

El derecho a la igualdad y no discriminación en el goce de las vacaciones anuales dentro de los regímenes laborales del sector público ecuatoriano

The right to equality and non-discrimination in the enjoyment of annual leave within the labor regimes of the ecuadorian public sector

Betty Enid Andrango-Ushiña¹
Universidad Tecnológica Indoamerica - Ecuador
enidcita_2005au@hotmail.com

José Augusto García-Díaz²
Universidad Tecnológica Indoamerica - Ecuador
josegarcia@uti.edu.ec

doi.org/10.33386/593dp.2022.2.1158

V7-N3-2 (jun) 2022, pp. 336-348 | Recibido: 25 de abril de 2022 - Aceptado: 26 de mayo de 2022 (2 ronda rev.)
Edición especial

1 Maestrante en el programa de Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Tecnológica Indoamerica

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3530-0156>

2 Docente de la Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Tecnológica Indoamerica, y de pregrado en la carrera de Derecho, modalidades presencial y semipresencial, Universidad Indoamérica.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6083-8364>

Descargar para Mendeley y Zotero

RESUMEN

El presente artículo aborda el derecho a la igualdad y no discriminación en el goce de las vacaciones anuales, dentro de los diferentes regímenes laborales existentes en el sector público ecuatoriano. Sobre esta temática es menester señalar en el sector público en general, la normativa ha establecido una diferencia con base en las funciones encargadas a sus empleados. Así, por un lado, encontramos al servidor público encargado de las funciones administrativas y representativas de una institución, y por el otro a los obreros quienes contribuyen con actividades manuales, cada uno ejerciendo actividades especializadas e importantes para el cumplimiento de los objetivos institucionales. A más de aquellas diferencias basadas en sus actividades dentro de una institución pública, el ejercicio y goce de los derechos adquiridos como trabajadores son igualmente protegidos a través de los principios de intangibilidad, irrenunciabilidad y progresividad en los términos dispuestos dentro de la constitución. En virtud de aquello, el objetivo central del presente trabajo es demostrar la existencia de un trato diferenciado entre servidores públicos (LOSEP) y trabajadores (Código de Trabajo). Como principales puntos de análisis se abordaron: El régimen laboral en el sector público ecuatoriano; El servidor público y el trabajador dentro de las instituciones estatales; El Derecho a las Vacaciones Anuales de los Servidores y Trabajadores Públicos; Las enmiendas constitucionales a la LOSEP; Derecho a la igualdad formal, material y no discriminación en el ámbito laboral; Legislación Comparada del Derecho de las Vacaciones Anuales que tienen los Servidores y Trabajadores Públicos. La metodología de investigación utilizada fue cualitativa.

Palabras clave: trabajadores, servidores públicos, vacaciones, discriminación, desigualdad

ABSTRACT

This article addresses the right to equality and non-discrimination in the enjoyment of annual vacations, within the different existing labor regimes in the Ecuadorian public sector. On this subject, it is necessary to point out that in the public sector in general, the regulations have established a difference based on the functions entrusted to its employees. Thus, on the one hand, we find the public servant in charge of the administrative and representative functions of an institution, and on the other the workers who contribute with manual activities, each one carrying out specialized and important activities for the fulfillment of institutional objectives. In addition to those differences based on their activities within a public institution, the exercise and enjoyment of the rights acquired as workers are equally protected through the principles of intangibility, inalienability and progressivity in the terms provided within the constitution. By virtue of that, the central objective of this work is to analyze whether there is discrimination or differential treatment in the enjoyment of vacations between public servants or workers in the Public Sector. The main points of analysis were addressed: The labor regime in the Ecuadorian public sector; The public servant and the worker within state institutions; The constitutional amendments to the LOSEP; Comparative legislation of the right to annual vacations that public servants and workers have; Right to formal and material equality and non-discrimination in the workplace. The research methodology used was: Scientific and explanatory.

Key words: workers, public servants, vacations, discrimination, inequality

Introducción

La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos determina claramente que todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos. En virtud de este principio constitucional el disfrute de las vacaciones es un derecho irrenunciable tutelado a rango constitucional.

Las vacaciones es un derecho que adquiere un trabajador o servidor público, después de haber prestado un año de servicios continuos en una misma institución. Considerado como un periodo de descanso retribuido por parte del empleador, o también configurado como un beneficio que, en casos excepcionales, podría ser suplantado por una compensación económica bajo los presupuestos establecidos en la ley.

Es importante indicar que los trabajadores y servidores públicos deben hacer uso y goce del descanso obligatorio, permitiendo de esta manera realizar actividades fuera de la rutina. El disfrute de los días de vacaciones permite que las personas sean más creativas en sus puestos de trabajo, reduciendo de esta manera el estrés laboral.

La normativa legal vigente aplicable para este beneficio social, regula de forma diferenciada el disfrute de este derecho en cuanto a servidores y trabajadores públicos. De este modo, el Código de Trabajo en su artículo 69, estipula que los trabajadores gozan anualmente de un período ininterrumpido de quince días de descanso, incluidos los días no laborables. Sin embargo, la ley Orgánica de Servicio Público en su artículo 29, establece que los servidores públicos tendrán derecho a disfrutar de treinta días de vacaciones anuales pagadas después de once meses de servicio continuo.

