



UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CUENCA

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

*Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo*

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA**

**EFFECTOS JURIDICOS GENERADOS EN LOS NOMBRAMIENTOS  
OTORGADOS A PROFESIONALES DE LA SALUD EN EPOCA DE  
PANDEMIA, A PARTIR DE LA DECLARATORIA DE  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 25 DE LA LEY DE  
APOYO HUMANITARIO**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL  
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE  
LA REPUBLICA**

**AUTOR: RODRIGO FERNANDO ZEA COYAGO.**

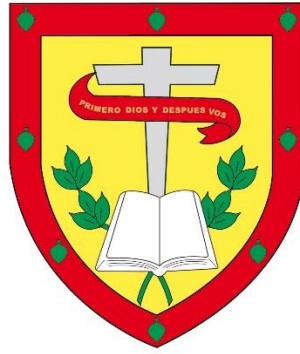
**DIRECTORA: DRA. PAOLA PRISCILA VALLEJO CARDENAS, MGS.**

**CUENCA-ECUADOR**

**2022**

**DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO**





# **UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

*Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo*

## **UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**

### **CARRERA DE DERECHO**

#### **TEMA**

**EFFECTOS JURIDICOS GENERADOS EN LOS NOMBRAMIENTOS OTORGADOS A PROFESIONALES DE LA SALUD EN EPOCA DE PANDEMIA, A PARTIR DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 25 DE LA LEY DE APOYO HUMANITARIO**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA**

**AUTOR: RODRIGO FERNANDO ZEA COYAGO.**

**DIRECTORA: DRA. PAOLA PRISCILA VALLEJO CARDENAS, MGS.**

**CUENCA-ECUADOR**

2022

**DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO**

## DECLARATORIA Y AUTORIA Y RESPONSABILIDAD



Universidad  
Católica  
de Cuenca

### DECLARATORIA DE AUTORÍA Y RESPONSABILIDAD

CÓDIGO: F – DB – 34  
VERSION: 01  
FECHA: 2021-04-15  
Página 1 de 1

#### Declaratoria de Autoría y Responsabilidad

**Rodrigo Fernando Zea Coyago** portador(a) de la cédula de ciudadanía N° **0105569891**. Declaro ser el autor de la obra: **“EFECTOS JURIDICOS GENERADOS EN LOS NOMBRAMIENTOS OTORGADOS A PROFESIONALES DE LA SALUD EN EPOCA DE PANDEMIA, A PARTIR DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTIUCLO 25 DE LA LEY DE APOYO HUMANITARIO ”**, sobre la cual me hago responsable sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaro que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaro finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también me responsabilizo y eximo a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, 07 de Julio de 2022

F: 

**Rodrigo Fernando Zea Coyago**

**C.I. 0105569891**

# CERTIFICADO DEL TUTOR



## CERTIFICO

Certifico que el presente Trabajo de Investigación fue desarrollado por **ZEA COYAGO RODRIGO FERNANDO**, con el Tema “**EFECTOS JURIDICOS GENERADOS EN LOS NOMBRAMIENTOS OTORGADOS A PROFESIONALES DE LA SALUD EN EPOCA DE PANDEMIA, A PARTIR DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTIUCLO 25 DE LA LEY DE APOYO HUMANITARIO**”, bajo mi supervisión.

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'P. Vallejo Cárdenas', written over a horizontal line.

Paola Priscila Vallejo Cárdenas  
Tutora

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo de investigación lo dedico profundamente a Dios, quien fue mi guía durante el desarrollo de mi carrera universitaria.

A mi madre y abuela quienes me han formado con los mejores valores y hábitos mismos que me han permitido desarrollarme con éxito en mi vida universitaria, ya que gracias a su apoyo incondicional he logrado llegar al sitio donde me encuentro ahora.

A mis demás familiares por el apoyo brindado en especial a mi tía Martha Coyago quien me brindó su apoyo en estos últimos momentos de mi carrera universitaria.

A mis amigos quienes fueron parte de mis experiencias a lo largo de estos años universitarios donde no solo compartimos risas, tristezas, pero sobretodo momentos llenos de profunda alegría.

***Fernando Zea Coyago.***

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a la Universidad Católica de Cuenca por haber sido parte de mi formación académica y brindarme docentes capacitados que me brindaron los conocimientos correctos para culminar mi carrera universitaria.

A mi querida profesora y directora de tesis Dra. Paola Vallejo, quien a lo largo de la carrera fue un gran apoyo, ya que me compartió sus conocimientos y siempre estuvo dispuesta a ayudarme en todo lo que en todo que necesitaba, mil gracias querida docente.

***Fernando Zea Coyago.***

## RESUMEN

La declaratoria de Inconstitucionalidad del artículo 25 de la denominada Ley de Apoyo Humanitario, trajo consigo una serie de inconformidades por parte de los profesionales de la salud que sentían sus intereses y Derechos violentados ante los efectos jurídicos expresados en dicha resolución, puesto que en la misma se expresaba que todos los nombramientos otorgados con anterioridad a la emisión de la misma, gozaban de plena presunción de Constitucionalidad por lo cual eran plenamente válidos. Circunstancia que evidentemente afectaba el Derecho a la igualdad y no discriminación de aquellos profesionales que, al no haber prestado sus servicios en época de pandemia quedaban relegados de acceder a una vacante en el servicio público. Hecho que constituye el punto central de la presente investigación, misma que está dirigida a determinar si los nombramientos definitivos otorgados omitiendo la realización del concurso de mérito y oposición como un requisito exigido por la Constitución y la ley para su validez legal, deberían ser nulitados para que se llame a un concurso en el que puedan participar todos los profesionales de la salud sin restricción o limitación alguna, y así se tutele íntegramente el derecho a la igualdad y no discriminación de todos quienes fueron perjudicados con la misma. Para la realización de la investigación se utilizó un método cualitativo, mediante la recolección y análisis de diferentes fuentes bibliográficas existentes sobre el tema.

**PALABRAS CLAVE:** INCONSTITUCIONALIDAD, NULIDAD, EFECTOS JURIDICOS, CONCURSO DE MERITO Y OPOSICION.

## **ABSTRACT**

The proclamation of the unconstitutionality of Article 25 of the so-called Humanitarian Support Law triggered several complaints from healthcare workers who claimed that their rights and concerns had been threatened by the legal effects stated in the resolution since it stated that every designation granted prior to the emission of the above-mentioned law had an entire presumption of constitutionality and, therefore, was completely legal and valid. Evidently, this affected the right to equality and non-discrimination of those who, not having served during the pandemic, were excluded from receiving a position in public service. The fact that is the main issue of this research is aimed at determining whether or not the final designations granted omitting the merit-based and competitive process, as a requirement established in the Constitution and the law are legally valid, should be canceled to hold a process in which all healthcare workers may apply without any restriction or limitation and, thus fully safeguard the right to equality and non-discrimination of all those who were affected by the law mentioned above. A qualitative method was used to carry out the research by collecting and analyzing different existing bibliographic sources on the topic.

**Keywords:** Unconstitutionality, Cancellation, Legal Effects, Merit-Based and Competitive Proces

## INDICE DE CONTENIDOS

DECLARATORIA Y AUTORIA Y RESPONSABILIDAD .....	I
CERTIFICADO DEL TUTOR.....	II
DEDICATORIA.....	III
AGRADECIMIENTO.....	IV
RESUMEN .....	V
PALABRAS CLAVE.....	V
ABSTRACT .....	VI
Keywords:.....	VI
INDICE DE CONTENIDOS .....	VII
INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO I .....	4
1.1. El Nombramiento.....	4
1.1.1.-Definición. ....	4
1.1.2 Clases de Nombramientos. ....	5
1.1.2.1 Nombramiento Provisional. ....	6
1.1.2.2 De libre Nombramiento y Remoción.....	6
1.1.2.3 De Periodo Fijo.....	7
1.1.2.4 Nombramiento Permanente. ....	7
1.2 Características de la Figura del Nombramiento. ....	9
1.3 Requisitos para el ingreso al Servicio Público.....	11
1.4 Requisitos de Validez Legal de los Nombramientos. ....	13
1.4.1 Voluntad. ....	14
1.4.2 Objeto.....	14
1.4.3 Competencia. ....	15
1.4.4 Procedimiento. ....	15
1.4.5 Motivación. ....	16
CAPÍTULO II .....	21
2.1.- Finalidad de la Ley de Apoyo humanitario .....	21
2.2 Declaratoria de Inconstitucionalidad del Artículo 25 de la Ley Humanitaria.....	24
2.2.1 Control de Constitucionalidad.....	26

2.2.1.1 Definición.....	26
2.2.1.2 Finalidad.....	27
2.2.1.3 Clases de Control de Constitucionalidad.....	28
2.2.1.3.1 Control Abstracto.....	29
2.2.1.3.2 Control Difuso.....	29
2.2.1.3.4 Control Concentrado .....	30
2.2.1.3.4 Control Concreto .....	30
2.2.1.4 Efectos Jurídicos de la Declaratoria de Inconstitucionalidad del artículo 25 de la Ley Humanitaria .....	31
2.2.1.5 Validez Legal de los Nombramientos Otorgados antes de la Declaratoria de Inconstitucionalidad del artículo 25 de la Ley Humanitaria.....	32
CAPÍTULO III .....	35
3.1 La Nulidad. ....	35
3.1.1 Definición.....	35
3.1.2 Efectos Jurídicos de la Nulidad. ....	35
3.1.3 Características de la Declaratoria de Nulidad. ....	36
3.1.4 Clases de Nulidad. ....	36
3.1.4.1 De la Nulidad Absoluta. ....	36
3.1.4.2 De la Nulidad Relativa.....	37
3.1.4.3 De la Nulidad de los Nombramientos Otorgados a los Profesionales de la Salud sin que se haya Realizado un Concurso de Méritos y Oposición. ....	38
3.2 Del Derecho a la igualdad y no discriminación de los Profesionales de la Salud. ....	39
3.3 Del Derecho al Trabajo.....	42
3.4 Del Derecho al Trabajo en Igualdad de Condiciones de los Profesionales de la Salud que no Prestaron sus servicios en Pandemia. ....	44
3.5 De la Validez de las Acciones de Protección Presentadas antes de la Declaratoria de Inconstitucionalidad del Artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario. ....	45
3.6.- Estudio de Campo.....	47
3.6.1 Población Entrevistada.....	48
3.6.2 Análisis e Interpretación de Datos.....	48
CONCLUSIONES.....	56
RECOMENDACIONES .....	58
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS .....	59
ANEXOS .....	61

## INTRODUCCIÓN

El mes de marzo del año 2019, el mundo entero entra en una recesión económica que no se había vivido durante muchos años, debido a la calamidad sanitaria originada por la pandemia del virus del SARS-CoV-2. La llegada de esta pandemia causó grandes estragos en todos los ámbitos de la sociedad en general, siendo uno de los más afectados el económico puesto que actividad comercial tuvo que ser suspendida en cada rincón del planeta debido al cierre de fronteras, puertos, aeropuertos y demás sectores estratégicos de la económica global. El segundo ámbito en sufrir fuertemente los efectos nocivos de la pandemia fue el laboral, puesto que el confinamiento de igual forma causó que varias empresas paralicen sus actividades originándose de esta forma grandes pérdidas de dinero lo cual impidió que las mismas cuenten con los ingresos suficientes para cubrir todos sus gastos, originando en los casos más extremos la quiebra de varias de estas, hecho que dejó sin empleo a cientos de ecuatorianos.

Tal circunstancia originó la necesidad de que en cada ordenamiento jurídico las autoridades pertinentes implementen mecanismos que ayuden a mitigar los efectos nocivos originados de la pandemia del SARS-CoV-2. En el estado ecuatoriano el principal mecanismo jurídico implementado para combatir los efectos dañinos causados en materia laboral, fue la creación de la llamada ley de apoyo humanitario, misma que tenía como principal finalidad preservar la estabilidad del ámbito laboral ecuatoriano, protegiendo tanto al trabajador al ser la parte más vulnerable de esta relación, pero sin que esto represente afección

a los intereses o economía del empleador quien de igual manera resulto drásticamente afectado por el confinamiento.

