosto de 2023 ***Aceptado:** 20 de septiembre de 2023 * **Publicado:** 19 de octubre de 2023

- I. Universidad Técnica de Cotopaxi, Latacunga, Ecuador.
- II. Universidad Técnica de Cotopaxi, Latacunga, Ecuador.
- III. Universidad Técnica de Cotopaxi, Latacunga, Ecuador.
- IV. Universidad Nacional de Chimborazo, Riobamba, Ecuador.

Resumen

Los contratos ocasionales dentro del sector público son medios contractuales por los cuales una persona ingresa a prestar sus servicios en el sector público, estos contratos por ningún modo generan estabilidad, conforme indica la norma. La acción de protección, es un medio eficaz para el reconocimiento de derechos, en este caso el de estabilidad laboral; sin embargo, hay que ser claros, la acción de protección no genera derechos, los protege. La Corte Interamericana de Derechos Humanos considerada a la estabilidad laboral como una garantía, determinando que un servidor público no puede ser separado de modo arbitrario de su puesto de trabajo, debiendo existir la suficiente justificación para ello; indicado además, que la estabilidad laboral no es la perpetuación de un servidor público en el cargo. La problemática encontrada dentro de la investigación, conllevó a establecer que los nombramientos provisionales otorgados por una acción de protección, transgrede el principio de igualdad de las personas, al no generarse un concurso público o al limitar el acceso a la ciudadanía al mismo, aplicando una norma transitoria, que ha dejado de estar vigente para el otorgamiento de una estabilidad condicionada; recordando que el concurso público, es el único medio instituido en la Constitución de la República del Ecuador para acceder a un puesto como empleado en el sector público.

Palabras Claves: Contratos ocasionales; Acción de protección; Nombramientos provisionales; Estabilidad condicionada; Estabilidad laboral.

Abstract

Os contratos ocasionais no setor público são meios contratuais pelos quais uma pessoa entra para prestar serviços no setor público; esses contratos não geram de forma alguma estabilidade, conforme indica a norma. A ação de proteção é um meio eficaz para o reconhecimento de direitos, neste caso o da estabilidade no emprego; Porém, é preciso deixar claro que a ação de proteção não gera direitos, ela os protege. A Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou a estabilidade no emprego como uma garantia, determinando que um servidor público não pode ser desligado arbitrariamente de seu emprego, devendo haver justificativa suficiente para isso; indicou ainda que a estabilidade no emprego não é a perpetuação de um servidor público no cargo. O problema detectado na investigação levou a estabelecer que as nomeações provisórias concedidas para uma ação de proteção violam o princípio da igualdade das pessoas, ao não gerarem um concurso público ou ao limitarem o acesso

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

dos cidadãos ao mesmo, aplicando uma norma transitória, que deixou de ser vigentes para concessão de estabilidade condicional; lembrando que o concurso público é o único meio estabelecido na Constituição da República do Equador para o acesso ao cargo de funcionário do setor público.

Keywords: Occasional contracts; Protective action; Provisional appointments; Conditional stability; Employment stability.

Resumo

Os contratos ocasionais no setor público são meios contratuais pelos quais uma pessoa entra para prestar serviços no setor público; esses contratos não geram de forma alguma estabilidade, conforme indica a norma. A ação de proteção é um meio eficaz para o reconhecimento de direitos, neste caso o da estabilidade no emprego; Porém, é preciso deixar claro que a ação de proteção não gera direitos, ela os protege. A Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou a estabilidade no emprego como uma garantia, determinando que um servidor público não pode ser desligado arbitrariamente de seu emprego, devendo haver justificativa suficiente para isso; indicou ainda que a estabilidade no emprego não é a perpetuação de um servidor público no cargo. O problema detectado na investigação levou a estabelecer que as nomeações provisórias concedidas para uma ação de proteção violam o princípio da igualdade das pessoas, ao não gerarem um concurso público ou ao limitarem o acesso dos cidadãos ao mesmo, aplicando uma norma transitória, que deixou de ser vigentes para concessão de estabilidade condicional; lembrando que o concurso público é o único meio estabelecido na Constituição da República do Equador para o acesso ao cargo de funcionário do setor público.

Palavras-chave: Contratos ocasionais; Ação protetora; Nomeações provisórias; Estabilidade condicional; Estabilidade laboral.

Introducción

El Estado, para poder alcanzar sus objetivos, requiere de personas que se involucren en sus actividades, para ello debe generar un puesto de trabajo, por medio de una planificación del puesto, la que justifica la creación del mismo, dicha creación viene atada a contar de manera permanente con los recursos necesarios que cubra los gastos que el puesto involucre, a este fondo económico lo denominamos partida presupuestaria, al desarrollo de las actividades laborales para el Estado a través de sus instituciones administrativas se denomina empleo público.

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

A quien ejerce este empleo público se les denomina servidores públicos, pues ejercen una actividad dentro del servicio público, actividades que se encuentran desarrolladas principalmente de tras de un escritorio, por lo cual se requiere de personas con un alto grado de preparación y competencias; es por ello que para el ingreso a estas actividades se efectúa un concurso en el cual primero se verifica los requisitos de capacitación, luego las competencias y finalmente alguna prohibición, la misma que se verifica por escrutinio público en la oposición.

Los concursos sean de méritos o méritos y oposición, deben contar con una fase previa que es de convocatoria, la misma que debe intentar conozca la mayoría de la población, para que la esfera de selección sea mayor y se pueda contar en la administración pública con los mejores.

Efectuado el concurso, se genera documentos que vinculan al servidor público de manera definitiva o temporal a la administración pública, estos documentos se nominan:

- a) Nombramiento permanente, es el que otorga estabilidad y hace merecedor al servidor público a gozar a plenitud de los derechos contemplados dentro de la normativa administrativa.
- b) Nombramiento provisional, que otorga estabilidad condicionada, pero que para que se otorgue este tipo de nombramiento es menester o requisito que se cuente con la convocatoria al concurso del nombramiento provisional, art. 18 letra c, de la Ley Orgánica del Servicio Público, es decir no existe la excepción de contar con un concurso previo.
- c) Contrato ocasional, que es un medio excepcional para el ingreso al servicio público, no cuenta con estabilidad, ni con excepción de concurso público.

“Para desempeñar un puesto público se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora.”(Ley Orgánica del Servicio Público, 2017, art. 16, p. 9)

Este contrato, al ser parte del derecho administrativo debe contar con requisitos de validez, que se funden en normas legalmente expedidas y legítimas.

En el control de los requisitos previos para la conformación contractual, radica la intervención del Estado Constitucional de derechos, pues como se conoce para contar con un contrato laboral en el sector público se debe ganar un concurso, sino no es así y se otorga de otra manera, sin previa convocatoria, se limita a los ciudadanos la posibilidad de acceder al concurso, generando una desigualdad entre los ciudadanos, pues se da preferencia a unos sobre otros.

Al no cumplirse con los estipulado en la Constitución, se transgrede la seguridad jurídica, con lo cual no se respeta el principio de legalidad, siendo este el limitante a la posible arbitrariedad que tengan los órganos administrativos en el ejercicio de su potestad, si no se la acata, puede presentarse la

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

siguiente interrogante, ¿todos los ciudadanos gozamos de los mismos derechos, o es un grupo selecto los que cuentan con oportunidades para acceder a un empleo público?

Una posible vulneración al derecho de acceso al trabajo, es el otorgamiento de estabilidad condicionada a un servidor público por medio de acción de protección, la misma que justifica su resolución por la aplicación de una transitoria que fue aprobada en el año 2010, es decir en ese momento plenamente aplicable, pero que en la actualidad no debería gozar de legitimidad, ni legalidad.

Sin embargo, en las sentencias se considera que el puesto de trabajo, de un contrato ocasional, es necesario para el accionar institucional, por ello ha existido varios años, por lo cual se otorgan al servidor la permanencia en el mismo hasta que se llame a concurso público, limitando en ese momento el posible acceso al mismo a otras personas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus sentencias ha establecido por regla general que el estar en un cargo público por varios años, no le otorga al servidor público una estabilidad permanente, vista desde el enfoque de inamovilidad; más bien, la estabilidad se la establece desde la garantía de motivación, por cuanto, para dar por terminada esta relación laboral, se debe justificar abundantemente las razones por las cuales se lo desvincula del servicio público, no se lo puede hacer por un criterio personal, pero al justificarla, nada impide la desvinculación.

El trabajo investigativo planteado es pertinente, al ser el empleo público el anhelo de la mayoría de jóvenes y personas en general, se torna pertinente esclarecer la forma de ingresar a prestar los servicios dentro de la denominada burocracia, para dejar solventada cualesquier controversia.

La importancia de determinar los requisitos previos al ingreso a un cargo público, como el concurso de méritos y oposición, es por cuanto el Estado se ha convertido en el máximo generador de empleo, esto se da para poder cumplir con los objetivos institucionales, siendo obvio que se requiere de personas preparadas para ello, para demostrar esta preparación y que ratificar que está se encuentra acorde a las competencias requeridas para el cargo a desempeñar, se torna de mucha importancia respetar la obligatoriedad de realizar un concurso.

Es de trascendencia estudiar no solo el ingreso en el sector público, sino también la forma de permanecer en ahí; las maneras de ingreso se encuentran ya dictadas por la Constitución de la República del Ecuador en primer término, por la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) y su reglamento como normas jerárquicamente inferiores pero de plena aplicación; dentro de las cuales observamos la garantía de no discriminación al proceso de selección.

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

Se torna original, pues el tema investigado no cuenta con investigaciones previas, si se hallan investigaciones similares, pero por las variables de investigación trazadas, que en el fondo nada tiene que ver con la problemática trazada, que es este caso es la estabilidad como garantía de motivación, al igual que la pertinencia o no de la aplicación de una transitoria normativa, sin fecha de caducidad. Es de Interés por cuanto los objetivos del Estado se consiguen a través de las personas que trabajan en él, esto a través de la prestación de las actividades que ejerzan en el cargo, función o dignidad que ocupa en el sector público.