En base a la normativa legal expuesta, se determina que el número de días de vacaciones anuales pagadas a los trabajadores públicos es menor del 50% de días de vacaciones anuales de un servidor público. Por lo que, en el presente artículo se pretende absolver la siguiente interrogante ¿Es acaso esta diferenciación en

el número de días de vacación entre los obreros y servidores públicos una vulneración a los derechos a la igualdad y no discriminación respecto de los regímenes laborales dentro del sector público?

La importancia del análisis de esta temática radica en que no existen trabajos de investigación que aborden la problemática referente a esta diferenciación de días de vacaciones anuales pagadas entre servidores públicos y trabajadores del sector público. Razón por la cual es de vital importancia el desarrollo del presente artículo.

Desarrollo

El régimen laboral en el sector público ecuatoriano

Previamente a realizar un análisis del régimen laboral en el sector público, debemos entender el concepto de régimen, comprendido como “gobierno, o sea del conjunto de autoridades políticas del Estado, pero también es considerado como el ordenamiento político real establecido para una sociedad por el juego de los poderes constitucionales y extra constitucionales” (BORJA, 1997, pág. 862).

Según Khury (2003), el régimen laboral es “las organizaciones gubernamentales y organizaciones de derecho público” (p. 2).

La Constitución de la República del Ecuador que tiene supremacía sobre las demás leyes, menciona que el sector público está conformado por la función Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. Fueron creados para que ejerzan su potestad estatal prestando servicios públicos o pueden puedan desplegar actividades en el sector económico dentro del Estado; mientras que las personas jurídicas han sido establecidas de acuerdo con una normativa de los gobiernos autónomos descentralizados con la finalidad de ofrecer servicios públicos (p. 119).

La Carta Magna expedida en el Ecuador señala en su artículo 227 que “la administración pública constituye un servicio a la colectividad

que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación” (p. 120).

Partiendo de estos dos conceptos se puede definir al sector público como un grupo de magistraturas, autoridades, organismos, empresas y corporaciones pertenecientes a la administración pública central, los mismos que se financian con fondos públicos y se gestionan por autoridades estatales., y se diferencia del sector privado que está compuesta por un conjunto de empresa o corporaciones creadas y administradas por iniciativa particular, cuyo financiamiento es a través de recursos económicos privados.

La ley que rige al sector público actualmente es la ley Orgánica del Servicio Público misma que fue reemplazada por la ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa que fue publicada en el Registro Oficial Suplemento Segundo Nro. 294 de 6 de octubre de 2010., ley que tiene por objetivo el “desarrollo profesional, técnico y personal de los servidores públicos basados en la eficiencia, eficacia, calidad, productividad del Estado y sus instituciones, mediante un sistema de gestión del talento humano sustentado en la igualdad de derechos, oportunidades y la no discriminación” (LEXISFINDER, 2016, pág. 5).

Se suele señalar que, el régimen laboral existente en el sector público es de naturaleza mixta, (Villavicencio Logroño, 2020) ello por cuanto dentro de los diversos organismos públicos se identifica la existencia de dos grandes categorías de trabajadores: los servidores públicos y los obreros, cada uno vinculado a tareas específicas y necesarias para la consecución de los objetivos institucionales, y cuya individualización si bien puede repercutir en ámbitos tales como las funciones a realizar y/o el sistema remunerativo, no obstante, al hablar de derechos adquiridos, en general, entre ambas categorías tiende a ser uniformes entre sí.

Mucho se ha cuestionado sobre la funcionalidad de esta clasificación, ya que

independientemente de las actividades específicas que realicen cada uno de estos grupos, ello por cuanto los derechos laborales existentes son usualmente similares entre sí, lo que implicaría, inclusive que estos puedan unificarse en una sola categoría.

El servidor público y el trabajador dentro de las instituciones estatales

Un servidor público “constituye aquella persona que labora en el Estado, en cualquier órgano central o entidades descentralizadas” (GRANJA G, 2006), que ayuda al fortalecimiento del aparato estatal desde un ámbito generalmente de administración; en cambio el trabajador público es “el ser humano que presta sus servicios personales o vende su fuerza de trabajo” (BORJA, 1997, pág. 952), en un órgano central o entidades descentralizadas a cambio de un salario.

El siguiente cuadro comparativo define las diferencias que puede haber entre el servidor y trabajador públicos tomando en cuenta la LOSEP, Código de Trabajo y Constitución de la República del Ecuador, ver tabla 1.

Sin embargo, esta diferencia terminológica entre servidores o trabajadores públicos, suele derivar en confusiones entre ambos conceptos, es así como en la sentencia C-003/98, emitida por la Corte de Justicia de Colombia menciona lo siguiente:

Aunque del texto mismo de la Carta vigente no puede extraerse una distinción conceptual entre los empleados públicos y los trabajadores oficiales, ni las tareas que corresponden a cada una de estas categorías, ni se consagra de manera completa el régimen aplicable a ellos, si están dados los fundamentos constitucionales que autorizan al legislador a desarrollar estos tópicos (La Corte, 2022).

