



La terminación ilegítima de los contratos con nombramientos provisionales y la precarización laboral en la administración pública

The illegitimate termination of contracts with provisional appointments and job insecurity in the public administration

A rescisão ilegítima de contratos com nomeações provisórias e a precarização do emprego na administração pública

Martha Paola Loyola-Torres ^I

mployolat@ucacue.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-2390-1851>

Ana Zamora-Vázquez ^{II}

afzamorav@ucacue.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-1611-5801>

Diego Ormaza-Ávila ^{III}

daormazaa@ucacue.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0001-6633-6998>

Correspondencia: mployolat@ucacue.edu.ec

Ciencias Sociales y Políticas
Artículo de Investigación

* **Recibido:** 23 de agosto de 2022 * **Aceptado:** 28 de septiembre de 2022 * **Publicado:** 28 de octubre de 2022

- I. Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.
- II. Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.
- III. Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.

Resumen

En este trabajo de investigación se trató sobre los nombramientos provisionales dentro del ordenamiento jurídico del Ecuador, el mismo permitió establecer que con este tipo de nombramientos en la actualidad han dado como resultado la precarización laboral de los servidores públicos, puesto que se ha constituido en uno de los mecanismos más utilizados, lo cual ha desencadenado en la vulneración de derechos, quedando claro que para la realización de un nombramiento provisional debe existir un cargo creado dentro de la institución pública, la persona puede ocupar el mismo hasta llamar a un concurso de méritos y oposición, mismo que debe ser ganado para recibir un nombramiento definitivo, de acuerdo a lo expresado por la Corte Constitucional.

Además, esto ha dado como resultado que hoy en día se generen acciones de protección a gran escala y a pesar que los accionantes son restituidos por las unidades judiciales competentes, existe incertidumbre respecto al puesto de trabajo, lo que ha generado consecuencias negativas en el ámbito administrativo de las instituciones. Esta investigación se realizó a través del enfoque cualitativo con un nivel de profundidad descriptivo. También se aplicó el método inductivo – deductivo, analítico – sintético y dogmático jurídico.

Palabras clave: Trabajo; Derechos; Estabilidad; Personal; Precarización.

Abstract

In this research work, the provisional appointments within the legal system of Ecuador were discussed, it allowed to establish that with this type of appointments at present they have resulted in the job insecurity of public servants, since it has been constituted in one of the most used mechanisms, which has triggered the violation of rights, making it clear that in order to carry out a provisional appointment there must be a position created within the public institution, the person can occupy the same until calling a merit contest and opposition, which must be won to receive a definitive appointment, according to what was expressed by the Constitutional Court. In addition, this has resulted in large-scale protection actions being generated today and despite the fact that the plaintiffs are reinstated by the competent judicial units, there is uncertainty regarding the job, which has generated negative consequences in the administrative field. of the institutions.

This research was carried out through the qualitative approach with a descriptive level of depth. The inductive - deductive, analytical - synthetic and legal dogmatic method was also applied.

Keywords: Work; Rights; Stability; Staff; Precarization.

Resumo

Neste trabalho de pesquisa foram discutidas as nomeações provisórias dentro do ordenamento jurídico do Equador, o que permitiu estabelecer que com este tipo de nomeações atualmente resultaram na insegurança do emprego dos servidores públicos, uma vez que se constituiu em uma das mais mecanismos utilizados, o que tem desencadeado a violação de direitos, deixando claro que para realizar uma nomeação provisória deve haver um cargo criado dentro da instituição pública, a pessoa pode ocupar o mesmo até convocar um concurso de mérito e oposição, que deve ser vencido para receber uma nomeação definitiva, de acordo com o que foi expresso pelo Tribunal Constitucional. Além disso, isso resultou na geração de ações de proteção em larga escala hoje e, apesar de os demandantes serem reintegrados pelas unidades judiciárias competentes, há incerteza quanto ao trabalho, o que gerou consequências negativas no campo administrativo das instituições. . Esta pesquisa foi realizada por meio da abordagem qualitativa com nível descritivo de profundidade. Aplicou-se também o método indutivo - dedutivo, analítico - sintético e dogmático jurídico.

Palavras-chave: Trabalho; Direitos; Estabilidade; Funcionários; Precarização.

Introducción

Uno de los problemas que se han agudizado dentro del servicio público resultan los nombramientos provisionales, en la actualidad los procesos de selección no son acordes con lo establecido en la normativa. Vale la pena indicar que los nombramientos provisionales en la forma que están concebidos en la ley han dado paso a la precarización laboral.