Al haberse hecho habitual que se otorgue nombramientos provisionales por medio del ejercicio constitucional de la acción de protección, la investigación se torna de mucho interés por cuanto se estaría trastocando y limitando el ejercicio de los principios de oportunidad, igualdad y no discriminación al resto de ciudadanos que deberían tener igualdad de oportunidades para el ingreso al sector público en calidad de empleados.

En el Estado Ecuatoriano, la normativa indica que para poder ser parte del sector público, una vez ganado el concurso, se debe celebrar diferentes contratos entre ellos el ocasional o el contrato de nombramiento, que este puede ser permanentes o provisionales; la discusión se centra en clarificar que tipo de estabilidad generan cada uno.

Un verdadero proceso de escogimiento para ingresar a ocupar cargos públicos se debe dar mediante las diferentes formas de selección de personal tenemos:

Oposición. – Proceso de selección ordinario, se caracteriza por cuanto en el mismo se rinden evaluaciones, para llegar a determinar el conocimiento, capacidades y aptitud como actitud de los aspirantes; **Merito/Oposición.** – Proceso que se divide en dos fases una méritos en donde se califica los logros y conocimientos teóricos; y, otra fase de oposición en donde como se indicó se califica competencias a través de pruebas; y, **méritos** . – Es el proceso en el cual se califica únicamente la formación académica, estos concursos son de carácter excepcional. (Pérez, 2018).

La investigación contará con el elemento macro al considerar los requisitos de ingreso al servicio público, al igual que la posibilidad de otorgarlos por medio de procedimientos constitucionales como la acción de protección.

Con el elemento meso, se investigará los tópicos de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de derechos Humanos, (CIDH) en especial las sentencias de los casos Lagos del Campo vs. Perú, Sentencia emitida en el año 2017 y caso Sosa vs Venezuela, Sentencia emitida en el año 2018

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

Finalmente se aterriza en el elemento micro al tratar puntualmente decisiones en el territorio ecuatoriano sobre la generación de estabilidad condicionada a través de las acciones de protección, que favorecen a los empleados vinculados mediante contrato ocasional.

Los nombramientos provisionales otorgados por medio de acciones de protección, transgreden el principio de igualdad de las personas al no generarse un concurso público impidiendo el acceso al mismo a la ciudadanía, siendo este concurso el único medio instituido en la Constitución de la República del Ecuador para acceder a un puesto como empleado en el sector público.

Nombramientos provisionales, el empleo y el servidor público

El empleo público. -Podemos indicar de modo coloquial una definición de que es el empleo público, al respecto se puede decir que es la actividad que desarrolla una persona en calidad de empleado o servidor público, quien ejecutan la actividad laboral encomendada bajo órdenes de un organismo del Estado.

El empleo público es la actividad laboral que se desarrolla en las instituciones del sector público o en las instituciones semipúblicas, que corresponden a las instituciones que prestan servicios, regulada en un inicio por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. Se considera que las personas que optan por este empleo son personas más capacitadas que el resto de la mano de obra existente. (Valencia, 1979)

Ahora bien, se puede decir que el servicio público está íntimamente relacionado con el empleo público, solo a través de este un ciudadano puede ayudar a concretar los objetivos del Estado o del órgano institucional, con el cumplimiento de las responsabilidades que mantenga cada cargo público, funciones plasmadas a través de un contrato o con la designación de competencias o funciones para que este funcionario las pueda ejecutar. (Pérez, 2014), abundando en lo manifestado podemos señalar que esta función pública está íntimamente vinculada con la burocracia, término que no debe ser satanizado, pues lo que conlleva es la idea de trabajo en escritorio, actividad que en definitiva sucede en la administración pública.

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, p.359)

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

Nuestra carta magna, prescribe: “La administración pública constituye un servicio a la colectividad...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 227), por lo cual quienes ingresan a ejercer funciones dentro de la administración pública deben ser personas totalmente idóneas, esto para brindar un servicio de calidad, calidez, eficiencia y eficacia, conforme los principios consagrados para estas actividades.

Como podemos apreciar el empleo público es el cargo o encargo que se otorga a una persona para que desarrolle funciones o actividades necesarias e importantes para el buen desarrollo del organismo público en cuanto a la función que debe prestar mediante el servicio a la ciudadanía.

Actuaciones que deben estar enmarcadas en la ley, sin poder hacer más allá de lo que ella les determine, así lo prescribe la carta magna ecuatoriana:

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 226, p.74)

Pero no podemos dejar pasar por alto la necesidad de estabilidad de los empleos públicos, según la línea burocrática, pero esta estabilidad conlleva a la apropiación del puesto por una persona, bajo la crítica del purismo liberal. Sistema liberal que aparece por la necesidad de compensar a las personas que apoyan a los ganadores de elecciones, convirtiendo al empleo público como una moneda de pago o retribución, permitiendo que los funcionarios o servidores sean desvinculados de manera fácil y mediando la simple voluntad de quien ostenta la competencia para ello. Dando así a los empleos públicos una suerte de conquista de los vencedores, dando paso al sistema del botín. (Parada, 2012) Se ha indicado en reiteradas ocasiones que el empleo público coadyuva a alcanzar los objetivos o fines trazados por el Estado, ahora bien, este empleo, actividad o servicio, es ejercido por personas que trabajan para el Estado, incorporados al mismo por medio de un concurso público, es así como ingresan a formar parte del aparato burocrático y se los denomina servidor público o funcionarios públicos, pues el nombre de servidor, público acarrea la idea del servicio que el Estado presta por intermedio de esta persona, entonces no importa a que normativa esté sometido, lo importante es la función o servicio que desarrolla.

La denominación común que se otorga a las personas que trabajan o prestan su servicio en las instituciones del Estado es de la servidor público; comprendiendo como tal todas a todas las personas

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

que de una u otra forma presten su servicio o ejerzan un cargo público, entre los cuales se hallan incluidos los alcanzados por elección popular, que desempeñan una “dignidad”. (Pérez, 2014, p. 12) Por lo tanto, la persona que ingresa como empleado público en condición de servidor, debe estar conciente que ingresan a prestar sus servicios lícitos a los ciudadanos a través del Estado, por lo cual ingresan a formar parte de una base llamada burocracia; la misma que se acrecienta más y más conforme pasan los años, logrando con esto que el poder estatal se torne a momentos incontrolable, tornándose más seductora la posibilidad de arbitrariedad. (Pérez, 2014)

El cuerpo normativo que regula el trabajo en el sector público es la Ley Orgánica de Servicio Público, la misma que conceptualiza a que se refiere ser servidora o servidor público.

“Servidoras y servidores públicos.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.”(Ley Orgánica de Servicio Público, 2017, art. 4)

Hay que recordar que el inciso segundo de este articulado fue derogado por el art. 1 de Ley No. 0, publicada en R.O. 1008, de 19 de Mayo del 2017.

Lo descrito, como debe ser, trae concordancia con lo prescrito en la Constitución de la República del Ecuador (2008), que además considera ya los derechos y obligaciones que estos servidores mantienen en el ejercicio de su cargo o puesto de trabajo, al igual que las leyes que regulan y protegen dichos derechos.

Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.

La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 229)

Formas de ingreso al servicio público.- Los puestos de trabajo en el sector público no están bajo un adecuado control, pese a contar con la elaboración de los catálogos de puestos de trabajo, documento que con su elaboración contribuye a determinar la denominación de los puestos, así como los

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

funcionarios que tienen derecho a ocuparlos, pero lamentablemente no se centran en determinar de manera detallada cual es la finalidad y las tareas de cada uno de estos puestos. (Parada, 2012)

Las políticas, normas, métodos y procedimientos, que sobre la base de un sistema de méritos y oposición, se generen debe garantice el ingreso de cuidamos al servicio público de manera idónea y sin ninguna restricción, buscando una carrera administrativa dentro de una misma institución, puestos que deben ser generados en base a las necesidades colectivas de atención por parte del Estado. Generados los puestos de trabajo, se debe examinar la forma de llenar los mismos, para ello se debe iniciar generando medios de búsqueda de ciudadanos competentes y sistemas de ingreso adecuado, para lo cual se formula una convocatoria, la misma que es publicitada para conocimiento de toda la ciudadanía; terminada esta fase, a través de los sistemas ya generados o determinados por la ley y plasmados por la Unidad de Gestión del Talento Humano, se procede a la selección del personal idóneo. En el Ecuador se conoce tres sistemas de concurso: a) Oposición; b) Méritos y Oposición, y; c) Méritos.

Como se ha indicado, esta selección o las formas de ingresar al sector público, está plasmada normativamente, es así que lo encontramos plasmado el ingreso al sector público en calidad de empleado, dentro de la norma magna:

El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizará 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. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 228)

Las políticas, normas, métodos y procedimientos, que sobre la base de un sistema de méritos y oposición, deben garantizar primero un ingreso legítimo, y segundo, una promoción de cargos, a los servidores que han iniciado la carrera administrativa, premiando así la labor adecuada y la trayectoria laboral dentro de una misma institución o estatal.

La carrera administrativa se conjuga con la denominación de funcionario de carrera, cuya particularidad de la denominación es la permanencia en el servicio público, estabilidad otorgada a un servidor público, al respecto de lo manifestado encontramos:

... define los funcionarios de carrera como aquellos que en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo, para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente. (Parada, 2012, p.428)

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

Tipos de contratos para el empleo en cargos públicos .- Sabido es que para ingresar como servidor público se establece diferentes formas contractuales, entre las cuales podemos anotar:

- a. Contratos ocasionales
- b. Nombramientos provisionales
- c. Nombramientos definitivos

Contratos ocasionales.- Podemos indicar así que el contrato ocasional es aplicado en casos excepcionales, cuya duración no podrá exceder de dos años, sin embargo la Corte Constitucional del Ecuador ha determinado: “Las instituciones públicas han aplicado como regla común la contratación de personal bajo esta modalidad, situación que no permite a los trabajadores y trabajadoras alcanzar estabilidad y permanencia en la institución.” (Sentencia No. 3-19-JP/20, 2020, p. 41)

La norma encargada de la regulación del empleo público, define este tipo de contratos como: “Los contratos de servicios ocasionales son aquellos que se crean debido a una necesidad institucional no permanente a través de una partida presupuestaria y de la disponibilidad de recursos económicos.”(La ley Orgánica del Servicio Público, 2017, Art. 58).