Esto significa que el legislador podrá determinar a qué régimen pertenece un empleado público a trabajador oficial basándose en la ley especialmente en cuestiones salariales,

Tabla 1

Tabla comparativa

Servidor público	Trabajador público
Están bajo el régimen de la ley Orgánica de Servicio Público	Está bajo el régimen del Código de Trabajo.
El servidor público comprende a todas las personas que trabajan en el sector público.	El trabajador empleado u obrero es un individuo que está obligado a prestar un servicio por ejecutar una obra.
Los servidores utilizan capacidades intelectuales para ejecutar un trabajo.	Las obreras / obreros o trabajadores, utilizan más sus capacidades físicas, materiales o manuales para realizar un trabajo
“Tiene derecho a disfrutar de treinta días de vacaciones anuales pagadas después de once meses de servicio continuo” (ley Orgánica de Servicio Público, 2010).	Tiene derecho a quince días de vacación, contados también los días no laborables como sábados y domingos.
No tienen facultad legal para crear sindicatos.	Tiene derecho a la libertad de asociación
Los servidores públicos podrán ser separados mediante la ejecución de un sumario administrativo, que lo lleva a cabo la institución donde labora el servidor.	Los trabajadores podrán ser separados a través de un visto bueno, que tiene que ser tramitado obligatoriamente en la Inspectoría de Trabajo por parte del empleador.
Para que una persona ingrese al sector público lo debe hacer mediante concurso de méritos y oposición.	Para que un trabajo ingrese al sector público, pueden ser contratados directamente.
“Si los servidores públicos trabajan en las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública” (Constitución de la República el Ecuador, 2008).	“Aquellos trabajadores que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo” (Constitución de la República el Ecuador, 2008).
Existe menor riesgo de despido, la ley le ofrece estabilidad en su trabajo	Se asegura la estabilidad de un año

prestacionales, disciplinarias y laborales en general, forma de contrato de trabajo.

También la misma Corte emite un Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-003/98, en su parte pertinente dice:

Los regímenes legales de los empleados públicos y los trabajadores oficiales no pueden ser sometidos a un juicio de igualdad en cuanto que se trata de categorías constitucionales diferentes. No obstante, en jurisprudencia anterior se había sostenido que las distintas categorías de trabajadores (empleados públicos, trabajadores oficiales o trabajadores del sector privado) resultaban asimilables para algunos efectos, como la defensa de principios mínimos, pero podían ser objeto de un trato diferenciado siempre que este fuera proporcionado al grado de la diferencia existente entre las mismas. Esta doctrina resultó desconocida por la afirmación radical en virtud de la cual, los dos tipos de trabajadores antes mencionados, son absolutamente disímiles o distintos.

Queda claro entonces que los servidores públicos no deben confundirse con los trabajadores públicos debido a que cada uno tiene un distinto régimen laboral, en el caso del Ecuador, los rige la LOSEP y al Código de Trabajo.

El derecho a las vacaciones anuales de los servidores y trabajadores públicos

Las vacaciones son el cese completo de las actividades que realiza un empleado o trabajador por varios días o semanas dependiendo del régimen laboral que lo norma. El Art. 23 de la LOSEP (2016), que se refiere a los derechos que tienen los servidores públicos, en su literal g) afirma que el trabajador debe “gozar de vacaciones, licencias, comisiones y permisos de acuerdo con lo prescrito en esta Ley” (p.15).

El derecho al descanso físico, también se encuentra estipulado por varios organismos internacionales que luchan por los derechos humanos de las personas, entre ellos está las Naciones Unidas artículo 24 que establece que “toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”. (Naciones Unidas ONU, 2018). La

Organización Internacional de Trabajo (OIT) a través del Convenio 521 y 1322 establecen al descanso físico, al disfrute del tiempo libre como un derecho obligatorio e irrenunciable.

Como se ha mencionado anteriormente, las vacaciones son un derecho que ningún trabajador puede renunciar, ni tampoco pueden ser compensadas con dinero, inclusive bajo su pleno consentimiento y voluntad, derecho ganado a través de la historia y que ha sido plasmado en tratados internacionales y en las legislaciones laborales de cada país. Las vacaciones a más que un derecho es un deber y se convierte en una herramienta poderosísima para mejorar el desarrollo físico y psíquico del empleado porque eleva su estado anímico, reduce el stress laboral, se vuelve proactivo e incrementa su productividad.