Los nombramientos provisionales se han convertido en un tema importante dentro del Estado ecuatoriano, hoy en día por esta figura que consta dentro de la Ley Orgánica de Servicio Público, se han planteado acciones de protección con el fin de reparar los derechos.

Estos nombramientos son muy utilizados dentro del sector público, cabe indicar que para otorgar un nombramiento provisional debe existir un cargo y llamarse a un concurso de méritos y

oposición; sin embargo, en instituciones como el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Azogues, las personas ocupan los puestos de trabajo durante largo tiempo sin que haya existido el llamamiento al concurso y son despedidos sin razón alguna. Entonces, los servidores se ven obligados a pedir la reparación de sus derechos a través de la restitución a su puesto de trabajo hasta que se cumpla con el debido proceso; esto consiste en llamar al concurso de méritos y oposición pertinente.

Los nombramientos provisionales se han convertido en un tema de actualidad, pues en muchos casos las instituciones del sector público con la finalidad de ampliar los contratos de las personas que han ocupado un cargo público han realizado contratos a través de este tipo de nombramientos que dan lugar a que exista una precarización laboral, mismo que ha sido cómplice a la falta de existencia de seguridad del empleo, dando lugar a la contratación temporal y a la desprotección frente al despido.

Cabe precisar que, la contratación de las personas a través de los nombramientos provisionales, se considera una de las principales formas o mecanismos de realizar contratos en la administración pública, generando una inestabilidad y precarización laboral, además de realizar un desgaste de los recursos puesto que existen servidores que se encuentran en capacidad de desempeñar sus funciones y lamentablemente terminan el contrato y son separados de la institución.

Ahora bien, dentro de este artículo en su primera parte se hace una revisión de la Constitución y la normativa legal, para luego realizar un análisis sobre los nombramientos provisionales a través del análisis de un caso que se logró obtener en la Dirección de Talento Humano del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Azogues, mismo que permitió obtener resultados que evidencian de manera clara la precarización laboral respecto de derechos como la estabilidad laboral, derecho al trabajo y la seguridad jurídica.

Marco referencial

Antecedentes de los nombramientos provisionales

La norma suprema, en su artículo 228 establece:

El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción.

Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora.

Asimismo, la norma *ibídem*, en su artículo 229 contempla:

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 defunciones de sus servidores.

En lo relativo al artículo citado en la evolución respecto de las doctrinas sobre los antecedentes de la relación que coexiste entre el servidor y la administración pública, es necesario señalar el predominio de factores de diferente carácter por las diversas funciones que realizan.

Por lo tanto, el servidor público es toda persona que tiene un vínculo laboral con la administración pública, sea este a través de elección democrática, de nombramiento, concurso de mérito y oposición, contrato, pero el objetivo es cumplir con el servicio público.

Otro concepto lo establece Obando Garrido (2001) respecto que: el servidor público es el sujeto que trabaja de forma permanente dentro de la administración pública, de acuerdo a la designación otorgada para su cargo con la finalidad que le permita ejecutar funciones propias del Estado.

De acuerdo a la Ley Orgánica del Servicio Público (2010) en adelante LOSEP en el Título II trata de las Servidoras y Servidores Públicos, los mismos que deben cumplir determinados requisitos que constan en el artículo 5 *ibídem*. (literales a hasta i). Una vez que se contrata a un sujeto del derecho como servidor público, este ingresa al cargo para desempeñar sus funciones a través de un contrato o nombramiento emitido por la autoridad.

En este sentido el artículo 17 de la LOSEP se refiere a las clases de nombramientos para ejercer la función pública, los mismos que son: a) permanentes; b) Provisionales; c) De libre nombramiento y remoción; y, d) De periodo fijo.

Este artículo académico se vincula de manera específica al nombramiento provisional, que en el caso del artículo citado con anterioridad el literal b) se desglosa en los casos que se expiden este tipo de nombramientos. Al respecto surge la interrogante ¿Qué son los nombramientos provisionales? “El nombramiento provisional procede mientras se hace la designación por el sistema de concurso de méritos. Ello no implica que la persona provisionalmente nombrada no

pueda ser removida del servicio hasta tanto se produzca el nombramiento previsto legalmente”. (Consejo de Estado - Colombia, 2004)

El problema respecto a los nombramientos provisionales surge por no generar estabilidad en el ámbito laboral, de acuerdo a lo contemplado tanto en la LOSEP (artículo 158), así como también en su Reglamento (artículo 143), esta situación no guarda armonía con lo dispuesto en la Norma Suprema sobre derechos como estabilidad, trabajo y seguridad jurídica.