El contrato de servicios ocasionales tiene una extensión máxima de doce meses o el tiempo restante del ejercicio fiscal en curso, no tiene estabilidad ni se consideran incorporados en la carrera administrativa. (...) La autoridad nominadora autoriza la designación de personal sujeto a contratos de servicios ocasionales, previo informe de la UATH. (Pérez, 2014, p.32)

Nombramientos permanentes.- Partamos determinando que es un nombramiento, encontramos que se lo define como: “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.” (Pérez, 2014, p.29).

Uno de los contratos que se pueden generar al ingreso el servicio público es el contrato o nombramiento permanente que se desarrolla en virtud de un nombramiento legal, que lo vinculan a una Administración Pública de maneras estable, (Parada, 2012).

Es decir, el elemento principal que existe para el ingreso al servicio público, es la voluntad, pues como en todo contrato la una parte, en este caso el Estado, pone las reglas y por el otro lado, el ciudadano la acepta, al participar en el concurso, aceptación que se hace a los lineamientos del cargo y la norma en general, en resumen el Estado presenta el nombramiento y el ganador los acepta y legaliza dicho nombramiento. (Fierro, 2017, p.34) . Este sometimiento obviamente se da a los

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

deberes que la investidura conlleva, para ello es necesario determinar con claridad las funciones y objetivos que la administración pública quiere alcanzar.

Nombramiento provisional.- Uno de los contratos para ingresar al servicio público como empleado público, es el de nombramiento provisional, contratos que únicamente deben ser celebrados por cuestiones excepcionales legalmente establecidas en la normativa legal pertinente, “Procede para casos y períodos específicos, determinados en la ley.” (Pérez,2014,p.31).

Al ser temporal la vigencia de estos contratos, no gozan de derechos que si se los reconoce a los funcionarios de carrera, la estabilidad generada por estos contratos sería condicional.

Los nombramientos provisionales se generan en las siguientes circunstancias:

1. El más usual, para ocupar un puesto vacante, esto hasta que se obtenga al ganador de un concurso de méritos y oposición o para periodos de prueba;
2. Para el puesto del servidor público que se encuentre en el goce de una licencia sin remuneración, su vigencia será el tiempo de la licencia;
3. Cuando se otorgue una comisión de servicios, pero en este caso sin remuneración, de guala manera el tiempo de vigencia será el de la comisión;
4. Por reemplazo, de un servidor público que ha sido destituido o suspendido, hasta la resolución del proceso;
5. Para puestos de un nivel jerárquico superior, en la administración pública;
6. Y en el caso de la existencia de un apartida presupuestaria en el apoyo administrativo de máximas autoridades.

Tal como lo encontramos detallado, la Corte Constitucional del Ecuador ha ratificado los parámetros estipulados en la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), para el otorgamiento de los nombramientos en el sector público, el contrato de nombramiento provisional lo determina los cataloga así:

Los nombramientos provisionales son aquellos que se expiden para ocupar temporalmente un puesto determinado de un servidor o servidora

- i) suspendido en sus funciones o destituido,
- ii) en licencia sin remuneración,
- iii) en comisión de servicios sin remuneración o vacante,
- iv) quienes ocupen puestos dentro de la escala jerárquica superior; y

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

v) de prueba. De igual manera se otorgará nombramiento provisional a quienes fueron ascendidos, mientras sean evaluados en un periodo máximo de 6 meses.

El artículo 18 del Reglamento a la LOSEP señala que para este tipo de nombramientos tiene que existir la partida correspondiente y no se puede dar nombramientos provisionales a través de la celebración de contratos de servicios ocasionales. (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, Sentencia No. 3-19-JP/20, p. 43)

Como podemos observar la generación de los contratos de nombramiento provisionales, son utilizados para ocupar puestos de manera temporal, determinados en la Ley Orgánica del Servicio Público y su respectivo Reglamento; ahora bien, estipulas las condiciones de utilización, para dar por terminado o concluido este tipo de contratos se debe cumplir los requerimientos o condiciones por las que se generó, así tenemos: 1) Cumplir el período de tiempo del nombramiento provisional, b) Cumplir el tiempo de sanción o destitución en firme, de servidor remplazado; y, c) Que se haya declarado a una persona ganadora del concurso. Solo con el cumplimiento de estas condiciones se puede dar por terminado un contrato de nombramiento provisional.

Derechos de los trabajadores .- El derecho de los trabajadores se halla en constante evolución, el mismo que se debe ajustar constante a las trasformaciones sociales, tecnológicas y económicas, no se puede apreciar este derecho como incólume en el futuro. Las nuevas sociedad que han emergido de revoluciones están cambiando el ejercicio democrático y por ende la naturaleza de la relación jurídica, ejemplo es en el surgimiento de un nuevo derecho laboral apegado a la llamada justicia social, pero no podemos olvidar que el derecho laboral es aceptado en una sociedad mientras permanezcan las condiciones de su cambio, al variar las mismas busca un cambio urgente, por eso se indica que el derecho laboral es un derecho inacabado. (Valencia, 1979)

Como es de conocimiento público los derechos laborales son universales y su protección está enmarcada en el ámbito internacional y nacional, a través de diferentes cuerpos normativos, es un derecho indivisible y no únicamente por el hecho de aplicación normativa sino porque su protección abarca a todos los trabajadores, sin dejar de lado a algún grupo en específico, por lo cual no se puede dejar de lado a ninguno de los servidores públicos; “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.” (Vergara, 2015, p.461).

Los derechos de los trabajadores son progresivos, es decir no admiten un retroceso en las conquistas alcanzadas, por lo cual ninguna estipulación en contrario se considera valida pese a estar pactada, es

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

más en caso de duda se aplicará siempre lo más favorable al trabajador, esto conforme el principio del In Dubio pro operario, que contempla la norma más beneficiosa y la condición más favorable. Pero, observamos que por más que se contemple esta protección laboral a los servidores públicos, a simple vista en la norma no se observa los avances, “... 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)

En el Estado moderno, hoy llamado Estado Social o Estado social de Derechos y justicia como es el caso ecuatoriano, lo que se busca es el bienestar de la sociedad, en ella el bienestar de los trabajadores, pero dotándoles de normas que coadyuven a una corrección moral, fundada en la noción de igualdad y en la justicia social. (Vega y Martínez, 2022). Se puede mencionar que la administración dentro de un estado liberal, no permite un empleo permanente o lo limita como tal, esto se contrapone a la idea de administración de los gobiernos burocráticos, que se decantan por puestos permanentes y funcionarios que no sean tocados, esto se da porque estos aseguran una memoria institución en función al cumplimiento de los objetivos de la misma, permitiendo así a los servidores públicos se preparen adecuadamente, se motiven con la estabilidad y entreguen mayor devoción a la actividad. (Parada, 2012)

Terminación de la relación laboral en el sector público.

Podemos definir como causas de la terminación de la relación laboral con el sector público la destitución del cargo por la aplicación de un sumario administrativo y por la terminación del contrato de servicios ocasionales.

Los y las servidoras al momento de ser indemnizado con una compensación económica por renunciar o por la eliminación de un puesto, ato que se denomina “supresión”, si el servidor desea reintegrarse nuevamente al sector público, como servidor ganador de un concurso, si devuelve el monto de la indemnización recibida, a este se le debe reducir el monto de la última remuneración multiplicado por los meses que no prestó sus servicios al sector público. (Ley Orgánica del Servicio Público, 2016) Como todo tiene una excepción, en este caso la regla está dada cuando el servidor público que recibió compensación, no está obligado a devolverla en los casos que vaya a ocupar cargos con nombramientos provisionales, funciones de libre nombramiento y remoción.

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

Las ex servidoras o los ex servidores públicos que han renunciado voluntariamente sus cargos y no recibieron algún tipo de indemnización, podrán ingresar una vez más al sector público. De lo indicado podemos determinar las siguientes formas de terminación del servicio público:

Por renuncia o retiro voluntario, es la decisión inicial voluntaria de dar por terminada la relación laboral, se indica que inicial pues su perfeccionamiento se da con la aceptación de la misma por el órgano contratante, en este caso la terminación se da por acuerdo de las partes, al perfeccionarse la misma se verifica la cesación definitiva del servidor.

Ahora bien, en el sector público se considera la renuncia como aceptada desde el momento de la presentación, así lo determina Pérez, (2014):

No será necesaria la aceptación de una renuncia para que la misma tenga eficacia. La renuncia de un cargo público surtirá efectos desde el momento de su presentación, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, administrativas o penales a que haya lugar. El funcionario renunciante será remplazado inmediatamente por la persona que corresponda de acuerdo a la ley o al reglamento respectivo, y a falta de tal estipulación por la persona que designe su superior jerárquico.

Separación, esta se da cuando un funcionario incumple algún convenio de pago, por mora, con una institución pública. “La contraloría General del Estado será notificada de la sentencia que declara la ilegalidad o la nulidad de la destitución declarada con dolo o culpa grave del funcionario responsable” (Pérez, 2014, p. 83)

Principios constitucionales

Se ha escuchado en muchas ocasiones indicar que un principio es un postulado que ayuda a la aplicación de una norma, también para la aplicación de un derecho, considero que un principio no genera derechos de manera directa e individual.