Tanto es así, que el artículo 326 numeral 2, artículo 106 de la Constitución, así como el Art. 4 del Código de Trabajo norman el principio de la irrenunciabilidad, afirman que los derechos laborales del trabajador son irrenunciables, todo proceso en contra de esta disposición será nula. En un sentido general el principio de la irrenunciabilidad viene a ser una condición indispensable para la protección de derecho a la vida, en el campo laboral el trabajador está protegido incluso frente así mismo al momento de que por alguna situación éste quiera renunciar un derecho estipulado en el Código de Trabajo y demás leyes, incluso que haya firmado algún tipo de convenio, contrato, documento privado, declaración juramentada, ya sea por coacción, intimidación, engaños, necesidad, todo lo actuado será nulo.

Adentrándose al derecho de las vacaciones anuales, el artículo 29 de la LOSEP (2016) que regula a los servidores públicos establece que:

Tendrá derecho a disfrutar de treinta días de vacaciones anuales pagadas después de once meses de servicio continuo. Este derecho no podrá ser compensado en dinero, salvo en el caso de cesación de funciones en que se liquidarán las

vacaciones no gozadas de acuerdo con el valor percibido o que debió percibir por su última vacación. Las vacaciones podrán ser acumuladas hasta por sesenta días (p.19).

Y el Código de Trabajo (2018) que regula a los trabajadores públicos afirma en su artículo 69 que:

Sin excepción alguna el trabajador tiene derecho a 15 de vacaciones en el año de un período ininterrumpido, incluye los sábados y domingo. Además, los trabajadores que han trabajado por más de cinco años en la misma institución, gozarán adicionalmente de un día más de vacaciones por cada uno de los años excedentes o si prefiere se le entregará dinero por la remuneración de los días excedentes.

Además, recibirá por adelantado el trabajador su remuneración que le pertenece por el período de vacaciones.

En el caso de que los trabajadores sean menores de dieciséis años la ley les da el derecho a veinte días de vacaciones y si por el contrario son mayores de dieciséis y menores de dieciocho, tendrán el derecho a dieciocho días de vacaciones en el año.

Para el caso de los días de vacaciones por antigüedad no podrán exceder de quince días, salvo que las partes, mediante contrato individual o colectivo, convinieren en ampliar tal beneficio (p.27, 28).

Todo lo expresado aquí nos invita a concluir que, efectivamente las vacaciones constituye un derecho irrenunciable del trabajador, es decir, que no puede ser desconocido, anulado o menoscabado por parte del empleador, quien debe garantizar por cuestiones de salud, descanso y vitalidad a sus empleados una determinada cantidad de tiempo para el disfrute personal del mismo, y, solamente en casos particulares, por necesidad de la empresa limitar su ejercicio bajo la penalidad de reconocer una compensación económica.

La autoridad nominadora y las Unidades de Administración del Talento Humano (UATH) tienen la obligación de velar por el cumplimiento de los derechos irrenunciables que tienen los servidores públicos en cuanto al goce de vacaciones, licencias, comisiones y permisos prescritos por la ley y sobre la negación de las vacaciones injustificadamente. Cuando un servidor público vea que sus derechos han sido vulnerados tendrá que recurrir a estas unidades, las cuales comunicarán a la máxima autoridad y al Ministerio de Trabajo para que intervengan en la función Ejecutiva a fin de hacer cumplir la lo establecido en la ley.

Las enmiendas constitucionales a la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP)

En el año 2015, el Pleno de la Asamblea Nacional, aprobó varias enmiendas constitucionales entre ellas a los artículos 4, 229 y 326 de la Constitución de la República del Ecuador. El artículo 4 suprimió la frase: “Las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo”. Al artículo 229, se le derogó el inciso tercero que se refiere a: “las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo”, y el artículo 236 elimina lo referente a: “aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo”.

Estas enmiendas favorecerían únicamente a las personas que entrarían al sector público a partir de su promulgación y los trabajadores públicos que ya estaban ejerciendo sus funciones en una institución gubernamental seguirían amparados por el Código de Trabajo, es decir los nuevos empleados pasan al nuevo régimen Laboral de la LOSEP.

Esta resolución fue publicada en el Registro Oficial Suplemento 653 de 21 de Diciembre del 2015, enmiendas que permitió a todas las personas que trabajan en el sector público ser servidores públicos y estar regidos por la LOSEP conjuntamente con su Reglamento y no por el Código de Trabajo que únicamente regirá a los trabajadores del sector privado, dándose una nueva desigualdad debido a que

se privilegia a unos y perjudica a otros, además existe pérdida de derechos laborales tales como: la huelga, sindicalización, el contrato colectivo, y el derecho a la asociación.

El desacuerdo de la sociedad ecuatoriana por la aprobación de estas enmiendas por parte de la Asamblea Nacional de fecha 03 de diciembre del años 2015 y que fueron promulgadas en el Suplemento del Registro Oficial N. ° 653 de fecha 21 de diciembre del año 2015, hizo que se impugnen con el planteamiento de demandas de acción pública de inconstitucionalidad, entre ellas está la demanda signada con Caso Nro. 0102-15-IN, donde los principales actores fueron personas jurídicas que vieron la vulneración de sus derechos como la seguridad jurídica, principio de igualdad y no discriminación, principio de no exclusión de los derechos derivados de la dignidad a fin de garantizar sin discriminación alguna el goce de los derechos tipificados en la Carta Magna, tratados y convenios internacionales, entre otros.