En la actualidad, uno de los principales problemas que se presentan dentro de la administración pública radica en el incremento de nombramientos provisionales, la cancelación de los contratos ocasionales, compra de renunciaciones, entre otras, generando una falta de seguridad jurídica respecto de la estabilidad laboral.

En lo relativo a los nombramientos de forma general, estos se encuentran dentro del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público (2011), que en su artículo 16 manifiesta: “(...) 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”.

En virtud de lo expuesto, es necesario aclarar que la persona ingresa al sector público con nombramiento provisional no lo hace a través de meritocracia sino por la discrecionalidad de la autoridad nominadora; sin embargo, al no cumplir con los requisitos mínimos del cargo no es posible su vinculación, situación que se debe aclarar desde el punto de vista legal como jurisprudencial; puesto que su existencia es necesariamente ocupar un cargo de carrera. Por lo tanto, al ser un tema de actualidad, y estar catalogado como un problema contundente dentro de la sociedad. Al respecto, el artículo 17 en el literal b.5) sobre el nombramiento provisional de prueba expresa:

(...) otorgado a la servidora o servidor que ingresa a la administración pública o a quien fuere ascendido durante el periodo de prueba. El servidor o servidora pública se encuentra sujeto a evaluación durante un periodo de tres meses, superado el cual, o, en caso de no haberse practicado, se otorgará el nombramiento definitivo; si no superare la prueba respectiva, cesará en el puesto. De igual manera se otorgará nombramiento provisional a quienes fueron ascendidos, los mismos que serán evaluados dentro de un periodo máximo de seis meses, mediante una evaluación técnica y objetiva de sus servicios y si se determinare luego de ésta que no califica

para el desempeño del puesto se procederá al reintegro al puesto anterior con su remuneración anterior. (Ley Orgánica del Servicio Público, 2010, art. 17)

En este caso el servidor o servidora pública se encuentra en un período de prueba por un tiempo de tres meses, pudiendo ocurrir que una vez cumplido el período en caso de no llamar a concurso se otorgará el nombramiento definitivo; y en caso de llegar a ser evaluado para ocupar el cargo y no superar la prueba, concluirá el puesto.

En este contexto, es necesario citar el artículo 5 literal h de la LOSEP: que establece: “Haber sido declarado triunfador en el concurso de méritos y oposición, salvo en los casos de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción”.

Por otro lado, las excepciones del nombramiento provisional se encuentran en el artículo 18 del Reglamento General de la LOSEP, siendo necesario hacer alusión al literal c) que dispone:

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.

Por lo tanto, con el nombramiento surge una forma de proveer el empleo de forma temporal o definitiva, siempre que no haya servidores de carrera que puedan acceder al cargo. Además, es importante resaltar que se manifiesta una estabilidad relativa. El nombramiento provisional entonces, proviene mientras se hace la nominación por el procedimiento de concurso de méritos.

Ello no implica que la persona provisionalmente nombrada no pueda ser removida del servicio hasta tanto se produzca el nombramiento previsto legalmente. La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, pero esta modalidad de vinculación no es generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe. La autoridad nominadora mientras no exista lista de elegibles vigente y aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio.

Entonces, el nombramiento provisional tiene la característica de ser transitorio hasta el momento que se supere el concurso de méritos y oposición, pero esto vulnera la seguridad jurídica de manera contundente, pues tienen una estabilidad laboral muy precaria, la demora de las instituciones para llamar a concurso respecto de los puestos vacantes con los que cuentan generan la falta de seguridad jurídica y la vulneración evidente del derecho de estabilidad laboral.

En razón de todo lo expuesto, con la finalidad de precautelar los derechos de los servidores públicos, se expide con fecha 28 de diciembre de 2017 el “Acuerdo No. MDT-2017-0192”, mediante el Registro Oficial No.149, al respecto la letra a) del artículo 3 ibídem dispone respecto de la realización del informe que se debe remitir al Ministerio de Trabajo lo siguiente:

- a) Partidas vacantes que actualmente ocupan servidoras o servidores con nombramientos provisionales que hayan laborado ininterrumpidamente en relación de dependencia por cuatro años o más hasta el 19 de mayo de 2017 y que no cuenten con un nombramiento permanente en la misma institución, información que deberá ser remitida en un plazo máximo de treinta (30) días a partir de la vigencia del presente Acuerdo.

Por lo tanto, de acuerdo a la cita anterior fue remitida la información de las partidas vacantes, mismas que estaban ocupadas por terceras personas bajo la denominación de contrato provisional hasta la fecha dispuesta en la norma. Esto con la finalidad de garantizar los derechos vulnerados a los servidores públicos, que no han contado con un debido proceso respecto al llamamiento a concurso de méritos y oposición para con esta finalidad poner obtener un nombramiento definitivo.