El tema del Derecho de principios no es contrapuesto al Derecho de reglas o, en otras palabras, no hay antítesis en la concepción del Estado legislativo y el Estado constitucional, sólo hay diferencia cualitativa de intensidad, éste es más complejo que aquél. Las reglas jurídicas que caen en el ámbito del legislador es aspecto del Derecho, pero la otra cara es la de los principios jurídicos. Ambas normas deben ser concordar, ser compatibles, ser aplicables y éste es el rol fundamental de los abogados, fiscales, autoridades administrativas y, fundamentalmente, de los jueces. (Zavala, 2011, p. 62)

Recordemos que los principios no siempre se trataron de igual forma es así como en la época romana, *principia iuris*, eran opiniones y reglas establecidas para aplicarlas en la búsqueda de la justicia, en el caso concreto presentado, permitían reconocer la eficiencia en el argumento; en el positivismo

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

radical, los principios no eran utilizados eficientemente, pues su aplicación acarrearía una incertidumbre jurídica, convirtiéndose de esta manera un discurso político y principios virtuales; el neoconstitucionalismo considera a los principios como aspectos que suman a la ley y en ocasiones que se ubican sobre la misma ley; para Dworkin los principios son estándares que aseguren la justicia, la equidad o moralidad, los que se los identifica a través de directrices; en el mismo sentido Alexy contribuye con dos aspectos en los principios la optimización y ponderación; para Ferrajoli, son de igual manera directrices pero que estas son los verdaderos principios. (Ratti, 2015)

Los principios son considerados como preceptos de optimización de la norma, es decir se ejecutan de manera variable y en parte, estos preceptos no nos dan condiciones de como se deben aplicar, sino más bien suman valores que deben ser considerados, es por eso de la existencia de la concurrencia de otros principios en el mismo asunto; es decir los principios son aplicados conforme a los casos que se dan, comprendiendo la densidad de cada uno de estos. (Zavala, 2011)

En el Estado Constitucional de Derechos, podemos referenciar diferentes principios, que deben ser respetados para garantizar el orden social:

- a. El Estado debe impulsará el empleo, garantizando el pleno empleo y eliminando el subempleo y desempleo.
- b. Los derechos de los trabajadores son irrenunciables e intangibles.
- c. Se reconoce el In dubio pro operario, en caso de duda sobre normas, se aplicará la más favorable a los y las trabajadoras.
- d. Debe existir la equidad, a igual trabajo, igual remuneración.
- e. Toda persona tendrá derecho a desarrollar sus actividades labores en un ambiente adecuado.
- f. Al reintegro de la persona que ha sufrido un accidente en el trabajo o ha adquirido una enfermedad.
- g. Se garantizará la libertad sindical, entendida como el derecho a organizarse que tienen las personas trabajadoras, pero sin autorización previa.
- h. Las organizaciones del sector estatal, serán representadas por una sola organización.
- i. Para conflictos colectivos de trabajo, se agotara el diálogo social y se someterán a tribunales de conciliación y arbitraje
- j. Es válida la transacción en materia laboral, cuando esta no involucre renuncia de derechos.
- k. La organización con más representación será la encargada de firma contratos colectivos.

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

1. El estado reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores, la misma que tiene como limitante la paralización de los servicios públicos. (La Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 326)

Alta concordancia con los principios constitucionales encontramos los determinados por la Organización del trabajo OIT, más aún con la obligatoriedad de respetarlos, al efecto la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo indica:

Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

- a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- c) la abolición efectiva del trabajo infantil;
- d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; y
- e) un entorno de trabajo seguro y saludable. (OIT, 2022, p.9)

Dentro de estos principios de obligatorio cumplimiento, se destaca por fundamento a al trabajo de investigación la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Principio de igualdad .- Un derecho de igualdad o disposición de no discriminación tiene dos dimensiones estructurales que afectarán sus capacidades sustantivas.

La primera, se refiere a si la disposición es autónoma o subordinada.

La segunda, una dimensión estructural de la norma que puede ser abierta o puede ser restringida.

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de... (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976, artículo, 26)

La igualdad ante la ley y la igual protección de la ley están garantizadas en sí mismas y no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad sustantivo reconocido en el Pacto.

Esta interpretación del artículo 26 se confirma en un Comentario General que el Comité de Derechos Humanos, en la observación 18, ha emitido respecto de la no discriminación.

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto. (Observación general 18, 1989, p.3 párrafo 12)

Este resultado también ha sido aplicado en comunicaciones individuales como *Broeks vs. Los Países Bajos*. En el caso mencionado, el Comité constató una violación al artículo 26 porque a las mujeres se les negaban beneficios de seguridad social en condiciones de igualdad con los hombres, no obstante el hecho de que el Pacto no exige a ningún Estado promulgar legislación para ofrecer seguridad social. Por otra parte, podemos citar normas que determinan la igualdad, como es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, como la Convención Europea de Derechos Humanos, en las cuales de manera expresa prohíbe la discriminación, limitación de libertades y derechos.

La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sugiere que una cláusula subordinada de no discriminación debe interpretarse de la siguiente manera:

Debe leerse en conjunto con cada uno de los derechos y libertades reconocidas en la Convención como si formase parte integral de todos y cada uno de los artículos que establecen derechos y libertades.

Por lo tanto, a pesar de que la cláusula subordinada no tiene existencia independiente, complementa las demás disposiciones normativas. Una medida que en sí guarda conformidad con las exigencias de una disposición que consagre un derecho o libertad dado, pero que por su naturaleza sea discriminatoria, violará las dos disposiciones consideradas en su conjunto

La segunda dimensión estructural de una norma de igualdad o no discriminación que afectará su alcance se refiere a si la norma es abierta o restringida. En la Carta de Naciones Unidas, por ejemplo, los derechos humanos y libertades fundamentales deben respetarse sin distinción en cuanto a un número limitado de motivos establecidos: raza, sexo, idioma y religión.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los derechos enunciados se ejercerán sin discriminación en lo que se refiere a una lista, también fija pero bastante más amplia,

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

de motivos establecidos. En instrumentos internacionales más recientes, tales como la Convención de los Derechos del Niño, las listas establecidas de motivos se han ampliado aún más.

Por otra parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Europea de Derechos Humanos prohíben la discriminación sobre la base de un número de motivos claramente abierto o indefinido. La Declaración Universal emplea las palabras “sin distinción alguna...”. La Convención Europea establece: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en la presente convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, tales como...”. Las versiones francesas de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Europea de Derechos Humanos emplean “notamment” en lugar de “tales como”.

Una disposición de igualdad o no discriminación que es abierta o indeterminada en cuanto a los posibles motivos de la discriminación que afectará el derecho conlleva un resultado interpretativo particularmente significativo. Determinar si una distinción dada viola el principio de no discriminación jamás implicará determinar si dicha distinción está cubierta o no por la disposición no discriminatoria.

Cada distinción, de cualquier tipo, invocará el principio de igualdad o no discriminación. Así, por ejemplo, el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos ha sido considerado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el contexto de las siguientes distinciones, ninguna de las cuales está expresamente contemplada en el artículo 14: la profesión legal y otras profesiones; personal militar, con y sin grado; madres solteras y casadas; miembros de sindicatos en huelga y no en huelga; personas que desarrollan actividades laborales independientes y trabajadores asalariados; súbditos británicos que residen en el exterior y súbditos británicos que residen en el exterior en el desempeño de funciones diplomáticas; y condenados encarcelados y condenados que gozan de libertad. En el caso de *Rasmussen vs. Dinamarca*, la Corte Europea de Derechos Humanos estimó que ni siquiera era necesario individualizar el motivo específico de la distinción involucrada. En las palabras de la propia Corte:

“... en consecuencia, para los efectos del artículo 14, la Corte estima que entre el Sr. Rasmussen y su ex-mujer hubo diferencia de trato en lo que respecta a la posibilidad de instituir un procedimiento para impugnar la paternidad del primero. No hay necesidad de establecer el motivo en el que se basó esta diferencia, puesto que la lista de motivos contemplada en el artículo 14 no es exhaustiva”

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

Si se hace una distinción de cualquier tipo, el derecho se ve comprometido y la cuestión de si éste ha sido o no violado excluye materias tales como si “sexo” incluye orientación sexual o embarazo, o si “origen nacional” incluye nacionalidad o ciudadanía.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 26, también emplea el lenguaje, en primer lugar se prohíbe la discriminación, para luego brindar protección igual a todas las personas, suponiendo la efectividad contra cualquier acción de desigualdad o discriminatoria, sea cual fuese su origen sea racial, condición social u económica.

Esto sugiere que el Pacto debe interpretarse de manera similar a la Convención Europea. En efecto, se ha presentado una comunicación individual ante el Comité de Derechos Humanos que apoya esta conclusión. En *Blom vs. Suecia*, el Comité estableció que era admisible una comunicación en la cual se había hecho una distinción entre asistencia y subsidio estatal a escuelas públicas en contraposición a escuelas privadas. Aunque el Comité concluyó que no se había probado la existencia de una violación al artículo 26, su conclusión no se fundamentó en la inaplicabilidad del artículo 26 a los hechos del caso, a pesar de que este motivo de distinción no se encuentra enumerado en el artículo 26 ni tampoco puede clasificarse dentro del sentido obvio de “otra condición social”

No obstante, otras comunicaciones individuales sugieren que el Comité no pretende interpretar el Pacto en el mismo sentido que la Corte y Comisión Europea interpretan el lenguaje similar de la Convención Europea. En el caso *Gueye vs. Francia* se hizo una distinción entre soldados en retiro de nacionalidad senegalesa y soldados en retiro de nacionalidad francesa. El Comité estableció la existencia de una violación al artículo 26 y señaló al respecto:

“...la nacionalidad propiamente dicha no figura entre los motivos de discriminación prohibidos que se enumeran en el artículo 26... De conformidad con el artículo 26 se prohibirá la discriminación, respecto de la igualdad ante la ley, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En cuanto a la nacionalidad adquirida mediante la independencia, a juicio del Comité entra en el ámbito de la expresión “cualquier otra condición social” que figura en la segunda oración del artículo 26”

Intención Discriminatoria.- El material jurídico internacional sugiere que una intención discriminatoria no es un elemento necesario ni de la discriminación ni de una negación de la igualdad. En los “Casos de África Suroccidental (Segunda Fase)”, 1966, la mayoría de los integrantes de la Corte Internacional de Justicia omitió considerar el fondo del argumento de que Sudáfrica había

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

violado sus obligaciones internacionales; sin embargo, en su opinión disidente, el Juez Tanaka abordó las cuestiones sustantivas planteadas por las partes. Sudáfrica argumentó que la política del apartheid era necesaria con el fin de promover el bienestar y progreso social de los habitantes del Territorio y presentó un sinnúmero de testigos y peritos para sustentar su argumentación. El Juez Tanaka, al enunciar lo que en su opinión era una norma internacional consuetudinaria de no discriminación por motivos de raza, consideró que el trato diferente se permite cuando es justo o razonable y que la justicia o razonabilidad excluyen la arbitrariedad.