Dentro de este cuerpo normativo encontramos incorporado el artículo 25, el cual fue creado con la única finalidad de garantizar la estabilidad laboral de todos los profesionales de la salud que prestaron sus servicios en época de pandemia dentro de la red de salud pública, esto a manera de un acto de gratitud hacia las personas que combatieron en primera línea la crisis sanitaria arriesgando su vida y las de sus familias, sin ser titulares de los cargos desempeñados y principalmente ante la falta de personal necesario para hacer frente a la ola de contagios y muertes generada del virus del SARS-CoV-2.

Desde la entrada en vigencia de esta ley en fecha 22 de junio del año 2020, varios profesionales de salud solicitaron la aplicación de esta disposición en su favor, otorgándose así varios nombramientos definitivos a un sin número de profesionales de primera línea que prestaron sus servicios en época de pandemia, sin que hubiere realizado el respectivo concurso de méritos y oposición que por mandato de la ley debe realizarse como requisito previo para obtener dicho nombramiento, o en ciertos casos declarando ganadores predeterminados, desnaturalizando el ingreso al sector público.

Tal circunstancia genero el pronunciamiento de varios profesionales del derecho acerca de la inconstitucionalidad de esta disposición, siendo mayoritarios aquellos que mencionaban que el artículo citado de la ley de apoyo humanitario, claramente contraviene lo consagrado en el artículo 228 de la carta magna ecuatoriana, el cual establece que, para ingresar al servicio público, de manera obligatoria se debe realizar un concurso de méritos y oposición.

La existencia de estos criterios origina la necesidad de que la Corte Constitucional del Ecuador, intervenga para realizar el denominado control de constitucionalidad de la disposición legal constante en el artículo 25 de la mentada ley, teniendo como resultado que en fecha 06 de octubre del 2021, este ente declare como inconstitucional la misma, al contravenir una disposición constitucional.

Dentro de la resolución emitida por la corte constitucional del Ecuador, se menciona que la misma surtirá efectos para aquellos nombramientos que sean otorgados con posterioridad a la publicación de la misma en el correspondiente registro oficial, quedando plenamente válidos todos aquellos nombramientos otorgados con fundamento legal en la mencionada disposición que fue declarada inconstitucional, circunstancia que claramente limita el derecho de acceder en igualdad de condiciones a una fuente de empleo, de los demás servidores de salud que intentaban acceder a un cargo dentro de la red pública de salud, puesto que se omitió el cumplimiento de un requisito indispensable para acceder al mismo, el cual permite valorar y designar a la personas más capacitada y apta para ejercer tal función.

Por todo lo mencionado el presente trabajo de investigación está encaminado a determinar, en base a un estudio doctrinario y normativo, cuáles serían los efectos jurídicos que la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 25 de la ley de apoyo humanitario debería generar sobre todos los nombramientos otorgados con fundamento legal en una norma que contraviene una disposición de rango constitucional.

## **CAPÍTULO I**

### **EL NOMBRAMIENTO Y SUS REQUISITOS DE VALIDEZ.**

#### **1.1. El Nombramiento.**

##### **1.1.1.-Definición.**

El termino nombramiento desde una perspectiva amplia es la acción de atribuir un nombre a una persona, animal o cosa, pueden ser entendido también como la acción de llamar a una persona. Desde la óptica jurídica este término tiene un significado de autorizar legalmente a una persona para ejercer un cargo en alguna de las instituciones del Estado, es decir dentro del sector público, siempre y cuando haya cumplido todos los requisitos y formalidades exigidas por la ley para tal efecto.

Etimológicamente la palabra nombramiento proviene de términos “nomen” o “nombrar” y a la vez del vocablo “miento”, que de forma conjugada refieren a la acción de nombrar, llamar o referirse a una persona (Diccionario Etimologías de Chile, 2022). El diccionario de la real academia por su parte define al termino nombramiento, como el acto mediante el cual se designa a una persona para desempeñar un oficio o cargo, el cual obligatoriamente debe ser realizado por escrito (Diccionario de la Real Academia Española, [dle.rae.es](http://dle.rae.es), 2022).

El doctrinario Marienhoff, citado por Evelyn Abad en su tesis de pregrado, define al nombramiento, como un acto de naturaleza administrativa mediante el cual, una persona es designada como servidor o funcionario público, y del cual

se originan derechos y obligaciones entre este y el estado. (Evelyn Maribel Abad, 2016).

El reglamento para la aplicación de la losep, en su artículo numero 16 menciona que el nombramiento, es el acto realizado de forma unilateral por parte de una autoridad competente que actúa en nombre de la administración pública, mediante el cual se autoriza a una persona para ocupar un cargo en el servicio público, mismo que es expedido mediante una resolución o decreto. (Reglamento para la Aplicacion de la Ley Organico del Servicio Publico, 2016). En base a todo lo mencionado podemos entender al término nombramiento, desde la óptica estrictamente jurídica como aquel acto a través del cual la autoridad competente, designa a una persona para que ocupe un determinado cargo en el sector público. Acto que debe ser realizado en estricto apego y cumplimiento de los parámetros y requisitos que la ley exige se deben cumplir para tal efecto.

### **1.1.2 Clases de Nombramientos.**

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano encontramos incorporados varios tipos de nombramientos, mediante los cuales una persona puede ejercer un cargo dentro del servicio público, siendo estos los siguientes:

- Permanente.
- Provisional.
- De libre nombramiento y remoción.
- A periodo fijo.

### **1.1.2.1 Nombramiento Provisional.**

Este nombramiento es aquel que se otorga a una persona por un determinado periodo de tiempo, mismo que por naturaleza no garantiza estabilidad laboral a la persona que presta sus servicios bajo esta modalidad, sino que la durabilidad del mismo dependerá de la duración del mismo, de las condiciones y de las circunstancias bajo las cuales fue otorgado; y el cual puede ser otorgado únicamente cuando concurren las siguientes circunstancias:

1. Para que se ocupe el puesto de un funcionario sobre el cual existe suspensión de sus funciones o cuando hubieren sido destituido del cargo.
2. Para que se ocupe el puesto de un funcionario que se encuentra en periodo de licencia sin goce de remuneración.
3. Para que se ocupe el puesto de un funcionario que se encuentra en comisión de servicios sin goce de remuneración.
4. Cuando exista un periodo de prueba sobre aquellos funcionarios que fueron ascendidos o sobre las personas que recién ingresan al servicio público, y no poseen tal calidad (Ley Organica del Servicio Publico, 2016 ).

### **1.1.2.2 De libre Nombramiento y Remoción.**

Esta clase de nombramiento es aquella que se otorga en favor de ciertas personas que realizaran funciones de dirección política, administrativa o de manejo u orientación institucional dentro de alguna de las dependencias del

estado. La naturaleza de este tipo de nombramiento radica en que la autoridad nominadora puede elegir y designar en base a su criterio que persona sería la más idónea y apta para ocupar el cargo, criterio que se formara en base a la valoración de las aptitudes, de los méritos, formación académica y cualidades personales demostradas por el mismo.

#### **1.1.2.3 De Periodo Fijo.**

Este tipo de nombramiento es aquel que se otorga en beneficio de una persona que será el titular de un cargo público por un determinado periodo de tiempo, el cual se encuentra previamente establecido en la ley. La naturaleza de este tipo de nombramiento radica en el hecho de que la duración de la prestación de servicios de persona que sea contratada bajo esta modalidad no supere el tiempo que la ley determina para un determinado cargo, mismo que una vez transcurrido este tiempo va a ser ocupado por otra persona que demuestre estar igual o mejor capacitada que la anterior, para ejercerlo. Un claro ejemplo de este tipo de nombramiento es el otorgado a los defensores públicos, mismo que según dispone la constitución de la república, deberán ejercer su cargo por un periodo de tiempo de 6 años.

#### **1.1.2.4 Nombramiento Permanente.**

El reglamento para la aplicación de la losep, establece que el nombramiento permanente es aquel que se deberá conceder a la persona que haya resultado como ganadora del concurso de méritos y oposición, una vez que este haya aprobado el periodo de prueba. Edgar Orozco por su parte menciona que el nombramiento permanente o también conocido como definitivo, es un

documento en el cual se formaliza la existencia de la relación jurídica laboral entre una dependencia del estado y la persona que ha sido designada para ocupar un cargo en la misma, dentro del cual además han de constar las obligaciones y deberes existentes entre las partes, dotándosele del nombre de definitivo cuando la persona pasa a ser el titular de la vacante, luego de haber resultado como ganador del concurso de méritos y oposición (Edgar Enrique Orozco, 2018).

Según las definiciones citadas podemos entender que el nombramiento definitivo constituye un acto administrativo mediante el cual se emite un documento que legaliza las relaciones laborales dentro el sector público, cuando la persona ha sido designada para ser titular de una vacante existente en una de las dependencias del estado por periodo de tiempo indefinido. Dentro de este documento la autoridad competente formaliza la autorización que el estado otorga a una persona para ser apta de ejercer un cargo dentro del sector público, constituyéndose este tipo de nombramiento como el único que otorga estabilidad laboral a un servidor público, puesto que el mismo será el titular de esa vacante hasta que por su propia voluntad decida dejarla, o cuando el funcionario haya cometido algún tipo de infracción que sea merecedora de la destitución del cargo.

Como se puede observar en todo lo desarrollado, para que a una persona le sea otorgado el nombramiento definitivo, es indispensable que esta haya resultado ganadora de un concurso de méritos y oposición, el cual deber ser realizado en base a los parámetros, procedimientos y lineamientos establecidos en la ley para el efecto, constituyéndose por lo tanto este como el principal requisito que debe ser cumplido para que una persona acceda a una vacante, de forma indefinida en el servicio público.

## 1.2 Características de la Figura del Nombramiento.

Darío Javier Cervantes nos señalan de forma clara cuales son las características de las que se ve revestida la figura del nombramiento, mismas que guardan mucha similitud con las expresadas en el artículo 16 del reglamento a la losep, mismas que son:

- **Acto Unilateral:** el nombramiento en primer lugar constituye un acto, puesto que al momento de otorgarse el mismo, la administración pública expresa su voluntad de revestir a esa persona de la facultad y capacidad para ejercer un cargo público. Es unilateral puesto que, en este acto no concurre el acuerdo de voluntades entre la administración y la persona, sino basta que la administración pública expresa su voluntad de revestir de la capacidad de ejercer un cargo público a la persona que haya demostrado ser apta para ocupar el mismo, quedando a decisión de la persona si acepta o no el nombramiento sobre ese cargo público.

- **De poder público:** es decir que el acto administrativo mediante el cual se otorgara el nombramiento a la persona que haya demostrado ser la más idónea para ocupar el cargo, debe obligatoriamente emanar de alguna de las instituciones del estado, representada por el servidor encargado de esta función, puesto que, por la naturaleza del mismo, este es procedente únicamente dentro del ámbito público.

- **Debe emanar de una autoridad competente:** para que el nombramiento otorgado tenga plena validez legal, es necesario que este haya sido emitido por la persona a la que la misma administración pública ha atribuido la función de designar y nombrar a sus servidores públicos, la cual deberá en primer lugar debe observar el cumplimiento de todos los parámetros, procedimientos y requisitos exigidos por la ley para tal efecto. La losep de conformidad con su reglamento de aplicación mencionan que en la normativa ecuatoriana el encargado de nombrar funcionarios públicos, es la llamada autoridad nominadora, mismo que debe ser entendido como el funcionario con mayor jerarquía dentro de esa administración, el cual ha sido designado por la misma ley para nombrar servidores públicos dentro de entidad a su cargo.

- **Da origen a derechos y obligaciones:** una vez que la autoridad competente haya verificado el cumplimiento de todos los requisitos legales, emite el respectivo nombramiento en favor de la persona que haya sido designada para ocupar la vacante, mismo que una vez aceptado por la misma, da origen a derechos y obligaciones entre las partes, por ejemplo el derecho del funcionario a percibir una remuneración y así mismo la obligación que tiene el servidor de ejercer su cargo con la mayor responsabilidad y eficiencia posible, en favor de los intereses de la entidad pública.

- **Es otorgado mediante un decreto, acuerdo, resolución o acta de acción personal:** esta característica hace referencia a que el acto mediante el cual se otorga el nombramiento al ser formal, debe ser

emitido mediante un documento que genere los efectos jurídicos deseados entre las partes contratantes, mismo que puede ser un decreto es decir un documento emitido por la máxima autoridad administrativa, el cual contiene normas de carácter reglamentario. Mediante un acuerdo, es decir a través de un documento que es celebrado por la concurrencia de voluntades de las partes. Mediante una resolución, misma que es una decisión emanada de la máxima autoridad administrativa en la cual se da a conocer a favor de que persona se otorgara el nombramiento.