La precarización laboral

Al respecto el artículo 327 de la Constitución de la República del Ecuador contempla:

La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa.

Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley.

Respecto al artículo citado, la norma suprema prohíbe de manera expresa la precarización laboral, incluso hace referencia a situaciones que pueden dar lugar a la misma, y generan situaciones de inseguridad e incertidumbre. En la actualidad las administraciones públicas han optado por realizar una contratación de su personal a través de contratos ocasionales y nombramientos provisionales, se puede mencionar que por parte de la autoridad nominadora existe inobservancia de la norma.

Existen diversos criterios sobre la precarización laboral, al respecto Pok (1992) manifiesta: la precarización del empleo presume la inclusión débil del trabajador en la realización de bienes y servicios, esto en requisitos de su participación en el proceso de trabajo, así como también en las relaciones de producción y repartición del trabajo.

La precarización en el servicio público, tiene algunas bases como la reducción permanente de personal, la proliferación de contratos, el contrato temporal, han dado lugar a que las administraciones públicas abusen del ejercicio de su cargo, creando plazas de trabajo que no garantizan certeza a los contratados, generando denuncias por la inconformidad que causa la precarización laboral.

En el caso del Ecuador, la precariedad laboral no es un asunto nuevo, todo lo contrario, ha existido a lo largo de la historia, pero se ha acentuado en la actualidad. Esta no suele manifestarse de forma clara, pero se encuentra enraizada en las políticas de empleo, en la cultura del trabajo, en la división política, etc., la precarización laboral se ha ido extendiendo marcando impactos en la vida de los servidores públicos.

La precarización laboral, también es conocida como un “fenómeno multidimensional”, dentro del cual existen niveles que se dan a conocer a continuación:

El plano socio-económico: la precariedad responde a dinámicas productivas y empresariales que fragmentan el proceso de trabajo y las relaciones laborales y deterioran la calidad del empleo; el plano socio-estructural: la precariedad equivale a poner en duda los pilares básicos que contribuyen a la cohesión social; y, el plano experiencial: la vivencia de la precariedad se equipara a la incertidumbre, a la inseguridad y a la falta de protección no solo de las condiciones de trabajo, sino también de las condiciones de vida. (Santamaría López & Serrano Pascual, 2016, p. 73)

Los niveles citados, no actúan de forma independiente, sino se interrelacionan entre sí. Es por ello, que a la precariedad o precarización laboral se la conoce también como un problema oscuro, que va de la mano con lo informal. Este problema radica en la falta de ejercicio de los derechos desde el punto de vista social, es reconocida como un problema dentro de la legislación que debe tener su tratamiento.

Hoy en día, los precarios de la situación laboral, son aquellas personas excluidas; sin embargo, “no puede ser circunscrita a momentos de recesiones económicas y sectores laborales concretos,

ya que se está demostrando que en épocas de crecimiento económico la calidad del empleo no necesariamente aumenta”. (Santamaría López & Serrano Pascual, 2016, p. 75).

Este problema, ha logrado filtrar en diversos sectores laborales, y se evidencia una falta de protección ante esta circunstancia, que se manifiesta de manera continua dentro de las administraciones públicas. Al respecto se ha establecido lo siguiente:

El mayor índice de crecimiento de todo el mundo lo registra el trabajo precario. En los bastiones occidentales de la sociedad del pleno empleo, ha irrumpido con fuerza lo discontinuo, lo impreciso, lo informal; en una palabra, se está produciendo la brasileñización de Occidente. (Beck, 2000, p. 201)

Las situaciones que generan la precariedad laboral, se relacionan con niveles de jerarquización y desigualdad. En Ecuador, los jóvenes son quienes más se encuentran desarrollando trabajos precarios. Asimismo, existen muchos puestos de trabajo con contratos temporales. Además, para conseguir un trabajo con condiciones laborales dignas, muchas veces las personas deben experimentar diversos procesos de aprendizaje a través de prácticas o empleos en forma de becas.

Derechos vulnerados: estabilidad laboral, derecho al trabajo, derecho a la seguridad jurídica

La estabilidad laboral “consiste en el derecho que un trabajador tiene a conservar su puesto indefinidamente de no incurrir en faltas previamente determinadas o de no acaecer especialísimas circunstancias” (Zegarra, 1986, p. 135). El derecho de estabilidad radica en garantizar la permanencia del servidor público siempre ya cuando sea su voluntad y cumpla con el perfil de su cargo. Dentro de este ámbito es significativo hacer una distinción entre la estabilidad laboral y la permanencia. La estabilidad es un derecho, mientras que la permanencia es una expectativa de conservar el cargo.

Uno de los casos emblemáticos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es *Lagos del Campo vs. Perú*, que establece:

(...) 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. (Caso Lagos del Campo vs. Perú, 2017, párr.150)

Ahora bien, es importante recalcar el derecho a la estabilidad, mismo que consiste en permanecer en el cargo público y no ser apartado del mismo; es decir, el servidor público puede realizar sus actividades con tranquilidad y obviamente recibir su justa remuneración más los beneficios que otorga la ley.

Por otro lado, sobre el derecho al trabajo hace relación que el Estado debe procurar el empleo para las personas, a través de políticas vinculadas al orden económico y social que impulsen la creación de cargos, debiendo existir una igualdad de oportunidades para su obtención. La norma suprema hace referencia al derecho al trabajo, “El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores” (Constitución de la República, 2008, art. 325).

Además, los nombramientos provisionales lesionan un principio fundamental como es la seguridad jurídica, que consta dentro de la norma constitucional, dentro de su artículo 82 y contempla: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Constitución de la República, 2008, art. 82).

La seguridad jurídica tiene como base el acatamiento de la norma suprema, más todavía en el caso de los nombramientos provisionales que necesita garantizar el trabajo que realizan los servidores dentro de las diferentes instituciones públicas. Cuando no se ha cumplido con el debido proceso pues de manera obvia se está vulnerando este derecho constitucional e incluso vulnerando el derecho de la estabilidad laboral.

Asimismo, la seguridad jurídica dentro del Estado constitucional de derechos, resulta relevante, esperando por parte de las personas que han sido despedidas de las instituciones y que han tenido un nombramiento provisional, puedan ser reincorporadas con la finalidad que se cumpla el proceso para obtener un nombramiento definitivo.

Todo lo mencionado con anterioridad, lleva a determinar la importancia de la estabilidad laboral para los servidores públicos; y, por ende, garantizar que se continúen prestando los servicios. Las instituciones públicas muchas veces acuden al otorgar cargos con nombramientos provisionales,

con la finalidad de cumplir lo establecido por el Estado, cuando se puede proporcionar de empleo a las personas que superen los concursos de méritos y oposición.

Análisis sobre nombramiento provisional en el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Azogues

A continuación, se presenta un caso obtenido a través de la Dirección de Talento Humano del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Azogues, sobre una acción de protección solicitada por una persona con discapacidad que ha sido transgredido su derecho.

Figura 1: Nombramiento provisional en el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Azogues y su incumplimiento de lo dispuesto en sentencia

Sala	Nro. De Proceso	Tipo de demanda	Sentencia
Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial del Cañar	03203-2021-00685	Demanda de Acción de Protección de nombramiento provisional	Acepta el recurso de apelación – restitución

Elaborado por la autora

En el cuadro expuesto, existe una sentencia emitida por segunda instancia en la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial del Cañar, la misma que acepta el recurso de apelación interpuesto por el legitimado activo, dando lugar a la garantía constitucional de acción de protección y determinando que la institución vulneró los derechos del accionante como la seguridad jurídica, el derecho al trabajo y la estabilidad laboral.

No obstante, el problema medular de índole administrativo radica que, si bien la persona ha sido restituida a su cargo a través de una acción de personal para efectuar lo establecido por la sentencia, no se ha cumplido por parte de la administración la reparación de los derechos a cabalidad, puesto que al pertenecer al Servicio Municipal de Estacionamiento Rotativo Tarifado de Azogues (SEMERTAZ) evidenciándose de esta forma la precarización laboral, por la falta de certeza que genera en los servidores públicos y trabajadores.

Ante esta situación, la Corte Constitucional ha emitido fallos respecto que para ocupar de manera definitiva los cargos públicos, deben participar y triunfar en el concurso de méritos y oposición.

Al respecto existe la sentencia N.º 116-16-SEP-CC emitida dentro del caso N.º 0555-12-EP, ha manifestado:

(...) la Constitución de la República es clara al expresar que toda persona, -con excepción de cargos de elección popular o de libre nombramiento y remoción-, que desee ingresar al servicio público, acceder ascensos o promociones en la carrera administrativa, debe someterse a concursos de méritos y oposición, mismos que se desarrollarán a través de un sistema de selección transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático (Acción Extraordinaria de Protección, 2016).