La arbitrariedad prohibida se refiere al hecho simplemente objetivo y no a la condición subjetiva de los involucrados. En consecuencia, la arbitrariedad puede establecerse independientemente (...) del motivo o finalidad". Y concluyó: "Por lo tanto, la práctica del apartheid es fundamentalmente carente de razón e injusta. La no razonabilidad y la injusticia no dependen de la intención o motivo del Mandato, a saber su mala fides.

Existen varios tratados de derechos humanos que contienen definiciones sobre los temas de discriminación.

1.- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la misma que sobre el tema prescribe en una de sus partes:

En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. (Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 1965, Art.1)

2.- Convenio de la OIT relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (C.111) establece que la discriminación está entrelazada con la exclusión o reducción de derechos por motivos de sexo, raza, color u otros agentes sociales, políticos o religiosos, que reducen notablemente la posibilidad de acceso a un empleo u ocupación. (1958, art.1)

3.- Convención de Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, la UNESCO a través de la convención ha indicado:

A los efectos de la presente Convención, se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento,

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad...”. (Convención de Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, 1960, art. 1)

Principio de no discriminación .- Se entenderá por discriminación, según establece la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo. También se entenderá como discriminación la homofobia, la misoginia, cualquier manifestación de xenofobia, la segregación racial, el antisemitismo, así como la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia. Discriminar quiere decir dar un trato distinto a las personas que en esencia son iguales y gozan de los mismos derechos; ese trato distinto genera una desventaja o restringe un derecho a quien lo recibe.

Todas las personas pueden ser objeto de discriminación; sin embargo, aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad o desventaja, ya sea por una circunstancia social o personal, son quienes la padecen en mayor medida.

La discriminación la podríamos dividir en discriminación:

Estereotipos.- Un estereotipo es una imagen o idea comúnmente aceptada, con base en la que se atribuyen características determinadas a cierto grupo o tipo de personas, que lleva a considerar a todos sus integrantes o a todas ellas como portadoras del mismo tipo de características, sin que dicha atribución obedezca a un análisis objetivo y concreto de las características específicas de la persona de que se trate.

En términos generales, un estereotipo se forma al atribuir características generales a todos los integrantes de un grupo, con lo que no se concibe a las personas en función de sus propias características, sino de ideas generales, a veces exageradas y frecuentemente falsas, que giran en torno a la creencia de que todos los miembros del grupo son de una forma determinada.

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

Prejuicios.- Un prejuicio se forma al juzgar a una persona con antelación, es decir, prejuzgarla, emitir una opinión o juicio —generalmente desfavorable— sobre una persona a la que no se conoce, a partir de cualquier característica o motivo superficial. Los prejuicios son una forma de juzgar lo distinto a nosotros sin conocerlo, considerando lo diferente como malo, erróneo, inaceptable o inadecuado. En muchas ocasiones la discriminación obedece a patrones socioculturales tradicionalmente aprendidos y repetidos, en cuya transmisión y perpetuación el medio familiar y el entorno social desempeñan un papel muy importante, ya que a partir de dichas interacciones las personas comienzan a establecer criterios de selección en distintos ámbitos. Es común que un niño aprenda y repita las prácticas igualitarias o discriminatorias que observa en su entorno familiar.

A partir de los estereotipos y los prejuicios, resultado de la incompreensión, el temor, el rechazo y la falta de respeto a las diferencias, se genera la intolerancia. Se suele rechazar, juzgar, evitar, excluir, negar, desconocer o, incluso, eliminar y suprimir con base en estos motivos. La intolerancia imposibilita la convivencia en armonía entre los distintos grupos y personas, y lo que debemos buscar en función de la igualdad y la paz social es precisamente la convivencia armónica de todas las diferencias; es decir, la tolerancia.

Discriminación sistémica.- La discriminación contra personas y grupo no ha terminado, está arraigada en el la misma conducta y la estructura organizacional de una sociedad la misma que a menudo involucra como cotidiano los actos de discriminación indirecta o no cuestionados. Esta discriminación sistémica, se da a través de normas legales, actuaciones políticas, actitudes o prácticas culturales que son predominantes en el sector privado y público, las mismas que generan desventajas para algunos grupos y privilegios para otros. (Observación General 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009, párr. 12)

La discriminación en la esfera privada.- A menudo se observan casos de discriminación en la familia, el lugar de trabajo y otros sectores de la sociedad. Esta aquí la tarea estatal, que para combatir este tipo de discriminación y todas las existentes deben aprobar normas que incluyan medidas y procedimientos, para velar por que las personas que sufran tratos prohibidos, identificados como discriminación en la esfera privada. (Observación General 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009, párr. 11)

La discriminación puede presentarse en distintas formas:

Discriminación de hecho. Consiste en la discriminación que se da en las prácticas sociales y a través de los funcionarios públicos, principalmente, cuando se trata de modo distinto a algún sector o

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

persona, como por ejemplo el tarto que se da las mujeres o a las personas mayores; tiene que ver más con el aspecto moral.

Discriminación de derecho. Es aquella que se encuentra establecida en la ley, sin daros cuenta podemos estar vulnerando los derechos establecidos, por la aplicación de criterios prohibidos que contengan discriminación, mediante la mismas se da trato distinto a un sector de la sociedad o persona, pero un trato que contrario a buscar la igualdad enmarca una desigualdad. Por ejemplo, si una ley que estableciera que las mujeres perderían su nacionalidad si contrajeran matrimonio con un extranjero, pero que esta ley no afectara a los hombres que estuvieran en semejante situación; aparentemente la noma es legal, sin embargo por contener la misma una consideración contraria con el hombre, esta es discriminatoria

Discriminación directa. Cuando se utiliza sin ocultamiento algunas acciones discriminatorias, como por ejemplo pedir en el lugar de trabajo, solo hombres o mujeres solteras.

Discriminación indirecta. Se da esta discriminación cuando pese a tener un señalamiento explícito de que no se debe realizar, respetando los criterios prohibidos de discriminación, se generan actuaciones normativas o de acción que aparentemente son neutras. Por ejemplo, cuando para obtener un puesto de trabajo se solicitan requisitos no indispensables para el mismo, como tener una cierto corte de cabello.

Discriminación por acción. Cuando se discrimina mediante la realización de un acto de manera directa o conducta que afectan directamente a la persona.

Discriminación por omisión. Cuando la protección está establecida en la ley, sin embargo no la aplico, con dicho accionar permito que la discriminación en contra de algún sector de la población o persona se efectivice, sin mayor oposición o inconveniente. **Discriminación sistémica.** Se refiere a la magnitud de la discriminación de hecho o de derecho en contra ciertos grupos en particular. (Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2018)

Principio de estabilidad laboral .- Como idea primaria, se puede afirmar que la estabilidad laboral, es el derecho que tiene un trabajador a permanecer en un puesto de manera continua e inamovible, cumpliendo con las exigencias que el mimo amerita o exige.

Lo prescrito se puede entrar un punto de contraste, con los criterios emitidos dentro de la Sentencia del 31de agosto de 2017, caso Lagos del Campo vs. Perú, dicta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en su parte pertinente manifiesta:

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

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, 2017)

La estabilidad laboral, como derecho, no se debe ni se puede tocar, como todos los derechos de los trabajadores es intangible, ahora bien pero hasta qué grado se entiende este derecho, como se indicó, al inicio la estabilidad en su nacimiento tan solo se limitaba a combatir que un trabajador abandone su puesto de trabajo, ya evolucionando conceptualmente el término estabilidad laboral, se desprende que es una derecho a no ser arbitrariamente separado de su puesto, para lo cual se debe contar con una suficiente motivación y no solo el requerimiento del empleador.

En los contratos ocasionales que están más sujetos a la unilateralidad, se debe respetar este derecho y motivar la razón de la terminación de la relación laboral, más aún cuando ha venido prestando un sin número de años los servicios a la misma institución.

La historia nos refiere a la primera constitución ecuatoriana, la misma que analizada por el profesor Pérez, nos hace varias distinciones entre las que podemos destacar por el tema:

Que la primera Constitución del Ecuador, 1830, atribuida al presidente el nombramiento de todos los puestos disponibles, esto cuando entrare en receso la legislatura, adicional a aquello podía suspenderlos de sus actividades, pero este accionar solo y cuando contenga autorización del Consejo de Estado, pero como toda regla tiene una excepción, esta suspensión o destitución, se la realizaba siempre y cuando este plasmada en una sentencia judicial. (Pérez, 2014, p.6)

Es así como el Estado Colombiano, en sus primeros años, tratando sobre la consideración de estabilidad de los contratos provisionales, les dotó de una cierta estabilidad, al respecto se ha encontrado:

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,... 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. (García, 2011, p. 130)

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

Pero la temporalidad, como garantía de estabilidad no se las puede otorgar si no ingresaron al sector público a través de un concurso público, regla que no permite contradicción o excepcionalidad, pues de ser así estaríamos frente a un accionar discriminatorio y no igualitario, viendo esto desde un profesional que considera tener iguales o mejores aptitudes que el funcionario ha obtenido una estabilidad sin contar con un concurso público.