- **Otorga capacidad a la persona para el ejercicio de un puesto público:** esta característica hace referencia a que una vez otorgado el nombramiento por parte de la autoridad competente y aceptado por la persona en favor de quien se emitió, esta queda revestida de la facultad atribuida por la ley, para ejercer el cargo y realizar todas las actividades y funciones correspondientes al mismo (Dario Javier Cervantes, 2017).

### **1.3 Requisitos para el ingreso al Servicio Público.**

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la Ley Orgánica del Servicio Público, al ser la normativa reguladora de los procedimientos mediante los cuales una persona ingresa al servicio público a prestar sus servicios, establece que quien haya sido designado para ocupar un cargo en una de las instituciones del estado, deberá cumplir obligatoriamente con los requisitos establecidos en el artículo 5 de este cuerpo legal, mismos que son:

- Que la persona sea mayor de edad y no encuentre privada del ejercicio de sus derechos civiles y políticos.
- No haber sido declarado interdicto.
- No haber sido declarado judicialmente como responsable de insolvencia fraudulenta.
- No tener un juicio de concurso de acreedores en su contra.
- No incurrir en algunas de las causales de impedimento para ejercer cargos públicos.
- Cumplir con todos los requisitos de preparación académica.
- Haber ejercido su derecho al voto, cuando exista obligación legal de hacerlo.
- No tener créditos pendientes de pago con alguna de las instituciones del estado, los cuales se hayan declarado en mora.
- Realizar una declaración patrimonial juramentada, en la que se haga constar la autorización de la persona para que se levante el sigilo de sus cuentas bancarias, que no adeuda más de dos pensiones alimenticias y que no se encuentra inmerso en una de las causales de prohibición para ejercer un cargo público, ni en nepotismo.
- Haber ganado el concurso de mérito y oposición (Ley Organica del Servicio Publico, 2016).

El artículo 86 del mismo cuerpo legal, en concordancia con el articulado antes descrito hace énfasis que todas aquellas personas que ingresen al servicio público, de forma obligatoria deberán haber sido declarados como ganadores del

concurso de mérito y oposición para estar aptos de para ingresar a una de las instituciones del estado. Este artículo además hace alusión a que la persona designada mediante el concurso de méritos y oposición para ocupar la vacante, además de los requisitos establecidos en el artículo 5, deberá cumplir también con los demás requisitos legales y reglamentarios exigidos para otorgar validez jurídica al nombramiento, razón por la cual es indispensable analizar cuáles son estos requisitos a los que hace referencia este artículo, mismos que deberán ser observados dentro de todo proceso en el que se designe a una persona para ocupar un puesto en el sector público, los cuales serán abordados y detallados en líneas posteriores.

#### **1.4 Requisitos de Validez Legal de los Nombramientos.**

El nombramiento al ser emitido mediante un acto administrativo de forma obligatoria debe cumplir con ciertos requisitos exigidos por la ley para que se le otorgue plena validez y surta los efectos jurídicos deseados entre las partes. Al respecto el artículo 99 del COA, establece cuales son estos requisitos de obligatorio cumplimiento en todos los actos administrativos, mismos que son:

- Voluntad.
- Objeto
- Competencia
- Procedimiento
- Motivación (Asamblea Nacional del Ecuador, 2017, pag.12).

#### **1.4.1 Voluntad.**

Hace referencia a que tanto la voluntad de la administración pública expresada a través de la autoridad competente para emitir el nombramiento, así como también la de la persona en favor de quien se otorgará, al aceptar el mismo, debe ser manifestada de forma libre, sin que concurra error, fuera o dolo. Al respecto del error, debemos manifestar que el mismo vicia el acto cuando ha existido un desconocimiento sobre una parte o la totalidad del acto, distorsionando la realidad del mismo, circunstancia que influye de manera relevante en la decisión que toma una de las partes sobre el nombramiento.

En cuanto a la fuerza hacemos referencia a la presión física o moral que se ejecuta sobre una de las partes, la cual obliga a las mismas a actuar en contra de su voluntad al momento de celebrar el acto o contrato. Para que la fuerza vicie el acto debe poseer una notoria gravedad que influya de manera relevante e inevitable en la voluntad de una de las partes. El dolo es la intención que una de las partes tiene de perjudicar a la otra, mediante la simulación u ocultamiento de ciertos actos o hechos relevantes sobre el acto, los cuales son ejecutados con la finalidad de inducir a error a una de las partes obligándola a celebrar el acto que terminará perjudicando sus intereses personales (Ivan Torres Proaño, 2016).

#### **1.4.2 Objeto.**

El objeto es el contenido del acto administrativo, es decir es aquella circunstancia sobre la cual la autoridad competente va a decidir o resolver. En cuanto al nombramiento debemos manifestar que el objeto de esta figura es revestir a una persona de la facultad legal de ejercer un cargo público, hecho

que no debe contener circunstancias que contraríen o violenten las disposiciones legales o constitucionales vigentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para que surta los efectos jurídicos deseados.

#### **1.4.3 Competencia.**

El Dr. Luis Vargas Hinostroza define a la competencia como la medida dentro de la cual se distribuye la jurisdicción en razón de la materia, las personas, los grados y el territorio, entre los jueces integrantes de las distintas salas y juzgados (Luis Vargas Hinostroza, 2015)

Es necesario entender que la competencia es aquella aptitud que la Constitución y la ley otorgan a una autoridad ya sea esta judicial o administrativa para que aplique la ley. Es por esto que, en lo correspondiente a la emisión y otorgamiento del nombramiento, la autoridad que lo realice debe estar facultada por la ley para realizar esta función, puesto que de no ser este el caso, el nombramiento no surtirá los efectos jurídicos deseados, es decir que la persona no quedara revestida de la facultad legal que le permita ejercer un cargo público.

#### **1.4.4 Procedimiento.**

El procedimiento según Carnelutti, citado en la obra realizada por Carlos Martínez, consiste en el conjunto de actos ejecutados de forma sucesiva y coordinada por los órganos y personas revestidos de jurisdicción para aplicar la ley a cada caso concreto (Carlos Martínez, 2017). Es por tal razón que en lo correspondiente a la figura del nombramiento es indispensable que la

autoridad encargada de otorgar el nombramiento a la persona designada, debe haber seguido a cabalidad el procedimiento establecido en la ley para tal efecto, sin que haya omitido cumplir con todas las formalidades o requisitos exigidos, para darle validez legal al acto.

#### **1.4.5 Motivación.**

Guillermo Cabanellas en la tesis de posgrado realizada por Luis Alberto Padilla, define a la motivación como el razonamiento o fundamentación jurídica que se debe realizar de forma obligatoria en todo fallo o resolución (Luis Padilla, 2020). El tratadista Fernando de la Rúa, en la obra realizada por Gabriela Montalvo, define a la motivación como la argumentación jurídica que la autoridad competente debe realizar de forma obligatoria en todo proceso en el que se decida sobre los derechos o intereses de las personas, para justificar que norma jurídica fue aplicada al caso concreto y la pertinencia de su aplicación (Gabriela Montalvo, 2015).

La Corte Constitucional del Ecuador en su fallo No,051-11-SEP-CC, emitido en el año 2011, menciona que la motivación es un derecho fundamental de obligatoria aplicación y observancia por los juzgadores en todos los procesos que lleguen a su conocimiento, el cual tiene la finalidad de que estos de forma lógica, justifiquen que normas y principios del derecho fueron aplicadas para resolver un determinado conflicto jurídico, justificando además que las mismas hayan sido pertinentes para ese caso concreto. Menciona también que la motivación constituye un mecanismo que limita los abusos de poder al evitar la

existencia de sentencias o fallos arbitrarios, puesto que impone límites para la actuación discrecional de los jueces, razón por la cual toda resolución o sentencia que carezca de motivación, tendrá como consecuencia la declaratoria de nulidad de la misma.

La motivación en cuanto a la figura del nombramiento, constituye un requisito de obligatorio cumplimiento al momento en que se emita el mismo en favor de una persona, puesto que como se mencionó anteriormente se lo puede hacer mediante una resolución, acuerdo o decreto, por lo tanto es obligatorio que la autoridad nominadora en los mismos exprese y justifique de forma clara, todos los aspectos legales y procedimentales que han sido aplicados para tal efecto, y principalmente que el mismo haya sido entregado en estricto apego a lo que dispone la normativa legal pertinente, esto con el objetivo de evitar irregularidades y otorgamientos fraudulentos que afecten los derechos de los demás aspirantes a la vacante en el servicio público.

Es necesario mencionar que lo detallado en líneas anteriores, hace referencia estrictamente a los requisitos exigidos para otorgar validez legal al acto administrativo, mediante el cual se otorga el nombramiento en favor de la persona que ha sido designada para ocupar la vacante en el servicio público, pero es indispensable conocer que además de estos se debe cumplir además con otros elementos legales, que aun cuando no constan expresamente como requisitos en la normativa pertinente, su cumplimiento es de suma importancia para que el acto mediante el cual se emite el nombramiento surta efectos jurídicos entre las partes, mismos que son:

1. Los nombramientos deben ser registrados dentro de un plazo no mayor a 15 días, por la persona responsable en la unidad de talento humano de la institución en la que prestara sus servicios la persona designada para ocupar la vacante.

2. La persona designada para ocupar la vacante cuenta con un tiempo de 3 días para presentarse a prestar sus servicios, el cual puede ser prolongado hasta 5 días máximo cuando existan razones fundadas que lo ameriten, como por ejemplo que el traslado de la persona al lugar donde se encuentre ubicada la administración en la que laborara, tarde ese tiempo. Tiempo que empezara a contabilizarse luego de que haya sido registrado el nombramiento en la unidad de talento humano, y en el caso que la persona no se presente dentro del mismo, el nombramiento será declarado insubsistente, es decir que esta falta de comparecencia a prestar los servicios constituye una causal para que el servidor sea retirado del mismo.

La realización de este primer capítulo nos permite obtener como conclusiones parciales de nuestra investigación que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para que una persona ingrese a ocupar una vacante por un periodo de tiempo indefinido en el servicio público, es indispensable que se le otorgue el denominado nombramiento definitivo, para lo cual se debe seguir a cabalidad el procedimiento legal que ha sido establecido de forma previa en la normativa pertinente, es decir cumpliendo cada uno de los requisitos y parámetros establecidos en la LOSEP, y su respectivo reglamento de aplicación, para que de esta forma tal acto surta los efectos jurídicos deseados entre las partes.

Un punto de gran relevancia que hemos podido evidenciar en este capítulo, es que a más del cumplimiento de los requisitos exigidos para que una persona ingrese al servicio público, se debe además observar el cumplimiento de los requisitos de validez legal del acto administrativo mediante el cual se otorga el nombramiento a una persona, puesto que a falta de uno de estos el acto sería nulo, quedando sin validez legal el nombramiento.

Finalmente es indispensable para cumplir los objetivos planteados en nuestra investigación, mencionar que tanto la Iosep, así como también el reglamento para su aplicación, de forma expresa mencionan que constituye un requisito indispensable para ingresar al servicio público a ser el titular de una vacante por un periodo de tiempo indefinido, que la persona se haya sometido a un concurso de méritos y oposición en el cual se haya valorado y contrastado los conocimientos, aptitudes y capacidades personales y profesionales de todos los postulantes, para que de esta forma, sea designada la persona que haya demostrado ser la más idónea para ocupar el puesto, debiendo la misma ser declarada como ganadora de tal concurso, para poder ser revestida de la facultad legal de ocupar el cargo.

Requisito que lo encontramos también contemplado en la Constitución de la República, el cual fue totalmente inobservado y violentado con la entrada en vigencia de la ley de apoyo humanitario, específicamente con la disposición

constante en el artículo 25 de este cuerpo legal, el cual, por todas las razones y argumentos descritos en cuanto a la naturaleza jurídica y requisitos de validez que exige la normativa ecuatoriana en lo correspondiente a la figura del nombramiento, mismos que no fueron cumplidos para el otorgamiento de nombramientos a profesionales de la salud en época de pandemia, claramente fue inconstitucional desde su entrada en vigencia, circunstancia que causó el agravio de varios derechos fundamentales de personas que se vieron limitados de participar en concursos de mérito y oposición para el ingreso al servicio público de salud.