Asimismo, la sentencia N.º 053-16-SEP-CC emitida en el caso N.º 0577-12-EP, señaló:

(...) la expedición de un nombramiento definitivo, solo puede obedecer a la finalización de un concurso público de méritos y oposición, desarrollado bajo los parámetros constitucionales y legales que los regulan; sin que sea posible, bajo ningún supuesto fáctico legal, la otorgación de un nombramiento definitivo a un ciudadano o ciudadana, que no haya participado y ganado el correspondiente concurso, en tanto, esto representaría obviar el proceso administrativo legalmente establecido, generando un acto ilegal y violatorio de la normativa constitucional (Acción Extraordinaria de Protección, 2016)

En este sentido, es necesario recalcar que, en el año 2015, se expide las “Enmiendas a la Constitución de la República del Ecuador” (2015), que dentro de la disposición transitoria primera expresa:

Las y los obreros del sector público que antes de la entrada en vigencia de la presente Enmienda Constitucional se encuentren sujetos al Código de Trabajo, mantendrán los derechos individuales y colectivos garantizados en este cuerpo legal.

Una vez en vigencia la presente Enmienda Constitucional, las y los servidores públicos que ingresen al sector público se sujetará a las disposiciones que regulan al mismo.

Es decir, con las enmiendas constitucionales todas las personas independientemente de ser trabajadores o servidores públicos se encontraban sujetos a la Ley Orgánica de Servicio Público. Más tarde, en el año 2018 mediante resolución de la Corte Constitucional del Ecuador, se emite la “Declaratoria de Inconstitucionalidad de las Enmiendas 2015 a la Constitución” (2018), quedando sin efecto lo establecido a través de las enmiendas, en lo que respecta a las personas que ingresan a trabajar en el sector público los trabajadores nuevamente se rigen por el Código de Trabajo y los servidores públicos por la LOSEP.

Con este caso queda sentado que dentro de la administración pública existe precarización laboral respecto de los derechos de los servidores públicos.

Incluso, la administración no toma en cuenta que, en este caso en particular se trata de una persona que adolece de discapacidad; por ende, tiene una estabilidad laboral reforzada al contar con un porcentaje del 60% que se corrobora a través del carné de discapacidad que otorga el Ministerio de Salud Pública (MSP), dejando en el letargo jurídico lo dispuesto por el artículo 47 de la norma suprema que expresa en su parte sustancial “procura la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social”. El mismo artículo en su numeral quinto dispone: “El trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas”.

La Corte Constitucional, ya se ha pronunciado respecto al trabajo de las personas con discapacidad, al respecto menciona:

Se precisa que las entidades públicas, a fin de garantizar los derechos de las personas discapacitadas como grupo de atención prioritaria, en especial en lo que respecta a la continuidad laboral, podrán –en aquellos casos que la actividad ocasional haya concluido- reubicar a la persona contratada en otro puesto similar o de equivalente rango y función, acorde siempre a la circunstancia especial de la persona con discapacidad. (Acción Extraordinaria de Protección, 2015)

Además, el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, respecto a la estabilidad laboral establece:

En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente. (Ley Orgánica de Discapacidades, 2012, art.151)

Entonces, se logra evidenciar que derechos como la estabilidad laboral, la seguridad jurídica y el derecho al trabajo son vulnerados por parte de las instituciones del sector público, en este caso específico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Azogues.

Los nombramientos provisionales tienen como característica fundamental que el cargo debe constar en el ejercicio presupuestario del año, tener su respectiva partida presupuestaria y la disponibilidad económica. Al cumplir estos requisitos la persona puede ingresar a laborar; sin

embargo, para la obtención de un nombramiento definitivo debe someterse al concurso de méritos y oposición mismo que debe ser convocado previo a otorgar el nombramiento provisional conforme lo establece el Ministerio de Trabajo en sus acuerdos y resoluciones.

El problema radica en que se emiten los nombramientos provisionales sin cumplir el debido proceso. Al hacer alusión al GAD Municipal de Azogues, se ha omitido el proceso en todos los casos, puesto que no se ha convocado al concurso de méritos y oposición conforme las disposiciones legales y no se ha cumplido lo establecido por la ley, así como la reparación que consta en la sentencia. Vale la pena aclarar que las personas deben cumplir con el perfil del puesto conforme el manual de funciones existente para el efecto (propio del GAD).

Por lo tanto, es necesario que por parte de la Institución existan las garantías necesarias para cumplir con el debido proceso, de esta manera se pueden garantizar los derechos de las personas a tener estabilidad laboral y seguridad jurídica. Dentro del Ministerio de Trabajo, se encuentra el procedimiento“ (2015), cuyo objetivo radica en:

(...) establecer la metodología, así como también los instrumentos técnicos necesarios para ocupar un puesto temporalmente disponible dentro del servicio público, en función de requisitos y competencias determinadas en el perfil del puesto y/o los requisitos señalados en la normativa vigente.

Dentro de este documento constan también los perfiles y el nivel de responsabilidad, que se presentan a través de la siguiente tabla.

Figura 2: Perfiles y niveles de responsabilidad

Rol o cargo del responsable	Nivel de responsabilidad/ Funciones
Autoridad nominadora institucional o su delegada/o	Autorizar el inicio de la selección de personal para cubrir la vacante temporalmente disponible. Revisar y firmar la acción de personal
Jefe inmediato	Verificar que el puesto se encuentre legalmente vacante Elaborar y aprobar el informe de procedencia para otorgar nombramientos provisionales. Solicitar la certificación presupuestaria. Analizar la certificación presupuestaria emitida por la

	<p>unidad financiera institucional.</p> <p>Revisar las hojas de vida de las/los postulantes preseleccionados mediante pruebas psicotécnicas de la entrevista.</p> <p>Definir los candidatos más idóneos para el puesto.</p> <p>Solicitar y validar la documentación de respaldo de la hoja de vida.</p> <p>Elaborar un informe técnico de selección.</p> <p>Comunicar al seleccionado de su vinculación y solicitar la documentación para el ingreso del servicio público en el caso de ser a favor de personas que no tengan la calidad de servidores públicos.</p> <p>Validar la documentación de ingreso al servicio público entregada por parte de la o el seleccionado.</p> <p>Registrar la vinculación de personal en los sistemas habilitantes y vincular a la persona.</p> <p>Informar sobre la vinculación del personal, a las unidades responsables de prestar las facilidades correspondientes para el inicio del ejercicio de las funciones.</p>
Jefe inmediata/o	<p>Realizar las entrevistas.</p> <p>Seleccionar al candidato más idóneo.</p>
Unidad financiera institucional	<p>Emitir la calificación presupuestaria.</p>
Seleccionada/o	<p>Entregar la documentación de ingreso al servicio público.</p> <p>Firmar la acción de personal y el acuerdo de confidencialidad.</p>

Elaborado por la autora

Fuente: Gestión de selección de personal para otorgar nombramiento provisional.

Este cuadro hace referencia a los perfiles y responsabilidades de los funcionarios de la administración pública para otorgar un nombramiento provisional. Cumplir con los procedimientos partiendo desde la autoridad nominadora permitirá garantizar los derechos de las

personas que ingresen al servicio público a través de este tipo de nombramientos, con la finalidad de brindar la protección a los servidores que se encuentren laborando bajo esta denominación.

Metodología

Para el desarrollo de este trabajo de investigación, se utilizó un nivel de profundidad descriptivo – explicativo, puesto que se describen las características principales del estudio respecto a los nombramientos provisionales y ha sido una herramienta que ha permitido explicar las causas del problema en cuestión. Además, el enfoque de la investigación es cualitativo, pues se ha basado en la teoría fundamentada misma que permitió construir diversas teorías a partir de criterios emitidos por estudiosos del derecho.

En lo que respecta a los métodos que se aplicaron se tiene el analítico – sintético, el análisis a través de un procedimiento que permite descomponer un universo jurídico en sus partes principales; y, la síntesis es la construcción de las partes con la finalidad de contribuir a la solución del problema de investigación. Asimismo, para este trabajo se aplicó el método inductivo – deductivo, que funcionan como procedimientos inversos, siendo lo inductivo una forma de razonar a través de casos particulares hasta llegar a obtener un conocimiento general en el deductivo es lo contrario a lo expuesto. La aplicación del método dogmático – jurídico fue importante, pues consideró primordial la revisión de la norma.

Discusión

El nombramiento provisional, ofrece escasas garantías a los servidores públicos respecto a la estabilidad laboral, derecho al trabajo y seguridad jurídica. La administración pública debe velar porque los derechos de las personas que forman parte de la institución sean cumplidos a cabalidad.

Sin embargo, como se demuestra en el caso analizado en este artículo, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Azogues, no cumple con el debido proceso, pues no se apega a lo establecido en la ley, así como tampoco cumple las resoluciones emitidas a través de sentencia. No puede ser que, todavía siga teniendo como servidores públicos a quienes están bajo el régimen del Código de Trabajo, pues se demuestra de manera categórica la vulneración de derechos que se han mencionado a lo largo de este trabajo de investigación, dejando en

entredicho la actuación de la administración pública respecto a los derechos de quienes están sujetos por relación de dependencia a la institución.

Dentro del artículo 75 de la Carta Magna en su última parte consta “El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”. Asimismo, las personas ya sea en calidad de servidores públicos o trabajadores, ante el incumplimiento por parte de la administración pública pueden solicitar la acción por incumplimiento puesto que contempla el artículo 93 de la Constitución y dispone:

(...) tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible.

La aplicación de esta garantía es necesaria con la finalidad que la administración pública cumpla con la ley y disposiciones emitidas, pues como se evidencia las instituciones no siempre cumplen con los derechos y principios; además, esto genera la existencia de la falta de igualdad, de no discriminación y tutela judicial efectiva.

Conclusiones

El nombramiento provisional hace referencia a las personas que ingresan al servicio público sin ser seleccionada a través de un concurso de méritos y oposición; por lo tanto, su cargo es transitorio hasta cumplir con el procedimiento necesario. Sin embargo, con la denominación de los contratos provisionales hoy en día se vulneran derechos de los servidores públicos como son la estabilidad laboral, el derecho al trabajo y la seguridad jurídica.

En el caso del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Azogues, por no cumplir con el debido proceso ha recibido varias demandas de acciones de protección, mismas que a través de sentencia han debido restituir los derechos a las personas. Si bien, a través de acciones de personal han sido restituidos al cargo, no han cumplido con lo establecido en la ley y de manera total con la sentencia, incluso por considerar que se trata en muchos casos de personas con discapacidad, como se demostró en el análisis de caso realizado dentro de este trabajo.

Por lo tanto, es necesario que la administración pública cumpla con el debido proceso a fin de garantizar a las personas los derechos constitucionales y llevar a buen recaudo las actividades que

se encuentran bajo su potestad, sobre todo cuando se trata de personas que se encuentran bajo relación de dependencia.

Referencias

1. Acción Extraordinaria de Protección, N°258-15-SEP-CC (Corte Constitucional 12 de agosto de 2015).
2. Acción Extraordinaria de Protección, Caso Nro. 053-16-SEP-CC (Corte Constitucional 24 de febrero de 2016).
3. Acción Extraordinaria de Protección, Sentencia N.º 116-16-SEP-CC (Corte Constitucional 13 de abril de 2016).
4. Asamblea Nacional. (2010). Ley Orgánica del Servicio Público. Segundo Suplemento del Registro Oficial No.294 .
5. Asamblea Nacional. (2011). Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público. Suplemento del Registro Oficial No. 418 .
6. Asamblea Nacional. (2012). Ley Orgánica de Discapacidades. Suplemento del Registro Oficial No. 796.
7. Asamblea Nacional. (2015). Enmiendas a la Constitución de la República del Ecuador. Suplemento del Registro Oficial 653.
8. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República. Montecristi: Registro Oficial 449.
9. Beck, U. (2000). Un nuevo mundo feliz. La precarización del trabajo en la era de la globalización. En E. Santamaría López, & A. Serrano Pascual, Precarización e individualización del trabajo: claves para entender y transformar la realidad laboral. . Barcelona: Paidós.
10. Caso Lagos del Campo vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2017).
11. Consejo de Estado - Colombia. (2004). Sentencia. Sección Segunda, Subsección A, C.P.
12. Declaratoria de Inconstitucionalidad de las Enmiendas 2015 a la Constitución, SENTENCIA No. 018-18-SIN-CC (Corte Constitucional del Ecuador 2018).

13. Ministerio de Trabajo. (2015). Gestión de selección de personal para otorgar nombramiento provisional. Recuperado el 12 de julio de 2022, de <https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/12/Gesti%C3%B3n-de-Selecci%C3%B3n-de-personal-para-otorgar-Nombramiento-Provisonal.pdf>
14. Ministro de Trabajo. (2017). Acuerdo No. MDT-2017-0192. Registro Oficial No.149.
15. Obando Garrido, J. M. (2001). Tratado de Derecho Administrativo Laboral. Bogotá: Ediciones Jurídicas .
16. Presidente Contitucional de la República (Decreto No. 710). (2011). Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público. Suplemento del Registro Oficial No. 418 , 1 de Abril 2011.
17. Santamaría López, E., & Serrano Pascual, A. (2016). Precarización e individualización del trabajo: claves para entender y transformar la realidad laboral. Barcelona: Editorial UOC.
18. Zegarra, F. (1986). La estabilidad laboral. Derecho PUCP. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6274>

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