GARANTÍA JURISDICCIONAL

Acción de protección.- Un Estado garantista se compone por la tutela de los que el mismo da a los derechos fundamentales, logrando esto mediante la maximización de los valores más importantes de la persona, estos derechos y valores que se les reconoce a las personas se convierten también en el límite de acción del poder estatal. (Zavala, 2011)

Los derechos de la persona fundamentales se encuentran prescritos en normas – principios de rango constitucional, pero estas no son sólo decisiones políticas, sino que tienen una justificación externa axiológica o valorativa que se proyecta en el Ordenamiento jurídico. Por ejemplo el valor de la igualdad jurídica, esencial para la definición de una persona, determina que haya tutela sobre las identidades o diferencias personales o que exista prohibición de las desigualdades sociales... (Zavala, 2011, p. 70)

La Acción de Protección se encuentra establecida en el artículo 88 de la Constitución del Ecuador de 2008, la misma que busca la protección eficaz y directa de los derechos contemplados en la Constitución de la República del Ecuador, al igual que los determinados en instrumentos de derechos humanos de jerarquía internacional; acciones u omisiones que limite el ejercicio de los derechos protegido, afectando al ciudadano de manera directa, pudiendo ser esta por cuestiones de discriminación.

La protección de los derechos fundamentales que debe garantizar el Estado, según estas normas, no es cualquier protección. Se trata de una tutela efectiva, esto es, una protección que garantice que en la práctica los derechos sean respetados por todos. (Storini & Navas, 2013, p. 53)

Procedencia.- Para la protección eficaz de los derechos se interpone una acción de protección, pero a que se refiere el amparo eficaz, desde el punto de vista jurídico sería la protección de un derecho de manera inmediata, logrando así la validez de las normas que contienen esta acción jurisdiccional. Esta eficacia debe ser apreciada de manera material, temporal y personal.

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

La acción de protección procede, cuando aparece la vulneración, limitación, menoscabo o extinción de uno o más de los derechos constitucionales protegidos; además si existe vulneración de los derechos humanos garantizados en el cuerpo normativo internacional.

Por tanto, una acción de protección, puede ser interpuesta por los siguientes casos:

- 1.- Por actos u omisiones, sean de autoridad competente pública; sean estas en la aplicación o generación de políticas públicas o la dotación, conservación y mantenimiento de servicios públicos, que vulneren los derechos salvaguardados.
- 2.- Por acción u omisión de personas naturales, en el cumplimiento de las normas, con lo cual provoque grave daño a lo ciudadanía, que se encuentra bajo subordinación del poder, sea cultural, religioso, social o económico.
- 3.- Además se puede presentar la acción constitucional en contra de la persona que cometa actos de discriminación

El artículo 40 de la LOGJCC establece que la acción podrá presentarse 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; 3) Inexistencia de otro mecanismo de defensa jurídica adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. (Storini & Navas, 2013, p. 100).

Como podemos apreciar uno de los elementos esenciales, a más de la vulneración de derechos, es que no exista ninguna vía judicial o administrativa que proteja los derechos vulnerados, este análisis debe ser efectuado por el juez que conoce la causa y en la resolución de manera motivada indicar que existe otro método eficaz para la protección, es aquí el detalle la eficacia, pues lo que se busca es evitar la mayor degradación del derecho por el tiempo.

Características .- La acción de protección tiene como finalidad:

- a) Declaratoria de un derecho vulnerado
- b) La protección oportuna del derecho fundamental vulnerado.
- c) Reparación del derecho violentado, dicha reparación puede ser de manera material e inmaterialmente.

La referida reparación tiene que ver con restablecer el derecho al momento mismo de la afectación.

En caso de no poder hacerlo observar las reglas o medios pertinentes para compensar el derecho.

En resumen, podemos indicar las formas como se puede reparar el derecho:

- Restablecimiento del derecho vulnerado;

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

- Compensación económica por el derecho afectado;
- La seguridad de no repetición, es decir que el acto u omisión no se vuelva a producir,
- Si el caso lo amerita las disculpas públicas en algún medio de comunicación.
- La Corte Interamericana de derechos Humanos ha indicado, que la misma sentencia ya constituye un medio de reparación.

Otras características de la acción de protección que podemos destacar son:

1. Es de carácter universal, puesto que protege o ampara todos los derechos consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con las excepciones de los derechos protegidos por las otras garantías jurisdiccionales antes mencionadas.
2. Es de carácter preferente puesto que su procedimiento debe ser sencillo, rápido, eficaz y oral en todas sus fases e instancias.
3. No se deben aplicar las normas procesales comunes que tiendan a retardar su ágil despacho.
4. Solo con la ejecución de la sentencia en su totalidad, se termina el proceso de protección a través de la acción constitucional.
5. Constituye una acción de rango constitucional y de carácter extraordinario, que no responde a los procedimientos y normas de la justicia ordinaria.
6. Es de carácter subsidiario, pues se la presenta cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial adecuados y eficaces para proteger el derecho violado.
7. Puede presentarse en forma independiente o conjuntamente con medidas cautelares. Las medidas cautelares tienen como objetivo evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos fundamentales y los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales. Entre las medidas cautelares podemos indicar: Comunicar a la persona o autoridad la obligación de detener o prevenir la violación; la suspensión provisional de acto, la orden de vigilancia policial; la visita al lugar de los hechos, etc. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad.

Hay que indicar que la acción de protección no es subsidiaria, pues se la puede ejercer sin la necesidad que se haya ahotado la vía judicial ordinaria, lo que si sucede en otros procesos.

No es excepcional, pues a cualquier vulneración de un derecho fundamental se puede accionar esta garantía, buscando la reparación del derecho fundamental vulnerado.

Es si una acción alternativa, pues el accionante al sentirse afectado en su derecho fundamental, si es su deseo puede optar por la justicia ordinaria o la constitucional, esta opción se entabla en que el juez

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

aprecie la existencia de un derecho violado y que no exista otro medio judicial para su protección o reparación.

Trámite.- La acción de protección siempre debe ser admitida por el juez a efectos de sustanciarla, no puede dejar de hacerlo, a menos que aparezca manifiesto que trata de protegerse un derecho que tiene garantía jurisdiccional específica como son hábeas corpus, acceso a la información pública, habeas data, acción de incumplimiento o se trate de acto judicial que ha vulnerado derechos constitucionales. (Zabala, 2011, p. 143)

Se debe señalar que existen casos en las cuales la mencionada acción de protección, no tiene fundamento para ser presentada o tratada, casos que referimos a continuación:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.
2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.
3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.
4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.
5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.
6. Cuando se trate de providencias judiciales.
7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral. En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, p. 15, Art. 42)

Podemos enumerar las circunstancias o los pasos que conlleva la acción de protección:

- a) No se requiere el patrocinio de un abogado o abogada.
- b) Una vez presentada la acción de protección, la jueza o juez debe calificar la acción en 24 horas; y, de manera inmediata convocar a la audiencia pública, para resolver; en la misma, debe intervenir el afectado de manera personal o a través de su abogado; al igual que la institución o persona natural accionada.
- c) De ser necesario, el juez sustanciador puede disponer la práctica de pruebas y suspender la acción.
- d) Si no asiste la parte accionante a la audiencia, corre la suerte de ser considerado dicho acto como desistimiento.

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

- e) Al contrario, si no asiste la parte accionada, se debe desarrollar la audiencia en la cual se debe justificar la violación del derecho reclamado.
- f) Es la entidad pública o persona accionada la que debe probar que su accionar no se puede considerar vulneratorio a los derechos protegidos, toda vez que lo dicho por el accionante se considera verdadero.
- g) La intervención en la audiencia de las partes será en un inicio de 20 minutos por cada una y en una segunda oportunidad de 10 minutos.
- h) Efectuada la audiencia oral, el juzgador debe emitir su resolución de manera motivada y de forma oral
- h) De probarse la vulneración, así será declara mediante sentencia y se dispondrá los medios de reparación idóneos, que se vio anteriormente; indicando el cómo, el cuándo, la forma y el tiempo en que se debe cumplir.
- i) Por ser un derecho constitucional, cualquiera de las partes está en la posibilidad de apelar ante el superior de lo decisión adoptada en primera instancia. Se puede apelar en la misma audiencia, luego de la sentencia y fundamentar la misma a posteriori o hacerlo luego de 3 días de emitido el fallo.
- j) Recordemos que la apelación no es un medio para suspender la ejecución de la sentencia, siempre que el accionado sea el apelante.

Caso relacionado - Número 04243-2019-00019

Dentro del presente caso se puede extraer consideraciones específicas que toman en cuenta los jueces para otorgar una estabilidad condicional a los funcionarios con contratos ocasionales, como son el tiempo ininterrumpido de más de cuatro años, ocupar el mismos puesto regido por la LOSEP, estabilidad condicional que la tienen los nombramientos provisionales y que no se la puede ocultar por el principio de prevalencia de la realidad.

CUADRO RESUMEN Nro. 1

SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE CARCHI	
Accionado	MSC. BENAVIDES FUENTES CRISTIAN ANDRES, ALCALDE DEL GAD MUNICIPAL DE TULCAN
Caso	04243-2019-00019
Acción de protección	SEGUNDA INSTANCIA – APELACIÓN
Juez Ponente	DRA. ANA ELIZABETH OBANDO CASTRO
DESICIÓN TOMADA	

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

b) ...reintegrar a los referidos Accionantes a sus lugares de trabajo que venían desempeñando al momento de ser separados del puesto de trabajo, con los mismos derechos, hasta que el GADM Tulcán convoque por medio de la Unidad de Talento Humano, al respectivo concurso de méritos y oposición, donde los accionantes tendrán la oportunidad de participar en el concurso y de resultar ganadores acceder al nombramiento definitivo. (Sala Multicompetente de la Corte Provincial De Justicia De Carchi, Caso 04243-2019-00019, sentencia 31 de enero del 2020)

FUNDAMENTACIÓN

... esta forma, este derecho constitucional se configura por medio de la vigencia y observancia de sus garantías básicas, entre ellas, la prevista en el artículo 76 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, que textualmente señala: "Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes". (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 76). 9.8. De la prueba aportada dentro del proceso, se puede evidenciar que los oficios por medio de los cuales de manera unilateral se ha dado por terminado la relación laboral existente entre los accionantes y el GADM Tulcán, han surtido sus efectos y han tenido como consecuencia la separación del puesto de trabajo, por ello la pretensión de los Accionantes consiste en el reintegro a su cargo. La defensa de los Accionantes ha señalado que, que se ha producido una sucesión de contratos ocasionales, que se ha desnaturalizado el contrato ocasional para volverse permanente. La Corte Constitucional en Sentencia N.º 048-17-SEP-CC; caso N.º 0238-13-EP.1; ha manifestado que: "La suscripción de contratos ocasionales sucesivos e ininterrumpidos más allá de lo dispuesto en la normativa legal pertinente, equivale a la desnaturalización del contrato de trabajo de modalidad ocasional en el servicio público, cuyo objeto es cubrir una emergente necesidad institucional, precautelando de esta manera el servicio de la administración pública que debe ejecutarse con eficacia y eficiencia. Así, la dilación de la necesidad institucional por sobre el tiempo que establece la ley para la duración de los contratos ocasionales y para su renovación evidencia la necesidad estable del trabajo realizado y la consecuente responsabilidad de la institución

pública de convocar a un concurso de méritos y oposición para seleccionar a la persona que cubra el cargo que se requiere". (Sala Multicompetente de la Corte Provincial De Justicia De Carchi, Caso 04243-2019-00019, sentencia 31 de enero del 2020)

Materiales y métodos

El trabajo fina de investigación mantiene un enfoque **cualitativo**, por cuanto contiene argumentos de hechos que son contrastados con requisitos legales, confrontación que da origen a la problemática investigada.