Ante estos reclamos, la Corte Constitucional declaró inconstitucional las enmiendas aprobadas por el Pleno de la Asamblea Nacional quedando nuevamente vigentes los artículos 4, 229 y 326, resolución número 18 que fue publicada en el Registro Oficial Suplemento 79 de 30 de abril del 2019, por ende, el trabajador público sigue bajo el régimen del Código de Trabajo.

Sin embargo, las enmiendas ejecutadas en el año 2015 cuyo objetivo era que los trabajadores pasaran bajo el régimen de la LOSEP, hubiesen traído algunos beneficios como: mejorar su remuneración y salarios debido a que serían regulados por el Ministerio de Trabajo y la Unidad de Administración de Talento Humano de la Institución Pública donde laboran.

Derecho a la igualdad formal, material y no discriminación en el ámbito laboral

El marco legal vigente ecuatoriano que regula el derecho de la igualdad de las personas, está estipulado en el artículo 66 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, menciona el derecho que todos

tienen a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación que es un derecho libre que benefician a todas las personas para que el trato sea igual de acuerdo a la ley, y a pesar de que puedan haber diferencias constitutivas, siga existiendo el principio de la igualdad en los derechos y acceso a oportunidades.

Cuando se habla de igualdad formal, se entiende que la ley debe aplicársela a todas las personas sin excepción alguna y tiene el derecho a ser protegidos por la misma, es una igualdad de tipo intangible que no se puede ver. La igualdad material o real, es aquella que se da por la consideración de las personas en función de las desigualdades reales en que, de hecho, están ellas colocadas en la vida social. Esta perspectiva de la igualdad obliga al Estado a dar preferente atención a los más débiles y a auxiliares con prestaciones económicas sociales compensatorios” (BORJA, 1997, pág. 512).

Para entender mejor lo que significa el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación se analiza una sentencia de la Corte Constitucional, caso números 18-21-CN.

CASO 1: 18-21-CN

Demanda:

Con fecha 24 de marzo del año 2021, la señora Carmen del Rocío Barbecho Quito presenta una demanda de acción de protección en contra de varias entidades gubernamentales como el Ministerio de Salud Pública (“MSP”), la Coordinación Zonal 6 del MSP y la Procuraduría General del Estado (“PGE”), asegura que sufrió discriminación al no haberle otorgado el nombramiento definitivo como enfermera así como lo hicieron con sus compañeras, en tiempo de COVID-19, no se ha aplicado lo que establece la ley de Apoyo Humanitario que se creó para proteger al trabajador. Se ha vulnerado su derecho a la seguridad jurídica, a la igualdad y al trabajo.

Aceptación:

La causa fue admitida por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional como una consulta constitucional ha pedido del Juez de la Unidad Judicial de Trabajo de Cuenca y en el término de 5 días, tiempo que después fue prorrogado, solicita presenten un informe motivado sobre los argumentos que fundamentan la consulta a los demandados.

Enunciados normativos del Juez:

Enfocados a la ley de Apoyo Humanitario:

Artículo 25: Se enfoca a la estabilidad de trabajadores y profesionales de la salud que han trabajado en la pandemia con un contrato ocasional o provisional en cualquier 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, otorgándoles inmediatamente el nombramiento definitivo.

Disposición transitoria novena: Se deberán entregar los nombramientos en un plazo máximo de seis meses a partir de la vigencia de la ley de Apoyo Humanitario a los trabajadores y profesionales de la salud que trabajaron durante la emergencia sanitaria del coronavirus en cualquier centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS).

El juez señala:

Las normas establecidas en la ley Humanitaria Art. 25 y disposición transitoria novena está en contraposición o en conflicto al principio que determina la Constitución como la igualdad de los derechos, también de los deberes y oportunidades, es decir el derecho a la igualdad y no discriminación.

Existe una vulneración en el derecho a la igualdad de las personas, por cuanto no podrían ostentar por un empleo cualquier persona debido a que el concurso y méritos y oposición va dirigido expresamente a los trabajadores y profesionales de la salud que trabajaron en la pandemia.

El concurso de méritos y oposición es inconstitucional porque exceptúa a personas muy capaces a trabajar en la red pública, sean desplazados por no tener un contrato ocasional, un nombramiento provisional y no haber trabajado en tiempo de pandemia.

Análisis:

La Corte Constitucional ha dictado parámetros para hablar de potenciales vulneraciones al derecho a la igualdad y no discriminación para detectarlas se planteó dos interrogantes siendo éstas:

¿Las normas de la ley de Apoyo Humanitario que establecen la estabilidad de los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria son contrarias a la disposición constitucional que consagra el derecho a la igualdad y no discriminación?