Es por tal circunstancia que el segundo capítulo de nuestro trabajo de investigación se centrara específicamente en analizar la disposición constante en el artículo 25 de la ley de apoyo humanitario, para, como primer punto determinar cuáles fueron los efectos jurídicos generados de su declaratoria de inconstitucionalidad, esto con la finalidad primordial de determinar si los nombramientos otorgados a los profesionales de la salud en época de pandemia, poseen o no validez legal, al haber omitido el cumplimiento de un requisito indispensable para acceder al servicio público.

## **CAPÍTULO II**

### **DEL ARTICULO 25 DE LA LEY DE APOYO HUMANITARIO**

#### **2.1.- Finalidad de la Ley de Apoyo humanitario**

La denominada Ley de Apoyo Humanitario (2020) entra en vigencia en fecha 22 de junio del mismo año luego de ser publicada en el suplemento 229 del registro oficial, la cual fue incorporada en la normativa ecuatoriana como un mecanismo jurídico encaminado a combatir la grave recesión económica y laboral generada por la llegada del virus del SARS-CoV-2.

La principal finalidad para la que fue incorporada la mentada ley desde la perspectiva laboral, fue preservar las fuentes de empleo de todos los ciudadanos ecuatorianos, mediante la incorporación de varias normas que brindaban una serie de alternativas mediante las cuales se podían modificar ciertas condiciones o parámetros fijados para la prestación de servicios, como es por ejemplo la reducción de la jornada laboral, la celebración de acuerdos para la reducción de la remuneración, entre otros.

Mecanismos que tenían el objetivo de garantizar la estabilidad laboral de los mismos, sin que sus empleos se vieran afectados por la severa recesión económica originada de esta calamidad sanitaria, la cual afecto de igual o peor forma a los empleadores, puesto que el confinamiento que se vivió en cada rincón del planeta, obligo a suspender por un largo periodo de tiempo sus actividades cotidianas lo cual origino la disminución de recursos económicos

originándose una situación que no permitía cubrir los salarios de los trabajadores.

Aun cuando desde una óptica muy amplia se puede observar que la incorporación de este cuerpo legal, tenía una finalidad de trascendental importancia para afrontar la crisis económica y laboral generada en el país, la entrada en vigencia de esta ley tuvo como resultado una serie de actos que resultaron perjudiciales y atentatorios de los derechos de varias personas, puesto que algunas de las disposiciones expresadas en esta ley, contrariaban preceptos de rango constitucional, tal como es el caso de lo expresado en artículo 25, el cual consagra una disposición dirigida específicamente a garantizar la estabilidad laboral de todos los profesionales de la salud que prestaron sus servicios en época de pandemia, al disponer:

“Estabilidad de trabajadores de la salud.- Como excepción, y por esta ocasión, los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19) con un contrato ocasional o nombramiento provisional en cualquier cargo en algún centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS) y sus respectivas redes complementarias, previo el concurso de méritos y oposición, se los declarará ganadores del respectivo concurso público, y en consecuencia se procederá con el otorgamiento inmediato del nombramiento definitivo” (pág. 10).

La norma invocada expresamente dispone que a todos aquellos profesionales de la salud que hayan prestado sus servicios en alguna de las instituciones de salud pública o sus redes complementarias, se les otorgara el nombramiento definitivo sin necesidad de que se haya realizado el concurso de méritos y oposición, circunstancia que claramente contraria los preceptos

constitucionales establecidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para el ingreso al servicio público, tal como lo expresado en el artículo 282 de la Constitución de la República, el cual dispone:

“El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la norma 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” (pág. 108).

Es evidente que la disposición expresada en el artículo 25 es totalmente contraria a lo que dispone el artículo invocado de la carta magna, puesto que la Constitución expresamente establece que de forma obligatoria se debe realizar un concurso de mérito y oposición como requisito previo para ingresar al servicio público, mismo que fue omitido por los profesionales de la salud que prestaron sus servicios en época de pandemia, beneficiándose de lo dispuesto en el mentado artículo al recibir un nombramiento que por todas las razones mencionadas, careció de validez legal.

Tal circunstancia causó gran rechazo por parte de los demás profesionales de la salud que resultaron perjudicados por la entrada en vigencia de la misma, puesto que al no haber prestado sus servicios en época de pandemia no podían aspirar a un puesto en el sector público, por lo cual mencionaban que esta disposición limitaba su derecho de acceder a la carrera en el servicio público, en igualdad de condiciones con respecto a los demás profesionales de la salud, derecho que de igual forma se encuentra consagrado en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República, el cual dispone:

“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” (pág. 12)

Al ser muy notoria la vulneración de derechos de los profesionales de la salud que no prestaron sus servicios en el sector público en época de pandemia, que acarrea la aplicación de este artículo, las autoridades ecuatorianas luego de múltiples acciones legales interpuestas y de haberse evidenciado una total inconformidad por parte de los profesionales del derecho especialistas en materia constitucional, por el otorgamiento de nombramientos sin haberse realizado un concurso de méritos y oposición, se procede a realizar el llamado control de constitucionalidad de este articulado, situación que será analizada en posteriores líneas.

## **2.2 Declaratoria de Inconstitucionalidad del Artículo 25 de la Ley Humanitaria**

La Constitución de la República del Ecuador al ser el cuerpo normativo con mayor jerarquía dentro de nuestro ordenamiento jurídico tiene como una de sus finalidades primordiales, regular y vigilar que todas las demás normas jurídicas constantes en los cuerpos legales infra constitucionales, estén acorde a los preceptos consagrados en la Carta Magna, circunstancia que se realiza mediante el denominado control de constitucionalidad, mismo que fue aplicado

para determinar si lo expresado en el artículo 25 de la mentada ley, era contrario o no, a los preceptos establecidos en nuestra Constitución.

Es por tal razón que ante las múltiples acciones de protección presentadas por los profesionales de la salud que prestaron sus servicios en época de pandemia, con la finalidad de que se le otorgue el nombramiento definitivo al amparo de lo dispuesto en el artículo 25 de la ley humanitaria, materia de nuestro análisis, en fecha 13 de abril del año 2021, en la ciudad de Cuenca un juez laboral, presenta una consulta de constitucionalidad de la mencionada norma.

Teniendo como resultado de la misma, que el pleno de la Corte Constitucional en fecha 29 de septiembre del 2021, emita sentencia la cual fue signada con número 18-21-CN y 29-21-CN, en la cual se declara la inconstitucionalidad del artículo 25 de la ley de apoyo humanitario y del artículo 10 del reglamento para la aplicación de esta ley, puesto que las mismas son contrarias a lo consagrado en el artículo 228 de la carta magna, al desnaturalizar el ingreso a la carrera en el servicio público, el cual obligatoriamente debe realizarse mediante un concurso de mérito y oposición.

Con la finalidad de generar mayor entendimiento en el lector, abordaremos de forma superficial lo correspondiente a la figura del control de constitucionalidad, la cual fue aplicada por el pleno de la Corte para invalidar legalmente esta norma jurídica.

## **2.2.1 Control de Constitucionalidad**

### **2.2.1.1 Definición**

El diccionario de la Real Academia Española define al control de constitucionalidad como una facultad otorgada a las autoridades competentes para que verifiquen que todas las normas establecidas en todos los cuerpos legales y además las decisiones que sean tomadas por cualquier tribunal o institución se adecuen a los preceptos consagrados en la Constitución (Real Academia Española, 2022).

Pedro Peñafiel define al control de constitucionalidad como aquella facultad de la que se encuentran revestidos ciertos órganos para realizar la interpretación de la Constitución y a la vez de vigilar la concordancia entre las normas legales de menor jerarquía con respecto a la Constitución (Pedro Peñafiel, 2018.).

Las citadas definiciones permiten entender que el denominado control de constitucionalidad es un mecanismo creado por la misma Constitución para garantizar el respeto de cada uno de los derechos consagrados en ella, mecanismo que está orientado a determinar que todas las normas de carácter legal contempladas en los cuerpos de menor jerarquía a la Constitución, guarden armonía con la misma, para que de esta manera no existan contradicción alguna entre ambos, los cuales afecten el ejercicio pleno de estos derechos. Debemos tener claro que el control de constitucionalidad está a cargo del más alto órgano Jurisdiccional de carácter Constitucional del ordenamiento jurídico, mismo que en la legislación ecuatoriana es la Corte Constitucional, esto por mandato

expreso de la Constitución de la República (2008) la cual en su artículo 429, establece:

“La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte” (pag. 191).

Al respecto el fallo signado con número 001-13-SCN-CC emitido por la Corte Constitucional (2013), en concordancia en lo expresado en el artículo citado con anterioridad, establece:

“En el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde solo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez. De modo, si bien las juezas y jueces tienen la obligación de advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la Constitución, siempre deben consultar a la Corte Constitucional para que sea esta la que se pronuncie respecto a su constitucionalidad” (pág. 16).

#### **2.2.1.2 Finalidad**

El control de Constitucionalidad según el criterio de Hans Kelsen, expresado en la obra del Abogado Jorge Benavides, consiste en hacer respetar la supremacía de las disposiciones constitucionales por encima de todas las demás normas jurídicas jerárquicamente inferiores a esta. Según este criterio en relación a lo manifestado a lo largo de la presente investigación, podemos mencionar que el control de constitucionalidad tiene entre sus principales finalidades, las siguientes:

1. Vigilar que las disposiciones legales contempladas en los distintos cuerpos legales, guarden armonía con las disposiciones y principios consagrados en la carta magna.

2. Garantizar que todos los poderes del estado, así como también las decisiones judiciales o administrativas acaten lo que dispone la Constitución.

3. Dejar sin validez legal toda aquella norma que sea contraria a la Constitución y a los tratados internacionales dentro de los cuales el Ecuador se encuentre suscrito y ratificado.

4. Atribuir y regular las funciones de los distintos poderes del Estado.

### **2.2.1.3 Clases de Control de Constitucionalidad**

La doctrina sostiene que dentro de todo ordenamiento jurídico en el cual la Constitución sea la norma suprema, existen 4 tipos de control de Constitucionalidad que pueden ser aplicados, ya sea para determinar que una norma jurídica o una decisión judicial o administrativa, es o no contraria a la Constitución, mismos que serán analizados en las siguientes líneas, y los cuales son:

1. Abstracto.
2. Difuso
3. Concentrado
4. Concreto.

#### **2.2.1.3.1 Control Abstracto.**

La Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia número 018-15-SIN-CC, menciona que el llamado control de constitucionalidad abstracto tiene la finalidad de garantizar la armonía entre todas las normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico, es decir que todas las normas infra constitucionales guarden coherencia con la norma suprema, pudiendo eliminar todas aquellas normas en las que se evidencia incompatibilidades ya sea de forma o de fondo, con respecto a la carta magna.

Según el Abogado Enrique Álvarez, doctrinariamente existen dos tipos de control abstracto, siendo el primer el llamado control formal, mismo que tiene la finalidad de verificar que el proceso de creación de la norma haya cumplido con todos los procedimientos y parámetros establecidos en la Constitución y la ley para tal efecto. El segundo tipo de control abstracto según menciona este autor, el llamado control de fondo, el cual tiene la finalidad de verificar que la norma que las normas jurídicas vigentes en el ordenamiento sean compatibles con los preceptos constitucionales. En ambos casos el control abstracto tiene la finalidad de dejar sin validez legal las normas que sean contrarias a la Constitución o aquellas que entraron en vigencia irrespetando el procedimiento que se debe seguir para su creación.

#### **2.2.1.3.2 Control Difuso**

Aida García Berni menciona que el control de constitucionalidad difuso, es aquel que es realizado por todos los juzgadores al momento de tramitar una

causa que llegue a su conocimiento, facultad que ha sido otorgada a estos con la única finalidad de que vigilen la supremacía de la carta magna dentro del ordenamiento jurídico, razón por la cual los jueces no están permitidos de realizar ningún tipo de invalidación de la norma, sino únicamente pueden omitir aplicarla, y remitir a consulta tal hecho ante la Corte Constitucional, para que sean los jueces miembros de la misma, quienes realicen el control de constitucionalidad y de ser el caso, la dejen sin validez legal.

#### **2.2.1.3.4 Control Concentrado**

Este tipo de control es el realizado por una entidad jurídica autónoma, que no tiene nada que ver con el sistema judicial ordinario, y que ha sido creada con la única finalidad de que realice el control de constitucionalidad de las normas jurídicas, y de ser el caso las declare inválidas para que las mismas sean retiradas del ordenamiento jurídico.

#### **2.2.1.3.4 Control Concreto**

Este tipo de control de constitucionalidad a diferencia de los antes mencionados busca vigilar que la aplicación de las normas jurídicas dentro de los procesos judiciales, sean realizados con estricto apego a las normas y derechos contemplados en la carta magna, es decir tiene como finalidad la invalidación de un acto que fue realizado en aplicación de una norma inconstitucional y mediante esta la reparación del derecho vulnerado.

#### **2.2.1.4 Efectos Jurídicos de la Declaratoria de Inconstitucionalidad del artículo 25 de la Ley Humanitaria**

Al referirnos a efectos jurídicos debemos entender que hacemos alusión a la consecuencia jurídica que se origina de la realización de un acto o hecho jurídico. Según manifiesta el diccionario de la Real academia española los principales efectos jurídicos que se generan dentro de un acto o negocio jurídico son la creación o extinción de derechos, es por esto que en el caso que es materia de análisis debemos entender que al referirnos a efectos jurídicos hablamos de aquella consecuencia jurídica que se origina a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad del mencionado artículo, mismos que según la sentencia signada con número 18-21-CN y 29-21-CN mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 25 de la ley humanitaria, son:

El primer efecto jurídico generado de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 25 de la ley humanitaria, y el cual consta de forma expresa en la sentencia emitida por el pleno de la Corte Constitucional, es que la misma surtirá efecto a partir de su promulgación en el registro oficial, dejando plenamente validos todos los nombramientos que fueron otorgados sin que se hayan realizado el concurso de méritos y oposición, de forma previa a la emisión de esta sentencia.

Circunstancia que de igual forma resulta afectando el derecho a la igual y no discriminación de los profesionales de la salud que tenían expectativas de participar en dichos concursos para ingresar a la carrera pública, puesto que aun cuando dicha sentencia tiene como resultado la inaplicabilidad a futuro de esta

disposición, la misma no emite medidas de resarcimiento de los derechos vulnerados a los profesionales que se les impidió participar en dichos concursos.

Respecto a esta situación el pleno de la Corte dentro de la sentencia expresa que los nombramientos otorgados antes de la promulgación de la sentencia en la que se declara la inconstitucionalidad del analizado artículo, quedan plenamente válidos, puesto que los mismos fueron otorgados bajo la premisa de que existía una presunción de constitucionalidad de la norma, argumento que resulta de cierta forma muy limitado para dejar válidos los mismos, y el cual será analizado en líneas posteriores.

#### **2.2.1.5 Validez Legal de los Nombramientos Otorgados antes de la Declaratoria de Inconstitucionalidad del artículo 25 de la Ley Humanitaria**

La Ley Organica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2020), en su artículo 96 trata sobre los efectos jurídicos que generan las sentencias que declararán inconstitucional una norma o decisión dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, mismo que en su numeral 4to menciona:

“Las sentencias producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales” (pág. 30).

Como se detalló anteriormente la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 25 de la ley de apoyo humanitario surtió efectos jurídicos únicamente a futuro, puesto que los juzgadores miembros de la Corte Constitucional de forma expresa hacen constar en la sentencia tal circunstancia, dejando plenamente válidos todos los nombramientos otorgados en aplicación de la norma declarada inconstitucional.

Situación que en base a la normativa y doctrina analizada hasta el momento no debió haber ocurrido de tal manera, sino por el contrario los juzgadores encargados de realizar el control de Constitucionalidad a más de invalidar tal norma para evitar que se sigan otorgando nombramientos sin realizar previamente un concurso de mérito y oposición, debieron también invalidar todos los nombramientos otorgados con anterioridad a la resolución con la cual se declaró la inconstitucionalidad del mencionado artículo, para que de esta manera se permita ejercer plenamente el derecho de acceder en igualdad de condiciones al servicio público, a todos los profesionales de la salud que no prestaron sus servicios en una dependencia de salud pública en época de pandemia.

Como podemos observar, en la sentencia mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 25 de la ley de apoyo humanitario, se omitió aplicar la disposición constante en el artículo 96 de la LOGJCC antes citado, el cual brindaba la posibilidad que de forma excepcional las sentencias emitidas sobre el control de Constitucionalidad posean efectos retroactivos cuando tengan la finalidad de garantizar el ejercicio pleno de un derecho de rango Constitucional, como es el derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho al trabajo de los profesionales de la salud, los cuales claramente se vieron transgredidos puesto que en la misma sentencia se declaró válidos los nombramientos otorgados al amparo del artículo 25 de la ley de apoyo humanitario, antes de que el mismo fuera declarado inconstitucional.

Circunstancia que debería ser corregida para que tal transgresión de derechos sea resarcida, siendo la alternativa más idónea que todos los nombramientos otorgados antes de la declaratoria de inconstitucionalidad con fundamento legal en el mencionado artículo, ya sea mediante acción de

protección o por haberse declarado como ganadores del concurso de mérito y oposición a ciertos profesionales, también sean declarados sin validez legal alguna, puesto que omitieron el cumplimiento de un requisito indispensable como es el hecho de haberse sometido a un concurso de mérito y oposición, para acceder a una vacante en la carrera pública, situación que es de obligatorio cumplimiento por mandato expreso de la Constitución, en concordancia con lo dispuesto en la Ley orgánica del servicio público y su respectivo reglamento, las cuales por obvias razones priman sobre cualquier tipo de decreto o ley de menor jerarquía.

Puesto que al haber sido otorgados de tal manera los nombramientos a los profesionales de la salud, claramente se afectó el derecho a la igualdad y no discriminación de los demás profesionales de la salud que no prestaron sus servicios en época de pandemia dentro de una instrucción de salud pública, el cual es protegido tanto por la carta magna ecuatoriana y por varios tratados y convenios internacionales protectores de los derechos humanos, mismos que serán analizados en el desarrollo del tercer capítulo de nuestra investigación

Esto con la finalidad de determinar si los nombramientos otorgados a los profesionales de la salud bajo la aplicación del artículo 25 de la ley de apoyo humanitario, deberían ser nulitados para que de esta manera se llame a un nuevo concurso de mérito y oposición en el cual puedan concursar cualquier profesional sin distinción o limitación alguna, precautelando íntegramente el derecho a la igualdad y no discriminación de aquellas personas que resultaron perjudicadas con la entrada en vigencia de la mencionada ley, mismo que es protegido por tanto por los tratados internacionales, así como también por la carta magna ecuatoriana.

## **CAPÍTULO III**

### **De la Nulidad de los Nombramientos Definitivos Otorgados a los Profesionales de la Salud sin que se Haya Realizado el Concurso de Merito y Oposición.**

#### **3.1 La Nulidad.**

##### **3.1.1 Definición.**

El diccionario de la Real Academia Española define a la figura de la nulidad como, declaratoria de invalidez legal realizada por la autoridad competente de un acto, contrato o resolución, cuando se ha incurrido en una de las causales establecidas en la ley para tal efecto, la cual obligatoriamente debe ser declarada de oficio (Diccionario de la Real Academia Española, 2022).

El Dr. Roberto Salgado Valdez define a la nulidad como aquella sanción atribuida por la ley para que aquellos actos o contratos que han sido celebrados sin cumplir con los requisitos indispensables que la propia ley exige para su validez, tendiendo como principal efecto que los mismos se restituyan su estado inicial como si nunca se hubiese celebrado. (Roberto Salgado Valdez, 2016. )

##### **3.1.2 Efectos Jurídicos de la Nulidad.**

Como se puede observar en las definiciones antes citadas, el efecto jurídico de la declaratoria de nulidad ya sea de un acto, contrato o resolución, es que vuelvan al estado anterior al momento en que se dictara el acto nulo, dejando sin validez todas las diligencias realizadas, es decir como si nunca se hubieran realizado.

### **3.1.3 Características de la Declaratoria de Nulidad.**

Araceli Miramón Parra menciona que la nulidad al ser una situación jurídica que origina la invalidez legal de un acto o contrato, posee las siguientes características:

1. Las causales que origina la nulidad deben estar expresadas en un cuerpo normativo, puesto que las mismas nacen de la ley.
2. Puede ser alegada por cualquier persona que tenga interés en el proceso, pero no por la persona de la cual se origina la causa de la nulidad.
3. Solo puede ser declarada de oficio cuando la causa de la que se origina, resulta manifiesta para el juzgador.
4. No es susceptible de subsanación, ni aun por la ratificación de las partes. (Araceli Miramón Parra, 2016)

### **3.1.4 Clases de Nulidad.**

La doctrina establece la existencia de dos tipos de nulidad siendo estas la denominada nulidad absoluta y la relativa.

#### **3.1.4.1 De la Nulidad Absoluta.**

A decir del tratadista Ossorio la nulidad absoluta es aquella que se origina cuando un acto jurídico o contrato ha sido realizado con un objeto o una causa ilícita, cuando en la celebración de estos se ha omitido el cumplimiento de algún

requisito o formalidad que la ley exige para otorgar validez legal a los mismos, o cuando han sido celebrados por una persona absolutamente incapaz (Manuel Ossorio, 2015).

Este tratadista menciona que la nulidad absoluta equivale a la inexistencia del acto, por lo cual desde el momento en que se emite la declaratoria de nulidad no producirá efecto legal alguno, y bajo ninguna circunstancia es susceptible de convalidación, es decir que desde el momento que el acto es declarado nulo absoluto desaparece de la esfera del mundo jurídico, es decir pasa a un estado como si nunca hubiese sido realizado.

#### **3.1.4.2 De la Nulidad Relativa.**

Según el mismo tratadista Ossorio este tipo de nulidad es aquella que se produce cuando en la celebración del acto se ha incurrido en un vicio o un defecto capaz de invalidar legalmente el acto. En este tipo de nulidad los actos realizados mientras no exista una decisión judicial que los nulite son plenamente válidos y eficaces por lo tanto producen efectos jurídicos entre las partes. Siendo además susceptibles de subsanación por la ratificación (Manuel Ossorio, 2015).

Conforme lo mencionado respecto a los dos tipos de nulidad que existen en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, podemos evidenciar que entre las mismas existe una notoria diferencia, siendo esta que mientras en la nulidad absoluta se produce la inexistencia del acto sin posibilidad de que el mismo sea ratificado, en la nulidad relativa el efecto jurídico es que el acto o contrato, se retrotraiga al momento en que se produjo la nulidad pudiendo realizarle nuevamente todas la diligencias que fueron invalidadas legalmente, y pudiendo además ser subsanado el acto.

### **3.1.4.3 De la Nulidad de los Nombramientos Otorgados a los Profesionales de la Salud sin que se haya Realizado un Concurso de Méritos y Oposición.**

Como se observó en líneas anteriores la nulidad absoluta es una institución o mecanismo jurídico que como finalidad invalidar legalmente los actos jurídicos, que han sido originados de una causa u objeto ilícito, que han sido celebrados personas consideradas como incapaces absolutos ante la ley para celebrar actos o contratos y cuando el acto ha sido realizado incumpliendo alguna formalidad o requisitos indispensable que la ley exige para otorgar validez legal al mismo.

En el tema que es materia central de investigación del presente capítulo, es decir sobre el hecho de que se hayan otorgado nombramientos sin que se haya realizado un concurso de méritos y oposición, el cual constituye un requisito de obligatorio cumplimiento para el ingreso al sector público, tal como lo dispone el artículo 86 literal b y el artículo 5 literal h, de la Ley Orgánica del Servicio Público, en concordancia con lo establecido en el artículo 228 de la CRE, claramente constituye una causal que puede ser alegada por cualquier profesional de la salud, solicitando se declaren nulos los nombramientos otorgados al amparo del artículo 25 de la ley humanitaria declarado inconstitucional, al haberse omitido el cumplimiento de este requisito exigido por la ley y por la Carta Magna para que los mismos tenga validez y eficacia legal.

El reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público, en su artículo 107 establece que las personas que hayan ingresado al sector público sin que se haya realizado el respectivo concurso de méritos y oposición deben ser inmediatamente destituidos de su cargo, circunstancia que constituye una sanción establecida en la ley y aplicable únicamente en los casos que se hubiere omitido este requisito antes de la entrada en vigencia de la denominada ley de apoyo humanitario.

Resultando inaplicable esta disposición en cuanto a los nombramientos otorgados al amparo del artículo 25 de la misma, los cuales podrían ser invalidados legalmente mediante la figura de la nulidad absoluta, la cual resulta plenamente aplicable y misma que tendría por finalidad que los nombramientos otorgados de esta manera sean declarados nulos absolutos, para que de esta manera sean considerados como si nunca se hubieran realizado y se llame a un nuevo concurso en el que puedan participar en igualdad de condiciones todos aquellos profesionales que deseen ingresar al servicio público (Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público, 2016.).

### **3.2 Del Derecho a la igualdad y no discriminación de los Profesionales de la Salud.**

Como se mencionó en líneas anteriores en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la Carta Magna de forma expresa en su artículo 11 menciona que todas las personas sin distinción alguna gozan de los mismos derechos y oportunidades, prohibiendo de forma expresa que se realice cualquier tipo de

trato discriminatorio sobre las personas que tenga como resultado el detrimento o limitación del ejercicio de un derecho.

En este mismo cuerpo normativo encontramos establecido el artículo 66 numeral 4, el cual establece que todas las personas tienen derecho a la igualdad material y formal, siendo la primera la igualdad que deben tener las personas en la ley, evitando que se generen condiciones discriminatorias o tratos desiguales a las personas por razones de etnia, genero, raza, etc. Mientras que la igualdad formal es la igualdad que deben tener personas ante la ley, siendo merecedoras de igual protección evitando actos discriminatorios o que se dé una mayor protección o tratos preferenciales, a una persona con respecto de otra.

La declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo séptimo establece que todas las personas son iguales ante la ley y que por tal razón son merecedores de la misma protección por parte del Estado, sin que exista ningún tipo de distinción o discriminación por razones de etnia, religión, orientación, entre otros factores. En concordancia con la declaración Universal de los Derechos Humanos, tenemos la Declaración de Filadelfia misma que es un Convenio Internacional creado por las naciones unidas para alcanzar los objetivos perseguidos por la Organización Internacional del Trabajo, la cual en su artículo segundo menciona que todas las personas tienen derecho a acceder a su bienestar y seguridad económica en igualdad de oportunidades, sin que exista ningún tipo de distinción o acto discriminatorio.

Como se puede evidenciar en todas las normas invocadas tanto del derecho internacional, así como también en las constantes en la normativa ecuatoriana, permiten entender que la sentencia emitida por el pleno de la Corte Constitucional, mediante la cual se declaró inconstitucional el artículo 25 de la

ley humanitaria, resulta un tanto limitada puesto que aun cuando con la promulgación de esta sentencia se evita vulneraciones de los derechos de los profesionales de la salud, dicha protección solo genera efectos a futuro, dejando relegada la protección de los derechos de otros profesionales que no pudieron concursar para acceder a la carrera pública en alguna institución de salud, o que habiendo concursado fue declarado como ganador a una determinada persona sin que se hubieran valorado los méritos y aptitudes de los demás concursantes.

Situación que resulta siendo discriminatoria hacia los profesionales que no pudieron prestar sus servicios en época de pandemia, lo cual claramente afecta derechos que se encuentran tutelados por tratados internacionales de Derechos Humanos y por la Carta Magna de la República del Ecuador, puesto que se está dando un trato diferenciado y mayor protección a quienes si prestaron sus servicios en época de pandemia, dejando validos los nombramientos otorgados sin que se haya realizado el concurso de mérito y oposición .

Omitiendo el cumplimiento de un requisito indispensable para que los mismo tengan validez legal, siendo por lo tanto la única alternativa para evitar la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de estos profesionales, que se nuliten los nombramientos otorgados al amparo de la disposición del artículo 25 de la ley de apoyo humanitario, al no haberse realizado un concurso de mérito y oposición como un requisito previo al ingreso al sector público.

### **3.3 Del Derecho al Trabajo.**

El derecho al trabajo es uno de los derechos que más problemáticas ha presentado a nivel mundial, en cuanto a su regulación jurídica corresponde, puesto que desde los inicios de la sociedad han existido grandes desigualdades entre trabajador y empleador, puesto que el segundo ha buscado la forma de beneficiarse de su condición de superioridad frente al trabajador, para explotarlo y así evadir el cumplimiento de sus obligaciones como es el pago de una remuneración justa, el cumplimiento de una determinada jornada laboral, entre otros aspectos, razón por la cual se originó la necesidad de crear mecanismos eficaces para garantizar el correcto ejercicio de este derecho (Humberto Villasmil Prieto, 2016.).

Una de las principales herramientas creadas para tutelar eficazmente este derecho, es la intervención de los organismos internacionales, los cuales incorporaron al mismo como un derecho humano inherente a todas las personas, circunstancia que encontramos plasmada en el artículo 23 numeral 1, de la llamada Declaración Universal de los Derechos Humanos la cual establece que “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano encontramos establecido al trabajo como un derecho fundamental, puesto que nuestra Carta Magna en su

artículo 325 establece “El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano; como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores” (Constitucion de la Republica del Ecuador, 2008, pag 149-150). El autor José Dávalos define al derecho al trabajo como el conjunto de normas jurídicas encaminada a regular las relaciones originadas entre el denominado empleador con relación al trabajador (Jose Davalos, 2016).

Tal como dispone la doctrina citada en relación a la normativa nacional e internacional mencionada, podemos entender al trabajo como un derecho fundamental de las personas el cual les permite gozar de una vida digna y alcanzar los fines generales de la familia, derecho que es tutelado internamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, así como también por varios tratados y convenios internacionales de derechos humanos, los cuales velan por el respeto integro de este derecho que busca proteger a la parte más vulnerable dentro de esta relación, mismo que es el trabajador, para lo cual el Estado es el llamado a crear y aplicar todas las medidas necesarias para proteger integra y eficazmente el ejercicio de este derecho.

### **3.3.1.- Características**

La Carta Magna de la República del Ecuador del año 2008 en su artículo 326 numeral 2, de forma expresa consagra que los derechos laborales son irrenunciables e intangibles, características que serán abordadas y analizadas en las siguientes líneas.

- **Irrenunciables:** al referirnos a la irrenunciabilidad de los derechos laborales, debemos entender que la Constitución con la finalidad de evitar se realicen actos perjudiciales en contra del trabajador, ha dotado de esta característica a los mismos, puesto que mediante esta la misma se ha creado la imposibilidad jurídica de que el trabajador por voluntad propia o por presiones o amenazas realizadas por parte del empleador, se prive de los derechos y beneficios que la ley confiere en favor, lo cual se lo realiza mediante una limitación de la autonomía de la voluntad del trabajador, prevaleciendo lo que se encuentra expresado en la ley por encima de la voluntad del mismo (Rosa Mejía Franco, 2015).
- **Intangibles:** la intangibilidad por su parte hace referencia que los derechos laborales no pueden ser modificados ni alterados, ni aun por acuerdo entre las partes, es decir que no pueden sufrir ningún tipo de cambio que represente transgresión o detrimento de los mismos (Sergio Gamonal Contreras, 2021.).

### **3.4 Del Derecho al Trabajo en Igualdad de Condiciones de los Profesionales de la Salud que no Prestaron sus servicios en Pandemia.**

En base a lo manifestado en líneas anteriores tanto el derecho al trabajo como a la igualdad y no discriminación son considerados como derechos humanos de las personas, mismos que al ser tutelados por tratados y convenios internacionales son merecedores de una mayor protección por parte de cada ordenamiento jurídico que se encuentra suscrito y ratificado a los mismos.

En lo correspondiente a la problemática materia de análisis de la presente investigación hemos podido determinar que el ejercicio de estos derechos ha resultado notoriamente afectado a los profesionales de la salud que se vieron limitados para concursar y acceder a un cargo dentro de la red pública de la salud, puesto que los nombramientos que fueron otorgados incumpliendo el requisito que exige la Constitución y la ley para el ingreso al servicio público fueron declarados como válidos por los Jueces miembros de la Corte Constitucional.

Circunstancia que debe ser resarcida mediante la declaratoria de nulidad absoluta de estos nombramientos, para que de esta manera se realice un concurso de mérito y oposición en el que se valore la aptitud y capacidad de todos los postulantes, sin que exista ningún tipo de limitación que impida el acceder a un cargo público a los servidores de la salud que no prestaron sus servicios en pandemia, garantizándoles a los mismos el ejercicio pleno de su derecho a acceder a un trabajo en el sector público en igualdad de condiciones con relación a aquellas personas que si prestaron sus servicios.

### **3.5 De la Validez de las Acciones de Protección Presentadas antes de la Declaratoria de Inconstitucionalidad del Artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario.**

La acción de protección es una de las garantías jurisdiccionales contempladas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, misma que posee la finalidad de brindar una protección eficaz de todos los derechos fundamentales contemplados en nuestra Carta Magna en relación a los derechos consagrados y tutelados por los distintos instrumentos internacionales de Derechos Humanos,

garantía que procede únicamente cuando la trasgresión se origina da la acción u omisión de una autoridad pública no judicial.

La ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 40, establece cuales son los requisitos que se debe cumplir para presentar esta garantía jurisdiccional, mismos que se detallan a continuación:

1. Como primer punto se establece que debe existir la Violación de algunos de los Derechos consagrados en la CRE.
2. La violación del derecho debe provenir de una autoridad pública no judicial, de una política pública que represente la trasgresión o menoscabo del derecho, o en general de cualquier persona natural o jurídica del sector público, o privado cuando presenten servicios públicos.
3. Cuando el ejercicio o protección del derecho no pueda ser reclamado por la vía judicial ordinaria (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional , 2020).

Garantía que fue interpuesta por miles de profesionales de la salud desde de la entrada en vigencia de la ley de apoyo humanitario, con la finalidad de que se les otorgue el nombramiento definitivo en su cargo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario, garantía que sirvió de base para que aproximadamente 8200 nombramientos fueran entregados a nivel nacional, lo cuales fueron declarados con plena validez legal luego de la declaratoria de inconstitucionalidad del mismo, bajo el argumento de una

supuesta “presunción de Constitucionalidad” de la norma constante en el artículo materia del presente análisis.

Criterio que sigue siendo aplicado en la actualidad para dar paso a cientos de acciones de protección presentadas y tramitadas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo mencionado, lo cual es totalmente incorrecto desde nuestro punto de vista, puesto que el hecho de que ya exista una resolución de inconstitucionalidad de la norma, desvanece íntegramente este criterio, dejando totalmente relegada su aplicabilidad por parte de los juzgadores encargados de resolver esta acciones, quienes ya conocen claramente que esta disposición es contraria a lo establecido en la Carta Magna, razón por la cual mal se podría continuar otorgando nombramientos contrariando lo dispuesto en la norma suprema.

### **3.6.- Estudio de Campo.**

Con la finalidad de reforzar la hipótesis planteada en la presente investigación, se procedió a realizar un estudio de campo mediante la aplicación de entrevistas, las cuales estuvieron dirigidas a varios profesionales del derecho, mismos que accedieron voluntariamente a responder 5 preguntas orientadas a determinar si los nombramientos definitivos otorgados bajo la omisión del cumplimiento de un requisito indispensable para el ingreso al servicio público, como es la realización del concurso de mérito y oposición, deberían o no ser nulitados para que de esta manera se llame a un concurso y así se tutelen integra y eficazmente los derechos a la igualdad y al trabajo de todos los profesionales de la salud que aspiran a una carrera en el servicio público.

### **3.6.1 Población Entrevistada.**

El estudio de campo fue aplicado únicamente sobre profesionales del derecho, entre los cuales constan:

- 30 Abogados en libre ejercicio de la profesión.
- 20 jueces del Cantón Cuenca

### **3.6.2 Análisis e Interpretación de Datos.**

Para lograr un mejor entendimiento en el lector, es indispensable utilizar tablas de gráficos, las cuales reflejaran los porcentajes de cada una de las respuestas obtenidas sobre la entrevista aplicada, mismas que corresponden a preguntas abiertas que tienen como opción de respuestas dos variables, siendo estas “SI” y “NO”.

Es indispensable además dar a conocer que cada una de las preguntas realizadas, están orientadas a determinar que los nombramientos que fueron otorgados omitiendo el cumplimiento del concurso de mérito y oposición como requisito previo y de obligatorio cumplimiento para acceder al servicio público, deberían ser nulitados para que se llame a un concurso en el que puedan participar todos los profesionales que se sientan aptos y capacitados para ingresar al servicio de salud pública, sin que haya distinción o trato preferencial sobre ninguna persona, y de esta manera se tutelen eficazmente el derecho a acceder a una vacante en igualdad de condiciones.

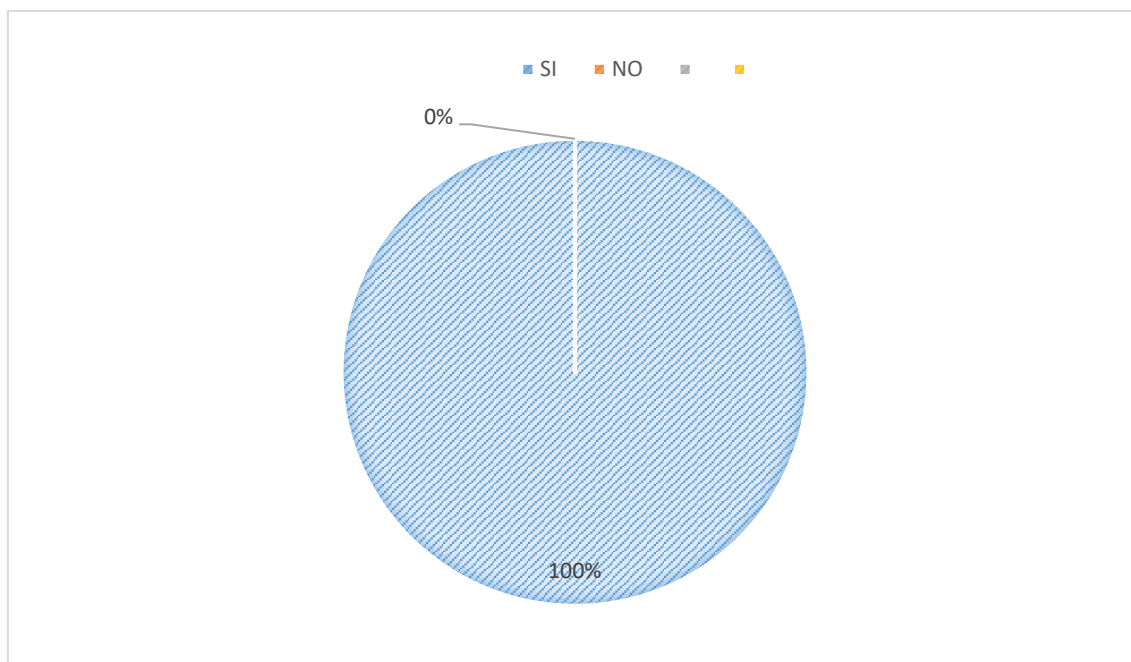
**Primera Pregunta.**

**¿Conoce usted acerca de la ley de apoyo humanitario y la finalidad para la que fue incorporada la disposición expresada en el artículo 25 de esta Ley?**

**Tabla Nro.1**

<b>VARIABLES</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>SI</b>	<b>50</b>	<b>100%</b>
<b>NO</b>	<b>0</b>	<b>0%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100%</b>

*Ilustración 1*



*Nota:* el grafico número 1 ilustra las respuestas obtenidas sobre la pregunta dirigida a determinar si los entrevistados si conocen acerca de la disposición del artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario.

### **Análisis e Interpretación Primera Pregunta.**

Como se desprende de los resultados obtenidos de la primera pregunta, el 100% de los profesionales entrevistados respondió conocer el contenido de la disposición constante en el artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario, circunstancia que nos permitió determinar en base a lo manifestado por el grupo de profesionales entrevistados, que los mismos conocen que mediante la aplicación de este artículo, se permitió que a varios profesionales de la salud que prestaron sus servicios en época de pandemia, se les otorgue un nombramiento definitivo para ingresar al servicio público, omitiendo el cumplimiento del requisito indispensable para que el mismo tenga validez legal, que es haberse sometido a un concurso de mérito y oposición o que habiéndose realizado el mismo se los declaro como ganadores, sin que se haya valorado de forma obligatoria las aptitudes y méritos de los demás postulantes.

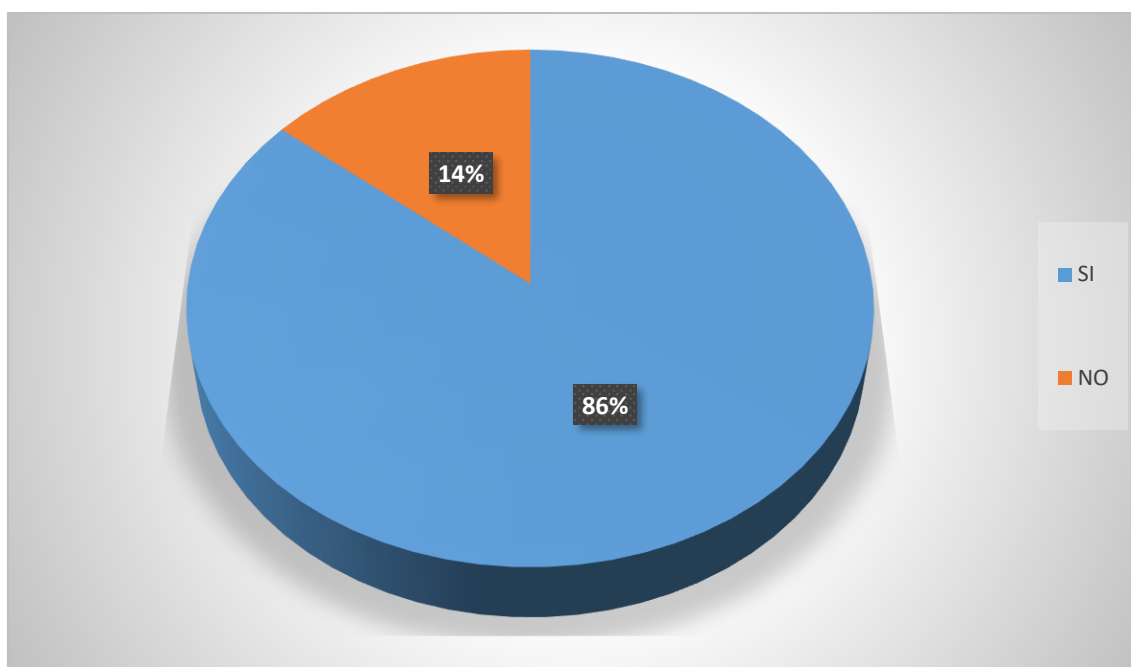
### **Segunda Pregunta.**

**¿Considera usted que la declaratoria de Inconstitucionalidad del artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario, al haber dejado plenamente válidos los nombramientos otorgados con anterioridad a la misma, violenta el derecho a la igualdad y no discriminación de los profesionales de la salud que no prestaron sus servicios en época de pandemia?**

**Tabla Nro. 2**

<b>VARIABLES</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>SI</b>	<b>43</b>	<b>86%</b>
<b>NO</b>	<b>7</b>	<b>14%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100%</b>

Ilustración 2



*Nota: el gráfico número dos ilustra las respuestas obtenidas sobre la pregunta dirigida a determinar si los profesionales del derecho entrevistados, consideran que los derechos de los profesionales de la salud que no prestaron sus servicios en época de pandemia, resultan transgredidos por haberse dejado validos los nombramientos otorgados al amparo de una norma inconstitucional.*

### **Análisis e Interpretación.**

De los resultados obtenidos de la segunda pregunta aplicada, se desprende que el 86% de los profesionales del derecho entrevistados, consideran que la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 25 de la ley de apoyo humanitario, al haber generado efectos jurídicos a futuro, dejando plenamente validos todos los nombramientos otorgados con fundamento legal en una norma inconstitucional, efectivamente transgrede el derecho a la igualdad y no discriminación de los profesionales de la salud que no prestaron sus servicios en pandemia, puesto que a los mismos se está dando un trato diferenciado y discriminatorio con relación a aquellas personas que si prestaron sus servicios, ya que a estos se les otorgó una protección jurídica de la cual no

eran merecedores los mencionados profesionales por razones eminentemente expresadas y exigidas por la misma ley de apoyo humanitario.

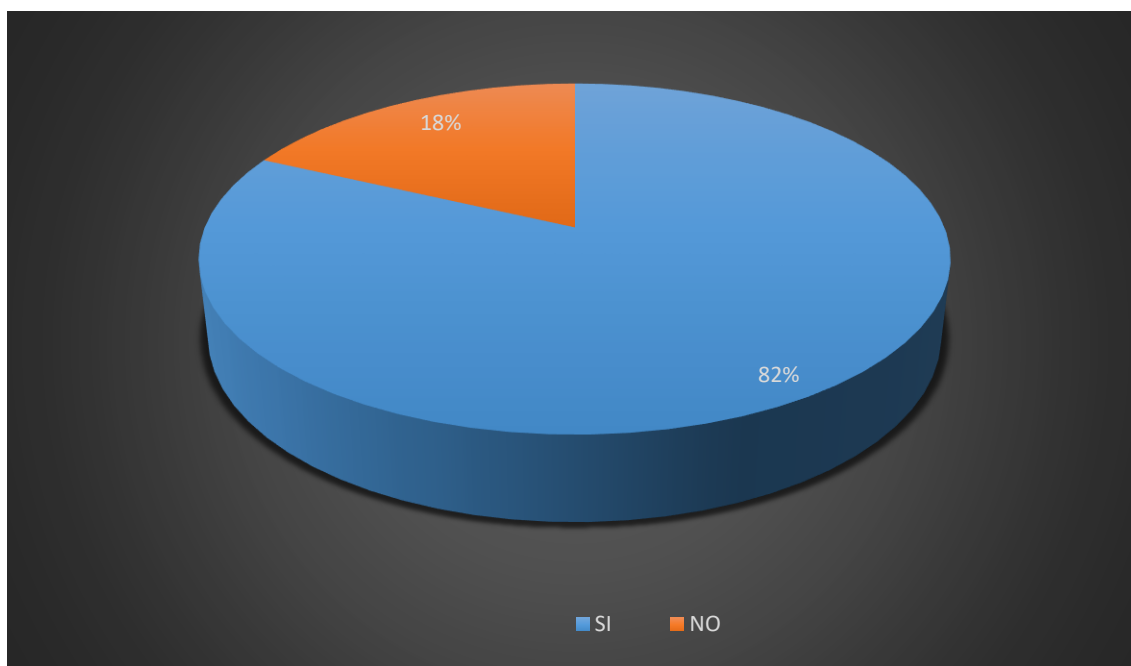
### **Tercera Pregunta.**

**¿Considera usted que la omisión del principal requisito para el ingreso al servicio público, como es la realización de un concurso de méritos y oposición, constituye una causal de nulidad de los nombramientos otorgados de tal forma?**

**Tabla Nro.3**

<b>VARIABLES</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>SI</b>	<b>41</b>	<b>82%</b>
<b>NO</b>	<b>9</b>	<b>18%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100%</b>

*Ilustración 3*



*Nota: el grafico número tres ilustra los resultados obtenidos de la pregunta encaminada a determinar si el grupo entrevistado conoce acerca de la nulidad y sus efectos jurídicos.*

### **Análisis e interpretación.**

De los resultados obtenidos se desprende que el 82% de los profesionales entrevistados, consideran que el hecho de que se haya omitido la realización de un concurso de méritos y oposición como requisito previo para el ingreso al servicio público, como lo dispone la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Servicio Público y el reglamento para su aplicación, claramente constituye una causal de nulidad, puesto que se omitió cumplir una de las formalidades o requisitos indispensables para otorgar validez legal a los mismos.

Sobre este aspecto debemos mencionar que nuestro criterio es totalmente concordante con los resultados obtenidos de esta pregunta, puesto que como se manifestó en la doctrina y normativa analizada en los dos capítulos anteriores, tal omisión es generadora de nulidad absoluta, puesto que el incumplimiento de un requisito o formalidad, jurídicamente constituye causal expresa de este tipo de nulidad.

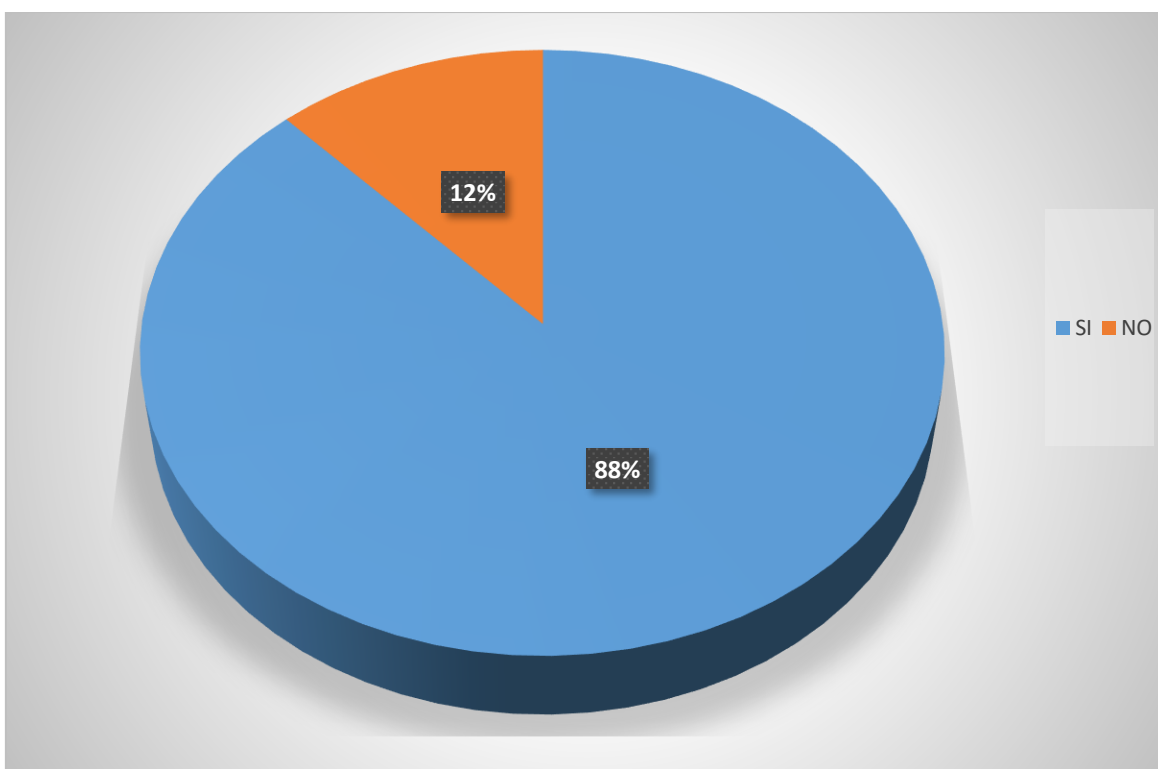
### **Cuarta Pregunta.**

**¿Considera usted que los nombramientos definitivos otorgados a los profesionales de la salud antes de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 25 de la ley humanitaria, deberían ser nulitados para que de esta manera se llame a un concurso de mérito y oposición en el cual puedan participar todos los profesionales de la salud sin limitación o distinción alguna, tutelándose eficazmente su derecho a la igualdad y no discriminación y a la vez su derecho al trabajo?**

### **Tabla Nro.4**

VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	44	88%
NO	6	12%
TOTAL	50	100%

Ilustración 4



*Nota: el grafico numero 4 ilustra los resultados obtenidos acerca de la pregunta realizada para determinar en base al criterio de los profesionales entrevistados, si es necesario nulitar los nombramientos otorgados a los profesionales de la salud, omitiendo el cumplimiento de un requisito indispensable para su validez legal.*

### **Análisis e Interpretación.**

De los resultados obtenidos en la cuarta pregunta se desprende que el 88% de los profesionales entrevistados, está de acuerdo con la idea de que se debería nulitar todos los nombramientos que fueron otorgados al amparo de una norma declarada inconstitucional, misma que permitía la omisión del requisito

indispensable exigido por la ley y la Constitución para otorgar validez legal a los mismos.

Sobre los resultados obtenidos en esta pregunta debemos manifestar que el criterio compartido por la mayor parte del grupo entrevistado guarda plena armonía con la hipótesis planteada en la presente investigación, razón por la cual consideramos que la declaratoria de nulidad de estos nombramientos, constituye la única herramienta o mecanismo, al que pueden acudir los profesionales de la salud perjudicados por tal circunstancia, para exigir al Estado el respeto y protección de sus derechos fundamentales.

## CONCLUSIONES

Del estudio doctrinario y normativo realizado en la presente investigación, en concordancia con los resultados obtenidos de la investigación de campo aplicada a varios profesionales del derecho, se ha obtenido las siguientes conclusiones.

- Los Nombramientos definitivos otorgados a los profesionales de la salud que prestaron sus servicios en época de pandemia en alguna de las redes de salud pública, sin que se haya llevado a cabo un concurso de mérito y oposición como requisito previo para el ingreso al servicio público, tal como lo dispone el artículo 228 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 5 literal h de la LOSEP carecen de validez legal, puesto que los mismos fueron entregados contraviniendo normas de carácter Constitucional y legal vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.
- El hecho que los nombramientos definitivos otorgados antes de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 25 de la Ley Humanitaria, hayan sido declarados como válidos por los miembros de la Corte Constitucional, constituye una afección al derecho a la igualdad y no discriminación de los profesionales que se vieron limitados de acceder en igualdad de condiciones a una vacante en el servicio público.
- En la actualidad se sigue dando paso a múltiples acciones de protección presentadas por los profesionales de la salud, al amparo de la denominada presunción de Constitucionalidad a la que se

hace referencia en la resolución 18-21-CN y 29-21-CN, circunstancia con la cual se continúa inobservando el cumplimiento de disposiciones expresas consagradas en la Constitución de la Republica para el ingreso al sector público, otorgándose así nombramientos de forma totalmente Inconstitucional.

## RECOMENDACIONES

En base a las conclusiones obtenidas de la presente investigación, se recomienda:

- Que los nombramientos definitivos otorgados omitiendo el cumplimiento de un requisito obligatorio para el ingreso al servicio público, como es haber ganado un concurso de mérito y oposición, deberían ser declarados nulos de nulidad absoluta.
- Que se llame a un concurso de méritos y oposición en el que puedan participar todos los profesionales de la salud que deseen ingresar a la carrera pública, sin que exista limitaciones o restricciones, y así el derecho de acceder a una fuente de empleo en igualdad de condiciones de los profesionales que no prestaron sus servicios en pandemia, sea ejercitado plenamente.
- Que la declaratoria de nulidad sea interpuesta mediante la acción de nulidad del acto administrativo mediante el cual fueron otorgados nombramientos sin que se haya realizado el concurso de mérito y oposición.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Araceli Miramón Parra. (2016). *Teoría de la Nulidades e Ineficacia del Acto Jurídico*. Ciudad de Mexico: UNAM.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitucion de la Republica del Ecuador*. Montecristi-Ecuador.: Lexis.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2017.). *Codigo Organico Administrativo*. Quito-Ecuador.: Lexis.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2020). *Ley Organica de Garantias Jurisdiccionales y Control Constitucional*. . Quito-Ecuador.: Lexis.
- Carlos Martinez. (2017.). *Aplicación del principio ne bis in ídem como derecho fundamental y el control del procedimiento administrativo sancionador*. 2017. Lima-Peru.: Temis.
- Código Orgánico General de Procesos. (2020). *Asamblea Nacional del Ecuador*. . Quito-Ecuador. : Lexis.
- Constitucion de la Republica. (2008). *Asamblea Nacional Constituyente*. Montecristi-Ecuador.: Lexis.
- Constitucion de la Republica del Ecuador. (2008). *Asamblea Nacional Constituyente*. Montecristi-Ecuador.: Lexis.
- Corte Constitucional,, 001-13-SCN-CC (Corte Constitucional del Ecuador. 28 de Febrero de 2013).
- Dario Javier Cervantes. (2017.). *El Derecho a la Estabilidad Laboral de los Servidores Publicos bajo la Modalidad de Nombramiento Provisional, cuando son Cesados de sus Funciones*. Riobamba-Ecuador.: Uniandes.
- Diccionario de la Real Academia Española. (06 de Febrero de 2022). *dle.rae.es*. Obtenido de [dle.rae.es: https://dle.rae.es/nombramiento](https://dle.rae.es/nombramiento)
- Diccionario de la Real Academia Española. (12 de Abril de 2022). <https://dpej.rae.es/>. Obtenido de <https://dpej.rae.es/>.: <https://dpej.rae.es/lema/nulidad>
- Diccionario Etimologias de Chile. (06 de Febrero de 2022). *etimologias.dechile.net*. Obtenido de [etimologias.dechile.net: http://etimologias.dechile.net/?nombramiento](http://etimologias.dechile.net/?nombramiento)
- Edgar Enrique Orozco. (2018.). La compra de renunciaciones obligatorias. El caso de los servidores desvinculados del ministerio de inclusión económica y social de Ecuador en el año 2012. *Caribeña de Ciencias Sociales.*, 33-58.
- Evelyn Maribel Abad. (2016). *EL DERECHO A LA ESTABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS CON CONTRATO OCASIONAL*. Quito-Ecuador.: Pontificia.
- Gabriela Montalvo. (2015.). *La Motivacion*. . Buenos Aires.: Heliasta.

- Humberto Villasmil Prieto. (2016.). Pasado y presente del Derecho Laboral Latinoamericano y las vicisitudes de la relación de trabajo (Segunda parte). . *Revista latinoamericana de derecho social.* , 22.
- Ivan Torres Proaño. (2016.). *Vicios del Consentimiento.* . Quito-Ecuador.: Andina.
- Jose Davalos. (2016). Derecho al Trabajo. . *Investigaciones Juridicas de la UNAM.* , 4-6.
- Ley Organica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2020). *Asamblea Nacional del Ecuador.* Quito-Ecuador.: Lexis. .
- Ley Organica del Servicio Publico. (2016.). *Asamblea Nacional del Ecuador.* Quito-Ecuador.: Lexis.
- Luis Padilla. (2020). Analisis de la aplicabilidad del hábeas corpus preventivo en la legislación del Ecuador. . *FIPCAEC (Fomento de la investigación y publicación en Ciencias Administrativas, Económica)*, 67-89.
- Luis Vargas Hinostraza. (2015.). *La jurisdiccion y Competencia.* . Quito-Ecuador: Lexis.
- Manuel Ossorio. (2015). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales.* Buenos Aires-Argentina. : Heliasta. .
- Pedro Peñafiel. (2018.). Apuntes sobre el control de constitucionalidad en Ecuador: Especial referencia a su regulación actual. *Revista científica OLIMPIA.*, 15-23.
- Real Academia Española. (14 de Marzo de 2022). <https://dpej.rae.es>. Obtenido de <https://dpej.rae.es/lema/control#:~:text=Const.,decisiones%20de%20los%20poderes%20p%C3%ABlicos>.
- Reglamento para la Aplicacion de la Ley Organico del Servicio Publico. (2016.). *Asamblea Nacional del Ecuador.* Quito-Ecuador.: Lexis.
- Roberto Salgado Valdez. (2016. ). *Nulidad del Contrato.* . Quito-Ecuador.: derecho ecuador.
- Rosa Mejía Franco. (2015). *El principio de irrenunciabilidad de Derechos en Materia Laboral.* Palermo-Argentina: Utopía. .
- Sergio Gamonal Contreras. ( 2021.). *Fundamentos de derecho laboral.* Santiago de Chile.: LegalPublishing.

## **ANEXOS**

## AUTORIZACION DE LA PUBLICACION



Universidad  
Católica  
de Cuenca

### AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

CÓDIGO: F – DB – 30  
VERSION: 01  
FECHA: 2021-04-15  
Página 1 de 1

**Rodrigo Fernando Zea Coyago** portador(a) de la cédula de ciudadanía N° **0105569891**. En calidad de autor/a y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación **“EFECTOS JURIDICOS GENERADOS EN LOS NOMBRAMIENTOS OTORGADOS A PROFESIONALES DE LA SALUD EN EPOCA DE PANDEMIA, A PARTIR DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTIUCLO 25 DE LA LEY DE APOYO HUMANITARIO”** de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos y no comerciales. Autorizo además a la Universidad Católica de Cuenca, para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, **07 de Julio de 2022**

F: 

**Rodrigo Fernando Zea Coyago**

**C.I. 0105569891**