En cuanto a la metodología, se basó la investigación en el tipo **bibliográfica**, por cuanto a través de normas, tratados, convenios, doctrina y sentencias se consiguió la información necesaria para contrastar las variables y dar respuesta a la interrogante planteada, base de la investigación.

El trabajo investigativo se basa en la **investigación descriptiva**, la misma que se basa en la problemática de manera teórica; pues inicia la misma con un diagnóstico del problema, efectuando un análisis de casos seleccionados.

La investigación realizada fundamentalmente **es de gabinete**, pues su característica investigativa es en análisis de casos, en un escritorio, no se la efectuó en el campo para tomar información.

En el trabajo se utilizó la sentencia de segunda instancia y de la Corte Constitucional ecuatoriana respecto a la acción de protección, tipos de contrato laboral utilizados en el sector público, la forma de ingresar a ocupar vacantes laborales en el sector público.

Para el análisis se utilizó procesos extraídos del sistema de consulta de proceso de la función judicial eSATJE, los mismos que fueron conducentes para plantear el problema, en segundo lugar se utilizó las sentencias emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para verificar se las sentencias emitidas por los organismos de administración de justicia están apegados a la soportes protectoras de derechos de más alto nivel.

Discusión

Dentro la normativa legal vigente, concordante con lo estipulado en la Constitución de la República del Ecuador, la misma que en su articulado determina que el único medio para ingresar al servicio público es a través del denominado concurso público de méritos y oposición, obviamente existiendo salvedades para esto, las mismas que indica que solo en los casos que las servidoras y servidores

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

públicos sean de elección popular o de libre nombramiento y remoción, su ingreso será sin un concurso, mientras tanto se debe respetar lo determinado en el Art. 228 del cuerpo legal señalado.

Sin embargo a lo manifestado, no podemos dejar pasar por alto las otras formas de selección que se dan para acceder al servicio público, como es el caso de los concursos por méritos, en este medio o forma de selección de personal lo más importante es el perfil, capacitaciones de postulante, al igual que la experiencia en el puesto o campo requerido por la administración pública, pero la misma es justificada a través de certificados debidamente extendidos, en este proceso no se llega a evaluar este conocimiento a través de la rendición de pruebas, etapa que ayuda a la medición objetiva de las competencias.

Este tipo de procesos de concurso por méritos, se los desarrolla usualmente para vincular profesionales por medio de contratos ocasionales, sin embargo no deja de ser un concurso el mismo que dentro de sus fases debió estar debidamente publicitado y de ser de fácil acceso a los ciudadanos conocer de dicha convocatoria, para que quién cumplan con el perfil requerido se pueda postular.

Aquí no se da la fase de oposición que viene hacer la fase de impugnación del candidato o candidatos que están por alcanzar el cargo ofertado, el subsistema reclutamiento y selección de personal del sector público, lo establece de la siguiente manera:

La Oposición es el componente del concurso de méritos y oposición en el cual se recogen las eventuales impugnaciones presentadas por terceras personas respecto de las capacidades, aptitudes y méritos de las o los aspirantes para cada uno de los puestos vacantes, escogidos en un número de hasta cinco con más altos puntajes finales. (Subsistema reclutamiento y selección de personal del sector público, 2013, p. 19, art.41)

La misma norma en el año 2019, ha indicado que la oposición es una verificación de competencias a través de pruebas y entrevistas.

Partiendo de esta premisa, es menester indicar que la ley que rige al empleo en la administración pública, regula este ingreso, indicando las formas de hacerlo, los derechos y obligaciones del servidor público, es la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), la misma que exterioriza tres tipos de contratos que se generan para el ingreso al servicio público, siendo estos: 1. Nombramiento definitivo; 2. Nombramiento provisional; 3. Contrato ocasional.; actividades que se encuentran regladas por el Reglamento a la ley en tratativa.

La interrogante del ingreso al sector público, es decir el cuándo se puede emitir este tipo de nombramientos provisionales, la resolvemos aplicando lo indicado en la ley:

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

... c.- Para ocupar un puesto cuya partida estuviere vacante hasta obtener el ganador del concurso de méritos y oposición, para cuya designación provisional será requisito básico contar con la convocatoria. Este nombramiento provisional se podrá otorgar a favor de una servidora, un servidor o una persona que no sea servidor siempre que cumpla con los requisitos establecidos para el puesto. ... no se les puede dar nombramientos provisionales a través de la celebración de contratos de servicios ocasionales. (Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público, 2011, Art. 18.)

Pero estas formas contractuales solo son el medio como se plasma el ingreso al servicio público, en ninguna se dispone, pues tampoco se puede hacerlo, que no se realice un concurso para el ingreso al servicio público, pues este requisito es norma constitucional; ahí ratifica la problemática planteada.

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.11, art. 11)

Lo dicho en concuerda con lo estipulado en la carta magna, que indica: “Se reconoce y garantizará a las personas: ... 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 66)

El subsistema reclutamiento y selección de personal del sector público, en su artículo 4 claramente indica que se debe permitir el acceso a estos concursos a todas y todos los ciudadanos, sin discriminación alguna

Es el proceso por el cual se convoca a todas las personas que se encuentren legalmente habilitadas para el ingreso y desempeño de un puesto en el servicio público, según los requisitos establecidos en la convocatoria relativos al descriptivo y perfil del puesto, para participar en el proceso de selección determinado en la presente norma. Todo concurso de méritos y oposición será abierto. (Subsistema reclutamiento y selección de personal del sector público, 2019, art. 4, p.2)

Al indicar esto, en todas las normas se garantiza el derecho a no ser discriminado en ninguna de las formas, a ser considerada igual a cualesquier persona y esta igualdad contempla a las mismas oportunidades; aplicando lo manifestado por la norma constitucional la Corte Constitucional emite

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

una resolución a la consulta normativa, art. 25 y la disposición transitoria novena de la Ley de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19.

Dicha interpretación trae como premisa, la consideración que se declare la inconstitucionalidad del articulado 25 y de la Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19; esto al considerar que la constitución de manera expresa determina el derecho a la no discriminación y por consiguiente a la igualdad, tornándose la desigualdad o discriminación como los hechos más gravosos que limitan e impide el derecho a acceder al ejercicio de un cargo público, pues no todas las personas pueden participar en dichos concursos. Así también, mediante dichas normas el legislador desconoce y evade disposiciones constitucionales expresas, y desnaturaliza los concursos de méritos y oposición, única manera de ingresar al servicio público.

Al establecer las resoluciones de las acciones de protección, en modo de reparación que de manera directa un servidor público, con contrato ocasional, se le conceda estabilidad condicionada, es decir hasta que se efectúe el concurso para nombramiento definitivo, se transgrede la Constitución y el principio de seguridad jurídica.

... la dilación de la necesidad institucional por sobre el tiempo que establece la ley para la duración de los contratos ocasionales y para su renovación evidencia la necesidad estable del trabajo realizado y la consecuente responsabilidad de la institución pública de convocar a un concurso de méritos y oposición para seleccionar a la persona que cubra el cargo que se requiere...(Corte Constitucional, 2017, N.º 048-17-SEP-CC. caso N.º 0238-13-EP.1)

Al disponer que se reintegre a los empleados a sus puestos de trabajo que venían desempeñando al momento de ser separados e indicar que este reintegro es hasta que la Unidad de Talento Humano, convoque y resuelva al respectivo concurso de méritos y oposición, donde los accionantes tendrán la oportunidad de participar en el concurso y de resultar ganadores acceder al nombramiento definitivo (04243-2019-00019)

Para el perfeccionamiento de esta nueva modalidad de ingreso al sector público, nombramiento provisional, se debe ejercer el concurso pertinente, no simplemente disponer la estabilidad condicionada, vulnerando el derecho a la igualdad, al acceso a ese cargo público a otro miembro de la sociedad.

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

Más aún cuando que el estar en un cargo no significa que pertenezca al funcionario, sino más bien que el cargo público pertenece a la sociedad para su servicio y al frente de este debe estar la persona más capacitada, por ello la importancia de los cursos, sean estos internos o externos.

La sentencia No. 3-19-JP/20, define lo que es un nombramiento provisional e indica que se celebrarán solo por circunstancias no permanentes; haciendo un análisis de la ocupación de este tipo de contratos prescribiendo:

171. Las instituciones públicas han aplicado como regla común la contratación de personal bajo esta modalidad, situación que no permite a los trabajadores y trabajadoras alcanzar estabilidad y permanencia en la institución. En ese sentido, si bien el objeto de este contrato es responder a una necesidad institucional temporal y excepcional, la Corte Constitucional ha sostenido que mantener al trabajador o trabajadora bajo esta modalidad por un tiempo indefinido pasado el año, da a entender que la necesidad institucional ya no es temporal, sino permanente. (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, sentencia No. 3-19-JP/20)

Pero claramente habla de la necesidad institucional, que al ser esta se debe llamar a concurso de méritos y oposición, para que una persona llene el cargo generado, no se indica que se debe otorgar nombramiento provisional, a través de generar una estabilidad condicionada a la persona que lo está desempeñando el mismo.