La respuesta a esta interrogante es afirmativa: Si se vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación, de otras personas que desean participar por un puesto de trabajo en la función pública a través de los concursos de oposición. Para que la Corte demuestre que hay discriminación debe basarse en tres elementos:

Primero: Debe existir la comparabilidad, entre dos sujetos directos en semejantes condiciones; en este caso son sujetos directos: el primer grupo conformado por trabajadores y profesionales que laboran en la salud, donde prestaron sus servicios a la red pública de salud cuando se dio la emergencia sanitaria generada por el coronavirus COVID-19, y tenían firmado con las autoridades un contrato ocasional o también ya tenían un nombramiento provisional; mientras que en el segundo grupo conformado por los trabajadores y profesionales de la salud que no prestaron sus servicios en la red pública de salud durante esta crisis.

Segundo: Debe haber un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas ejemplificativamente. Existe esta diferenciación entre los dos grupos, cada uno se basa en ciertos

requisitos que hacen que solo el primer grupo pueda participar en el concurso. Este trato estaría dentro de lo que la Constitución considera “cualquier otra distinción”

Tercero: La verificación del resultado por el trato diferenciado, puede darse como una diferencia justificada o también se pueda dar por una diferencia discriminatoria. Tanto los trabajadores que prestaron sus servicios en tiempo de la emergencia sanitaria como los que no lo hicieron están en plena capacidad para optar por un puesto y nombramiento definitivo a través de un concurso de méritos y oposición. Ahora bien, la ley Humanitaria pone un candado a las personas que no laboraron en tiempo de pandemia, por ende, no sería ganadores de estos concursos, ni tampoco accederían a un nombramiento definitivo, al afirmar esta ley es discriminatoria.

La otra interrogante está enfocada a:

¿Las normas legales de la ley de Apoyo Humanitario que regulan el concurso de méritos y oposición son contrarias a lo dispuesto en la Constitución sobre el ingreso al servicio público?

La respuesta a esta interrogante es afirmativa

La disposición transitoria novena que se refiere al concurso de méritos y oposición viene a ser una pantalla, ya que no se toma en cuenta las capacidades de una persona, sino que ya se encuentra predeterminado el ganador, entonces la Constitución se verá fuertemente atacada.

Los informes que entregaron la parte demandada en este caso o sea el Ministerio de Salud Pública (“MSP”), la Coordinación Zonal 6 del MSP y la Procuraduría General del Estado PGE avizoran, que no existe concurso de méritos y oposición cuando de antemano ya se sabe que es ganador vulnerándose el principio a la igualdad y discriminación.

Las normas de la ley de Apoyo Humanitario son contrarias a la disposición constitucional que consagra el derecho a la igualdad y no discriminación, por tanto, el

artículo 25 de la ley de Apoyo Humanitario y de la Disposición Transitoria Novena son inconstitucionales.

Decisión:

Entre una de las decisiones se encuentra la declaración de la inconstitucionalidad del artículo 25 de la ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19 y de la Disposición Transitoria Novena de la ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19.

A continuación, se analiza el derecho a la igualdad y no discriminación en el goce de las vacaciones anuales del sector público ecuatoriano.

Para dictaminar que el derecho a las vacaciones anuales de los servidores y trabajadores públicos vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación especialmente de los trabajadores que laboran en el sector público, es importante plantearse la siguiente interrogante:

¿Los artículos de la LOSEP y el Código de Trabajo que establecen las vacaciones anuales de los servidores y trabajadores público son contrarios a la disposición constitucional que consagra el derecho a la igualdad y no discriminación?

Para dar contestación a esta premisa, es necesario recurrir a lo que dice la LOSEP y el Código de Trabajo. La ley Orgánica de Servicio Pública que regula a los servidores públicos en su Art. 29 afirma que estos servidores tienen el derecho a 30 días de vacaciones pagadas al año, pero después de que hayan laborado once meses continuos. En cambio, el Código de Trabajo que es el que regula a los trabajadores que laboran en el sector público en su Art. 69 dice que todo trabajador tiene el derecho a 15 días de vacaciones, incluidos los días no laborables.

Estos dos artículos son el centro de la vulnerabilidad al derecho de la igualdad y no discriminación que perjudican a los trabajadores

públicos, y que se encuentra establecido en el artículo 66, literal 4 de la Constitución de la República del Ecuador.

La discriminación a los trabajadores públicos se da porque existe comparabilidad, un trato diferenciado y la verificación del resultado por el trato diferenciado.

Tabla 2

Análisis de criterios

Comparabilidad entre dos sujetos directos	Tanto el servidor como el trabajador trabajan en el sistema laboral del sector público, por lo tanto, son sujetos de comparación. Así mismo porque la comparabilidad se realiza en el ámbito de sus vacaciones.
Trato diferenciado	Si existe un trato diferenciado entre estos dos grupos, en cuanto al goce de sus vacaciones anuales., solamente por tener la denominación de servidores públicos tienen derecho a 30 días y el otro por llamarse trabajador tiene derecho a 15 días.
Resultado del trato diferenciado	No existe un justificado racional, para que existan diferencia en las vacaciones de estos dos sujetos, simplemente corresponde a la normativa de la LOSEP y Código de Trabajo. Por lo tanto, afecta el derecho al goce de las vacaciones que no es un derecho constitucional debido a que no estipula la Constitución, pero es un derecho laboral que está en el artículo 23 literal g de la LOSEP., del Art. 69 del Código de Trabajo.
Conclusión:	De acuerdo con lo analizado no existe el derecho a la igualdad y discriminación en el goce de las vacaciones anuales para los trabajadores del sector público.

Legislación comparada del derecho de las vacaciones anuales que tienen los servidores y trabajadores públicos

Para realizar un análisis comparativo de los derechos a las vacaciones anuales que tienen los servidores públicos y los trabajadores se ha escogido a las legislaciones colombiana y chilena

por ubicarse geográficamente en Sudamérica y por ser legislaciones que han servido de ejemplo para otros estados.

Primeramente, este análisis comparativo se enfocará a las vacaciones anuales que tienen los trabajadores amparados por Código del Trabajo. Así la Legislación colombiana, en su Código Sustantivo de Trabajo en su Capítulo IV, hace referencia sobre las vacaciones remuneradas anuales, específicamente el Art. 186, donde expone “los trabajadores que han proporcionado sus servicios durante todo el año , les corresponde 15 días, los cuáles deben ser hábiles y consecutivos, las mismas que deben ser remuneradas” (Ministerio de Protección Social, 2022).

También la Legislación chilena, en su Código de Trabajo, dentro del Art. 67 del Capítulo VII hace referencia sobre el feriado anual y de los permisos, e indica que las vacaciones fijadas a los trabajadores son dadas cuando tienen más de un año de prestar sus servicios, acogándose al feriado anual por el espacio de 15 días hábiles, con remuneración (Dirección del Trabajo, 2014, pág. 214).

La legislación ecuatoriana, donde los trabajadores se rigen bajo el Código de Trabajo, en su Art. 69, determina 15 días de descanso incluidos los días no laborables.

Analizadas las tres legislaciones se puede determinar que existen semejanzas y diferencias al fijar las vacaciones a los trabajadores. Todos coinciden en 15 días las cuáles serán remuneradas, y solo tienen derecho los trabajadores con un período de un año o más. Colombia juntamente con Chile fijan 15 días hábiles de vacaciones, en cambio Ecuador son 15 días incluyendo los días no laborables es decir a los sábados y domingos, lo que significa que los trabajadores del Ecuador están en desventajas que los chilenos y colombianos ya que en realidad las vacaciones que perciben no son quince días sino mucho menos porque se cuentan a los sábados y domingos.

En cuanto a los servidores públicos, la legislación colombiana utiliza los términos empleados públicos y los trabajadores oficiales para referirse a los servidores públicos. Según el Decreto Ley 1045 de 1978, los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a 15 días hábiles para acceder a vacaciones por cada año de servicios, a excepción de disposiciones normas o estipulaciones especiales. Cuando en un organismo la jornada semanal es de lunes y viernes, de ninguna forma se tomará en cuenta como un día hábil para efecto de vacaciones el día sábado (GOV.CO, 2020).

En cambio, la legislación chilena donde los trabajadores públicos como privados están bajo el Código de Trabajo y los trabajadores del Estado o servidores públicos bajo el Estatuto Administrativo. La Normativa o ley N.º 18.834, en su Art. 103, menciona sobre el feriado/ vacaciones anuales que tienen derecho los funcionarios o los servidores públicos, siendo:

15 días hábiles esto solamente para los funcionarios que tienen menos de 15 años de servicios en una entidad del gobierno. Al momento de que el funcionario sobrepasa los 15 o más años de servicio, las vacaciones ya no son de 15 días sino de 20 días solo hábiles; y el funcionario sobrepasa los 10 o más años tendrán acceso a 25 días de vacaciones solamente días hábiles. Mientras que, para acceder a los días feriados, se tomarán en cuenta los años trabajados tanto en el sector público como privado. Por último, no serán días hábiles los sábados. (Ministerio de Hacienda, 2017).

Ecuador bajo la LOSEP, determina 30 días de vacaciones para los servidores públicos incluidos sábados y domingos.

Se puede concluir diciendo que Colombia ha unificado las vacaciones de los servidores públicos conformados por empleados públicos y trabajadores oficiales, respetando el derecho a la igualdad regulada en su Constitución en el artículo 13 donde todas las personas al nacer libres e iguales deben ser protegidas por las autoridades, con los mismos derechos, libertades y oportunidades, no discriminando a las

personas por ser diferentes o pensar diferentes, por su origen, lengua, religión u opinión política (Constitución Política de Colombia, 2019), al determinar 15 días hábiles para vacaciones tanto para los empleados públicos como para los trabajadores oficiales.

En tanto que, la legislación chilena también ha unificado las vacaciones para todos los trabajadores estatales con 15 días laborables de vacaciones, lo que no violenta el derecho a la igualdad estipulado en el Art. 19, literal 2 de su Constitución, donde afirma que todos son iguales ante la ley, no hay personas superiores ni inferiores ni tampoco nadie puede ser discriminado.

En cambio, en la legislación ecuatoriana existe una falta de igualdad y discriminación de los derechos que tienen los trabajadores del sector público frente a los servidores públicos en cuando a sus vacaciones. Existe una diferencia entre uno y otro del 50% en las vacaciones anuales ganadas, conforme lo examinado, se evidencia que esta diferenciación no posee un sustrato racional, lo que derivaría en un trato diferenciado discriminatorio y arbitrario, violentándose claramente el artículo 66 literal 4 de la Constitución que estipula que los ecuatorianos tienen derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, así como la jurisprudencia constitucional previamente analizada en el caso.

Conclusiones

El régimen laboral en el sector público está conformado por servidores públicos que ejecutan actividades dentro en organizaciones gubernamentales la que les regulará los recursos humanos y remuneraciones.

Existen dos clases de servidores públicos, los servidores públicos que están bajo el régimen de la ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP) ejecutando labores en donde predomina lo intelectual; y, los obreros o trabajadores” regidos por el Código de Trabajo realizando actividades laborales con predominio del esfuerzo físico, material o manual.

El Pleno de la Asamblea Nacional, en el año 2015 aprobó varias enmiendas constitucionales con la finalidad de que los trabajadores del sector público ya no estén bajo el régimen del Código de Trabajo sino bajo la LOSEP, pero debido a infinidad de demandas de acción pública de inconstitucionalidad por parte de personas naturales y jurídicas fue derogado.

La LOSEP establece que los servidores públicos tendrán el derecho a treinta días de vacaciones anuales pagadas incluidos sábados y domingos, después de once meses de servicio continuo, mientras que el Código de Trabajo establece quince días de descanso, incluidos los días no laborables de vacaciones para los trabajadores públicos, vulnerando claramente el principio a la igualdad establecido en la Constitución ecuatoriana y en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Existen semejanzas y diferencias entre las legislaciones ecuatoriana, colombiana y chilena, en cuanto a las vacaciones anuales que tienen los trabajadores regidos bajo el Código de Trabajo. Las semejanzas van enfocadas a que todos fijan en 15 días las vacaciones las cuáles serán remuneradas, y solo tienen derecho los trabajadores con un período de un año o más. Y como diferencia está que la legislación ecuatoriana fija las vacaciones en 15 días incluyendo los sábados y domingos, mientras que las otras legislaciones no los incluyen.

Tanto la legislación colombiana como chilena han unificado las vacaciones de los empleados públicos y trabajadores oficiales, que tienen derecho a 15 días hábiles para sus vacaciones, dándose el derecho a la igualdad. En tanto que, la legislación ecuatoriana no, violentando el derecho a la igualdad y no discriminación, sin embargo, debería seguir el ejemplo de Colombia y Chile, porque no es justo que por una denominación de servidor público y empleado tengan un abismo de 15 días de vacaciones.

Los legisladores de la Asamblea Nacional del Ecuador a esa fecha, por aprobar normas que además de lo señalado, no contaban con

los respectivos sustentos técnicos y económicos necesarios.

Referencias bibliográficas

63-2007-69-2007 (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 16 de 10 de 2007). Obtenido de <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2007/10/2DBB.PDF>

17371-2016-05885 (UNIDAD JUDICIAL DE TRABAJO CON SEDE EN LA PARROQUIA IÑAQUITO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA 2 de junio de 2017).

BORJA, R. (1997). *Enciclopedia de la Política*. México: Progreso.

Código de Trabajo. (2015). Quito: Ediciones Legales.

Constitución de la República del Ecuador. (s.f.). www.defensa.gob.ec. Obtenido de https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf

Constitución Política de Colombia. (2019). www.acnur.org. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0219.pdf>

Corte Constitucional del Ecuador. (s.f.). <http://portal.corteconstitucional.gob.ec/>. Obtenido de <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=002-18-SIN-CC>

Dirección del Trabajo. (2014). *Código de Trabajo*. Santiago: Agustinas.

Fundación Acción Pro Derechos Humanos. (21 de 03 de 2022). *DerechosHumanos.net*. Obtenido de <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1966-PactoDerechosCivilesyPoliticosh.htm>

Fundación MF. (29 de 09 de 2021). <https://www.fundacionmf.org>. Obtenido de

https://www.fundacionmf.org.ar/visor-producto.php?cod_producto=5639

GOV.CO. (20 de 03 de 2020). <https://www.gov.co/home/>. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1466#8>

GRANJA G, N. (2006). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Quito-Ecuador: Jurídica del Ecuador.

INEC. (09 de 14 de 2021). <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/institucional/home/>. Obtenido de <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/empleo-julio-2021/>

Joaquin, F. V. (2011). *Los Derechos Humanos de Personalidad*. Quito: Librería Jurídica.

La Corte. (23 de 03 de 2022). <https://www.corteconstitucional.gov>. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-003-98.htm#:~:text=Dice%20la%20sentencia%20que%20los,trata%20de%20categor%C3%ADas%20constitucionales%20diferentes.>