Se había indicado que estas acciones de otorgar estabilidad condicionada a los servidores que no la poseen, trasgresión de la seguridad jurídica; pero el derecho a la Seguridad Jurídica debe ser entendida de manera diferente a un medio de organización del sistema jurídico, es decir no se trata solo de un principio abstracto e inmaterial, sino que también se traduce en acciones concretas en la vida de las personas, como la igualdad a acceder a un cargo público.

Según lo establece la norma suprema del Ecuador, en su artículo 82, el derecho a la Seguridad Jurídica, se sostiene en el respeto a todas las normas legales y legítimamente constituidas, es decir apegadas a la norma constitucional; normas previamente establecidas, pero de manera legal y legítima. Las normas deben ser claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, siendo esta la única forma que se cimienta la denominada certeza jurídica y confianza de los ciudadanos ante el cumplimiento de la legislación en nuestro país. Por ello, con la sola responsabilidad de las autoridades públicas al acatar y respetar el ordenamiento jurídico existente, de manera clara y sin interpretaciones extensivas en contra del interés general, se logra la paz social, caso contrario,

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

acontece una creciente incertidumbre en torno a la aplicación de dichas normas. (Sentencia Nro. 016-15-SEP-CC)

Por lo visto el derecho a la Seguridad Jurídica, viene a ser el sostén de todo sistema jurídico y cimiento de confianza del ciudadano, en que las distintas actuaciones de los poderes públicos, se las hace legalmente; por lo dicho se debe observar que toda actuación jurisdiccional o de autoridad competente, este apegada a estas normas vigentes, por lo cual la seguridad jurídica constituye un derecho que se sustenta en la certidumbre que tienen las personas de que los diferentes aspectos sociales, además que las actuaciones de las autoridades, funcionarios se enmarquen dentro de las disposiciones constitucionales y legales, caso contrario, las mismas carecerán de validez. (Sentencia Nro. 023-13-SEP-CC)

Por existir el requisito constitucional que para ingresar al servicio público en calidad de servidor debe pasar una selección a través de concursos, sean de méritos o méritos y oposición, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diferentes sentencias ha indicado que no se debe considerar el transcurso del tiempo un medio de ingreso al servicio público, más cuando la constitución prevé concursos.

Así, en respeto al verdadero significado de estabilidad laboral, la corte Interamericana de derechos Humanos en la sentencia del trámite Lagos del Campo vs. Perú, indicó:

... 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, 2017, caso Lagos del Campo vs. Perú, 31 de agosto de 2017)

Al igual la sentencia emitida dentro del proceso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela. Sentencia emitida el 8 de febrero de 2018, prescribe:

El Estado alegó que tal reincorporación implicaría un exceso contrario a disposiciones constitucionales expresas, pues está establecido que el ingreso a la carrera administrativa funcional en Venezuela debe ser mediante concurso pública y que sólo a través de este mecanismo se puede aspirar a obtener la condición de funcionario de carrera y la estabilidad que la misma proporciona.

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

... lo que la Corte IDH hace es proteger el derecho al trabajo con independencia de que exista o no la posibilidad de tener estabilidad laboral; por lo que inclusive en aquellos supuestos de despidos de contratos temporales renovables tienen que mediar obligaciones mínimas, como lo son una adecuada motivación o bien la posibilidad de contar con recursos judiciales que tutelen el acceso a la justicia de derechos constitucionales y convencionales.

Lo que determina la corte no es una estabilidad, sino que en caso de desvinculación de los servidores públicos por contratos ocasionales, estas desvinculaciones deben darse por aspectos o motivos debidamente justificados, no simplemente con una carta o memo de agradecimiento, así se logra afectar la proyección de vida ; esta terminación de la relación laboral, se la debe motivar adecuadamente por más acto administrativo discrecional que sea merece contar con los requisito mínimos y esos requisitos son plenamente conocidos por las administraciones públicas.

La transitoria Séptima de la Ley Orgánica del servicio Público, es la aplicada como fundamento para el otorgamiento de esta estabilidad condicionada, que la contiene un nombramiento provisional, sin embargo en la transitoria antes referida, se indica claramente: “Como excepción y por esta ocasión, las personas que a la presente fecha mantengan vigentes contratos de servicios ocasionales por más de cuatro años” (Ley orgánica del servicio público, 2016, transitoria sétima, p.59); en primer lugar esta transitoria es una excepción no una constante como se ha venido aplicando, e indica claramente que a la fecha, siendo la última modificación 20-dic.-2016, violentando flagrantemente el principio de seguridad jurídica por aplicar normas caducas.

SEPTIMA.- Como excepción y por esta ocasión, las personas que a la presente fecha mantengan vigentes contratos de servicios ocasionales por más de cuatro años en la misma institución, a través de renovaciones o firma de nuevos contratos, previo el concurso de méritos y oposición, en el que se les otorgará una calificación adicional que será regulada en el reglamento a esta ley, en función de la experiencia en el ejercicio del cargo, ingresarán directamente a la carrera del servicio público, en el mismo nivel remunerativo que venían manteniendo, mediante la expedición del respectivo nombramiento permanente, siempre que no se trate de aquellos puestos excluidos de la carrera; sin perjuicio, de la reclasificación que a futuro pudiera realizarse para ubicarlos en el grado que le corresponda y de las acciones que pudieran efectuarse de ser el caso, ante el incumplimiento de las normas legales vigentes, a la fecha de suscripción de los respectivos contratos. Los demás servidores que laboran con contratos de servicios ocasionales vigentes a la presente fecha, podrán continuar

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

prestando servicios; y, sus contratos se ajustarán a las disposiciones para los contratos ocasionales señalados en esta ley. (Ley Orgánica del Servicio Público, 2016, transitoria séptima, p.59)

Conclusiones

En busca de proteger el derecho a la estabilidad laboral, en las acciones constitucionales de acción de protección, los señores Jueces, como medio de reparación viene otorgando de una u otra manera nombramientos provisionales, pues disponen el reintegro del servidor público, hasta que se efectúe el concurso público, empero ha olvidado que para otorgar esa estabilidad condicionada se debió ya realizar un concurso público, pues el tiempo como indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos no otorga al empelado la calidad de servidor público y una estabilidad.

La referida estabilidad laboral, que protegen las sentencias de Acción de protección, deben ser entendidas como la garantía de no dar por terminada una relación laboral sin una verdadera justificación, es decir por causas que sean conducentes a la decisión que se toma; esta estabilidad no puede ser considerada como un derecho a permanecer en un puesto de trabajo, así la anota la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo cual la protección de la estabilidad laboral no puede ser el sustento de otorgar nombramientos provisionales.

Se colige que se faculta a la institución a firmar un nuevo contrato ocasional con el funcionario que ya estuvo más de cuatro años, siempre y cuando se hay efectuado un concurso, la ventaja por así llamarla del funcionario sería el recibir un puntaje adicional por la experiencia.

Referencias

- Comisión Nacional de derechos humanos. (2018). El derecho a la no discriminación. CENADEH/ECTP. <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/21-Discriminacion-DH.pdf>
- Fierro, A. E. (2017). Responsabilidad de los servidores públicos: del castigo a la confianza. FCE - Fondo de Cultura Económica.
- Organización Internacional del Trabajo. (2022). Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. Adoptada en la 86.a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1998) y enmendada en la 110.a reunión (2022). https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716596.pdf

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

- Parada, R. (2012), *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, ediciones jurídicas y sociales s.a., Madrid.
- Pérez, E. (2019), *Manual de derecho administrativo. Segunda edición*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.
- Pérez, E. (2014). *Manual de derecho procesal administrativo. Primera edición*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito
- 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>
- Storini, C. y Navas, M.. (2013). *La acción de protección en Ecuador Realidad jurídica y social*. Corte Constitucional del Ecuador. http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/La_accion_de_proteccion_Ecuador_2013/La_accion_proteccion_Ecuador_2013.pdf
- 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>
- Vega, M. y Martínez, D. (2002). *Los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Organización Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_wp_11_sp.pdf
- LEGISGRAFÍA**
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, Ecuador.
- Consejo Económico y Social. (2009). *Observación General Nro. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*. https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/General%20Comment%2020_2009_ESP.pdf
- Comité de derechos Humanos. (1989). *Observación General 18*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf>
- Código Orgánico Administrativo. (2017). Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, Ecuador.
- 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>

Los nombramientos provisionales por acción de protección y su incidencia en el principio de igualdad

- Corte Constitucional. (2021, 29 de septiembre) Sentencia No. 18-21-CN y 29-21-CN. https://www.fielweb.com/App_Themes/InformacionInteres/sentencia%20No.18-21-CN-21.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017, 31 de agosto). Caso Lagos del Campo vs. Perú. https://www.escribnet.org/sites/default/files/caselaw/full_judgment_caso_lagos_del_campo.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018, 08 de febrero). Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf
- Ley Orgánica Del Servicio Público (2016). Registro Oficial Suplemento 294, Última modificación: 20-dic.-2016, Quito, Ecuador. <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2017/01/LEY-ORGANICA-SERVICIO-PUBLICO.pdf>
- Ministerio de Relaciones Laborales. (2013). Subsistema Reclutamiento y Selección de Personal del Sector Publico. http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_subs.pdf
- Ministerio de Trabajo. (2019). Subsistema Reclutamiento y Selección de Personal del Sector Publico. http://www.emseguridad-q.gob.ec/mtdocuments/Norma_Tecnica_Substisma_Seleccion_personal.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (1958). Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), C11. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_Ilo_Code:C111
- Organización de las Naciones Unidas. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. (1965). https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cerd_SP.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (1960). Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-discrimination-education>
- Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público (2015). Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador.