



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS**  
**CARRERA DE DERECHO**

**Informe final del Proyecto de Investigación previo a la obtención del título de  
Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**

**TÍTULO DEL PROYECTO FINAL DE INVESTIGACIÓN**

“La discrecionalidad de la autoridad nominadora y el fuero de maternidad en las  
funcionarias de cargos de libre nombramiento y remoción”.

**AUTORA**

Roxshell Marjorie Castro Guevara

**TUTOR**

Dr. Alex Bayardo Gamboa Ugalde

**Riobamba – Ecuador**

**2021**



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO**

**FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS**

**CARRERA DE DERECHO**

**TÍTULO**

“LA DISCRECIONALIDAD DE LA AUTORIDAD NOMINADORA Y EL FUERO DE MATERNIDAD EN LAS FUNCIONARIAS DE CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN”.

**CALIFICACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL**

Dr. Bayardo Gamboa Ugalde <b>TUTOR</b>	<u>9.4</u> <b>CALIFICACIÓN</b>	 <b>FIRMA</b>
Dr. Paúl Piray <b>MIEMBRO 1</b>	<u>9.4</u> <b>CALIFICACIÓN</b>	 <b>FIRMA</b>
Dra. Carolina Montenegro <b>MIEMBRO 2</b>	<u>9</u> <b>CALIFICACIÓN</b>	 <b>FIRMA</b>

**NOTA FINAL** 9.26 (SOBRE 10 PUNTOS)

## **CERTIFICACIÓN DEL TUTOR**

DR. ALEX BAYARDO GAMBOA UGALDE, CATEDRÁTICO DEL NIVEL DE PRE- GRADO DE LA CARRERA DE DERECHO, DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS, DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO.

### **CERTIFICO:**

Haber asesorado y revisado minuciosamente durante todo su desarrollo, el informe final del proyecto de investigación previa a la obtención del título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, titulado: “LA DISCRECIONALIDAD DE LA AUTORIDAD NOMINADORA Y EL FUERO DE MATERNIDAD EN LAS FUNCIONARIAS DE CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN”, realizado por la señorita Roxshell Marjorie Castro Guevara, por lo tanto, autorizo ejecutar los trámites legales para su presentación.

**ALEX  
BAYARDO  
GAMBOA  
UGALDE**

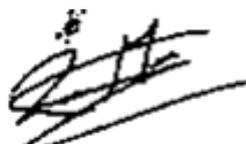
Firmado digitalmente por ALEX  
BAYARDO GAMBOA UGALDE  
Nombre de reconocimiento (DN):  
c=EC, I=RIOBAMBA,  
serialNumber=1802876340,  
cn=ALEX BAYARDO GAMBOA  
UGALDE  
Fecha: 2021.04.11 21:53:38 -05'00'

**DR. ALEX BAYARDO GAMBOA UGALDE**

**TUTOR**

## **DERECHOS DE AUTORÍA**

Yo, Roxshell Marjorie Castro Guevara, con cédula de ciudadanía 160048344-8, declaro que soy responsable de todos los criterios, estudios y conclusiones, así como los lineamientos y diseños expuestos en el presente informe final del proyecto de investigación, los derechos de autoría pertenecen a la Universidad Nacional de Chimborazo.



**Roxshell Marjorie Castro Guevara**

**C.C.: 160048344-8**

## **DEDICATORIA**

La presente investigación está dedicada con amor y admiración, por todo el esfuerzo y sacrificio que han puesto mis padres Carlita Guevara y Eladio Castro por educarme e impartirme buenos principios y motivarme a cada día ser mejor tanto como persona como profesional. A mis hermanos Mayerling, Zoe y Jeykov Castro Guevara por el apoyo en cada uno de los aspectos de mi vida, y sobre todo a mi hijo Samir Emiliano Haro Castro quien ha sido una de las mayores motivaciones para salir adelante y superarme cada día más, por su amor incondicional que me ha llevado a querer ser mejor. Y por último dedico este trabajo a Dios ya que sin la guía, salud y vida que me proporciona no hubiera podido completar este sueño tan importante en mi vida.

**Roxshell Marjorie Castro Guevara**

## **AGRADECIMIENTO**

En primer lugar, agradezco a Dios por permitirme vivir, proporcionarme salud y sabiduría para poder culminar mi carrera.

A mis padres Carlita Guevara y Eladio Castro por su amor incondicional e infinito y por ser mi soporte y velar cada uno de mis pasos y sobre todo por apoyarme en cada una de mis decisiones, por soportarme a pesar de mi carácter y siempre ser mi lugar seguro a donde puedo regresar.

A mi familia que siempre ha estado pendiente de mi persona tanto personal como académicamente, a mis amigos que de una u otra forma me han motivado a seguir adelante. A Bantang Seonydan por ser un refugio seguro y una motivación para los momentos difíciles de los cuales he aprendido que debo seguir adelante.

Finalmente agradezco a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO que se ha convertido en mi segundo hogar, a la CARRERA DE DERECHO, y a cada uno de los DOCENTES que me han brindado los conocimientos necesarios para crecer como profesional y poder establecer nuestras bases en esta hermosa profesión en especial a mi TUTOR DE TESIS, DOCTOR ALEX GAMBOA por su entrega y compromiso en la materialización del presente proyecto de investigación.

**Roxshell Marjorie Castro Guevara**

## ÍNDICE

<u>CALIFICACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL</u> .....	1
<u>CERTIFICACIÓN DEL TUTOR</u> .....	ii
<u>DERECHOS DE AUTORÍA</u> .....	iii
<u>DEDICATORIA</u> .....	iv
<u>AGRADECIMIENTO</u> .....	v
<u>ÍNDICE</u> .....	vi
<u>ÍNDICE DE TABLAS</u> .....	ix
<u>RESUMEN</u> .....	x
<u>ABSTRACT</u> .....	xi
<u>CAPÍTULO I</u> .....	2
<u>PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</u> .....	2
1.1. <u>PROBLEMA</u> .....	2
1.2. <u>JUSTIFICACIÓN</u> .....	5
1.3. <u>OBJETIVOS</u> .....	5
1.3.1. <u>Objetivo General</u> .....	5
1.3.2. <u>Objetivos Específicos</u> .....	6
<u>CAPÍTULO II</u> .....	6
<u>MARCO TEÓRICO</u> .....	6
2.1. <u>Estado del Arte</u> .....	6
2.2. <u>Aspectos Teóricos</u> .....	9
2.2.1. <u>Unidad I: Discrecionalidad Administrativa</u> .....	9
2.2.2. <u>Unidad II: Cargos de libre nombramiento y remoción</u> .....	15
2.2.3. <u>Unidad III: Fuero de maternidad</u> .....	20
2.3. <u>Hipótesis</u> .....	30
<u>CAPÍTULO III</u> .....	30

<b><u>METODOLOGÍA</u></b> .....	<b>30</b>
3.1.1. <u>Unidad de análisis</u> .....	30
3.1.2. <u>Métodos</u> .....	31
3.1.3. <u>Enfoque de investigación</u> .....	31
3.1.4. <u>Tipos de investigación</u> .....	32
3.2. <u>Diseño de la investigación</u> .....	32
3.3. <u>Población y muestra</u> .....	32
3.3.1. <u>Población</u> .....	32
3.3.2. <u>Muestra</u> .....	33
3.4. <u>Técnicas e instrumentos de investigación</u> .....	33
3.4.1. <u>Técnicas para el tratamiento de la información</u> .....	33
<b><u>CAPÍTULO IV</u></b> .....	<b>34</b>
<b><u>RESULTADOS Y DISCUSIÓN</u></b> .....	<b>34</b>
4.1. <u>Resultados</u> .....	34
4.2.1. <u>Discusión de resultados</u> .....	36
4.3. <u>Comprobación de Hipótesis</u> .....	37
<b><u>CONCLUSIONES</u></b> .....	<b>39</b>
<b><u>RECOMENDACIONES</u></b> .....	<b>40</b>
<b><u>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u></b> .....	<b>41</b>
<b><u>ANEXOS 1</u></b> .....	<b>44</b>
<b><u>Guía de encuesta</u></b> .....	<b>44</b>
<b><u>ANEXOS 2</u></b> .....	<b>47</b>
<b><u>Guía de encuesta</u></b> .....	<b>47</b>
<b><u>ANEXOS 3</u></b> .....	<b>50</b>
<b><u>Oficios</u></b> .....	<b>50</b>

## ÍNDICE DE TABLAS

<a href="#">Tabla No. 1</a> .....	20
<a href="#">Tabla No. 2</a> .....	32
<a href="#">Tabla No. 3</a> .....	37

## RESUMEN

La presente investigación titulada “LA DISCRECIONALIDAD DE LA AUTORIDAD NOMINADORA Y EL FUERO DE MATERNIDAD EN LAS FUNCIONARIAS DE CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN”, surge como una problemática actual entre la discrecionalidad de la autoridad nominadora al momento de cese de funciones de una mujer en estado de gestación. Por lo tanto, el propósito de la presente investigación, es describir los derechos constitucionales que se vulneran al momento del cese de funciones de una mujer que se encuentra con furo de maternidad, ocasionado que se accione la vía jurisdiccional en aras de garantizar sus derechos. Para el respectivo cumplimiento, la investigación se desarrolló mediante el tratamiento del marco teórico constante en 3 unidades denominadas: la primera, discrecionalidad administrativa, la segunda, referente a los cargos de libre nombramiento y remoción, y, la tercera sobre el furo de maternidad. El diseño metodológico adecuado a una investigación jurídico social, a través del método de investigación deductivo, analítico y sistemático; enfoque de la investigación cualitativo; tipos de investigación: de campo, exploratoria y bibliográfica; diseño de investigación no experimental. Adicional, se ha recolectado información gracias a los instrumentos de investigación, esto es, la guía de encuesta, con lo cual se ha permitido plantear conclusiones y recomendaciones acorde a la problemática presentada en la respectiva investigación.

**PALABRAS CLAVES:** discrecionalidad, autoridad nominadora, furo de maternidad, libre remoción, funcionarios públicos, derechos constitucionales, acciones legales.

## **ABSTRACT**

The present investigation entitled "THE DISCRETIONALITY OF THE NOMINATING AUTHORITY AND THE JURISDICTION OF MATERNITY IN OFFICIALS OF FREEDOM APPOINTMENT AND REMOVAL POSITIONS", arises as a current problem between the discretion of the appointing authority at the time of cessation of functions of a woman in a state of pregnancy. Therefore, the purpose of this research is to describe the constitutional rights that violated at the time of cessation of functions of a woman who is under the jurisdiction of maternity, caused that the jurisdictional means activated in order to guarantee her rights. For the respective compliance, the research developed through the treatment of the constant theoretical framework in 3 units named: the first, administrative discretion, the second, referring to the positions of free appointment and removal, and, the third, on the maternity jurisdiction. The methodological design suitable for a social legal investigation, through the deductive, analytical and systematic research method; qualitative research approach; types of field, exploratory and bibliographic research; non-experimental research design. Additionally, information has been collected thanks to the research instruments, that is, the survey guide, with which it has been possible to draw conclusions and recommendations according to the problem presented in the respective research.

**KEY WORDS:** discretion, appointing authority, maternity jurisdiction, free removal, public officials, constitutional rights, legal actions.

Reviewed by:  
Mgs. Maritza Chávez Aguagallo  
**ENGLISH PROFESSOR**  
c.c. 0602232324

## **INTRODUCCIÓN**

La facultad de remover a un servidor público que tiene un cargo de libre nombramiento y remoción, es una facultad que nace de la Ley Orgánica del Servicio Público, es decir, es una facultad discrecional y legal, lo que le permite dictaminar libremente sobre el cargo, pues el cargo de libre nombramiento y remoción no le otorga estabilidad laboral, siendo así que, depende meramente de la voluntad de la administración de prescindir de sus servicios cuando lo estime necesario. No obstante, si la mujer se encuentra en estado de embarazo o en período asociado a su gestación, existe criterios divididos, porque se considera que es legal la remoción del cargo porque la ley lo permite, y otros, consideran que no es legal, porque la funcionaria pública goza del fuero de maternidad, otorgándole estabilidad laboral asociada a su condición.

Con estos antecedentes, el presente proyecto de investigación se fundamentará en un estudio de la discrecionalidad de la autoridad nominadora y el fuero de maternidad, por lo que, mediante este análisis se identificará la problemática, así como los derechos del grupo de protección identificado y las consecuencias que se puedan generar por el cese de funciones de las mujeres embarazadas con nombramientos de libre remoción. Para lograr este objetivo se realizará la investigación en dos partes; la primera mediante un estudio jurídico, doctrinario y crítico que permita describir la problemática actual; en la segunda parte, se aplicará instrumentos de investigación con el objetivo de obtener información de la población involucrada, es decir, del Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Riobamba y Funcionarios públicos con cargos de libre nombramiento y remoción en estado de gestación y lactancia del GAD Riobamba; información que se usará para realizar un correcto análisis del tema de investigación y plantear desde el campo jurídico recomendaciones para su solución. Esto, como una muestra de lo que sucede a nivel nacional en el sector público.

Por ser una investigación en el campo jurídico, la metodología corresponde a la siguiente: el enfoque de la investigación es el cualitativo, la problemática será

estudiada a través de la aplicación de los métodos deductivo, analítico y sistemático.

Por los objetivos que se pretende conseguir, la investigación es de tipo exploratoria, bibliográfica y de campo; mientras que, el diseño de la investigación es no experimental debido a que se estudiará al problema sin la manipulación de sus variables. Para la recopilación de información se usará un cuestionario de preguntas abiertas, misma que será procesada mediante la utilización de técnicas matemáticas, lógicas e informáticas para su diagnóstico.

Referente al marco conceptual, la presente investigación, se dividirá en tres capítulos: En el capítulo I, denominado Discrecionalidad administrativa, se detallará la definición, principios generales, tipología, conceptos jurídicos indeterminados y arbitrariedad. En el capítulo II, cargos de libre nombramiento y remoción, se analizará la administración pública, el ingreso al servicio público, su naturaleza jurídica, requisitos para su otorgamiento, derechos y obligaciones y cesación de funciones. Finalmente, en el capítulo III, denominado fuero de maternidad, se describirá la definición, derechos y principios, beneficios, normativa legal y acciones legales. Luego de la investigación, se podrán aportar conclusiones y recomendaciones.

Para finalizar, el presente proyecto de investigación se distribuyó según lo dispuesto en el Art. 173 Núm. 3 del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Chimborazo, en el cual se especifica los siguientes apartados: portada; introducción; planteamiento del problema; objetivos: general y específicos; marco teórico: estado del arte, aspectos teóricos e hipótesis; metodología; cronograma del trabajo investigativo; materiales de referencia; y, visto bueno del tutor.

## CAPÍTULO I

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1.1. PROBLEMA

Se entiende que la administración pública es tan arcaica como el mismo gobierno, siendo ésta una actividad de carácter histórica y social, pues, en todas las organizaciones sociales, existía una actividad organizada para los asuntos del Estado a donde pertenecían. No obstante, a este argumento, se ha concebido que la administración pública tendría su origen en la época de Confucio, pues en este período se efectivizó los aspectos morales de los cuales debe partir un buen gobierno, permitiendo que se desarrolle dentro de las civilizaciones una actividad organizativa que permita su funcionamiento, desarrollo y subsistencia. Todo esto se dirigió a una actividad institucionalizada que es desarrollada por el propio Estado para brindar una dirección organizativa que separa el interés público del interés privado.

Bajo este argumento, la administración pública debe estar integrada por servidores y funcionarios públicos, tal cual lo dispone nuestra Constitución en el artículo 228: “El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición [...]”; pero, más allá de esta premisa, en el sector público, existe otra forma de vinculación que está a cargo de la denominada autoridad nominadora, que es la persona que tiene la facultad de formalizar los nombramientos de los funcionarios públicos de conformidad a las leyes, es decir, goza de una potestad para disponer de cargos públicos como los nombramientos de libre nombramiento y remoción descritos en el Art. 17 literal c) de la Ley Orgánica del Servicio Público, cargos que la autoridad nominadora los designa en fundamento de la confianza, pues tiene la seguridad que gracias a el funcionario puede cumplir a cabalidad su gestión, siempre y cuando cumpla con el trabajo que se le ha encomendado, caso contrario, puede prescindir de su trabajo cuando lo considere oportuno.

La autoridad nominadora puede cesar de las funciones al funcionario público, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 47 numeral e) de la LOSEP: “Casos de cesación definitiva. - La servidora o servidor público cesará definitivamente en sus funciones en los siguientes casos: e) Por remoción, tratándose de los servidores de libre nombramiento y remoción, de período fijo, en caso de cesación del nombramiento provisional y por falta de requisitos o trámite adecuado para ocupar el puesto. La remoción no constituye sanción”. La cesación por remoción es una facultad exclusiva y discrecional que la ley lo permite, es así que puede dictaminar de manera libre sobre el cargo, ya sea confirmando o en su defecto removiendo, que, de ser el caso, no es sujeto a ninguna sanción disciplinaria de conformidad al Art. 105 numeral 2 del Reglamento de la LOSEP, en concordancia a lo dispuesto en el Art. 228 de la Constitución de la República del Ecuador.

No obstante, cuando la autoridad nominadora faculta su discrecionalidad sobre cesar de funciones a una mujer embarazada con cargos de nombramiento de libre nombramiento y remoción, se ocasiona un cruce de criterios y problemáticas. Por un lado, la autoridad nominadora considera legal su accionar, pues lo fundamenta de manera legal en la LOSEP y su Reglamento. Sumado a esto, lo justifica por las sentencias de la Corte Constitucional de No. 309-16- SEP-CC y 048-17-SEP-CC, en las que con claridad indica que el fuero de maternidad (prohibición de despido) únicamente recae cuando la mujer está prestando sus servicios bajo la modalidad de contrato de servicios ocasionales, es decir, no es aplicable a la mujer que tiene un cargo de libre nombramiento y remoción, cuya naturaleza jurídica es totalmente diferente.

Sobre esto, existe divergencia de criterios, pues un grupo considerable, argumenta que el fuero de maternidad, sí es aplicable a este tipo de nombramiento, lo cual lo fundamentan en el Art. 332 inciso 2do de la Constitución de la República del Ecuador que señala “se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos” (2019, pág. 165); inclusive se alega que las sentencias de la Corte Constitucional de No. 309-16- SEP-CC y 048-17-SEP-CC, sirven de

fundamento para el fuero de maternidad, porque infieren que dentro de las sentencias se especifica, pero textualmente no describe tal situación. De esta manera, se limita la facultad discrecional de la autoridad nominadora. De otro lado, se considera que existe total libertad para cesar nombramientos de libre remoción, más allá de la situación en la que se encuentre la mujer. Por ello, ocurren una serie de problemáticas que se generan de la facultad discrecional del nominador o bajo los criterios pertinentes de la Carta Magna y los criterios de la Corte Constitucional. Por estos antecedentes se pretende analizar la presente problemática

## **1.2. JUSTIFICACIÓN.**

Dentro del repositorio de la Universidad Nacional de Chimborazo, así como en la búsqueda en diversos repositorios, se ha constatado que no existen tesis o investigaciones similares a la DENOMINADA “LA DISCRECIONALIDAD DE LA AUTORIDAD NOMINADORA Y EL FUERO DE MATERNIDAD EN LAS FUNCIONARIAS DE CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN”, por lo que, se verifica la originalidad de la misma.

Seguido, esta investigación delimita la problemática actual que existe en la discrecionalidad de la autoridad nominadora que se presenta al momento del cese de funciones de un funcionario público, de manera específica, de una mujer que se encuentra en estado de gestación o con permiso de lactancia, aquí existen criterios divididos, pues por una parte, la Ley Orgánica del Servicio Público, delimita de manera clara que los cargos con nombramiento de libre remoción no otorgan estabilidad laboral al funcionario, pues se los otorga en fundamento de la confianza y bajo ciertos parámetros y requisitos legales.

Si bien esto es cierto, se debe tener en consideración que este cese de funciones se lo debe realizar apegado a la ley y bajo el cumplimiento de la misma, por lo que, si la mujer se encuentra con fuero de maternidad, no se la puede cesar de sus funciones, esto en fundamento del Art. 332 de 332 de la Constitución de la República del Ecuador, que garantiza la estabilidad laboral y los derechos

reproductivos de las personas trabajadoras. Aquí la problemática existencial que afecta a una serie de derechos constitucionales, por lo tanto, la presente investigación está dirigida a las autoridades administrativas de las instituciones públicas, funcionarios públicos con fuero de maternidad, operadores de justicia y sociedad en general para que puedan conocer la problemática planteada.

### **1.3. OBJETIVOS.**

#### **1.3.1. Objetivo General.**

Analizar la discrecionalidad de la autoridad nominadora y su incidencia en el fuero de maternidad en las funcionarias de cargos de libre nombramiento y remoción, bajo parámetros constitucionales.

#### **1.3.2. Objetivos Específicos.**

**Objetivo específico 1:** Estudiar la discrecionalidad de la autoridad nominadora dentro de la administración pública.

**Objetivo específico 2:** Describir los cargos de libre nombramiento y remoción según la normativa legal.

**Objetivo específico 3:** Analizar el fuero de maternidad y las implicaciones a la hora de la cesación de sus funciones, desde una perspectiva constitucional y legal.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. Estado del Arte.**

Respecto al tema investigado, existen investigaciones con los siguientes resultados y conclusiones.

Hugo Alberto Marín Hernández, ante la Universidad del Externado de Colombia, presenta su artículo científico: “EN DEFENSA DE LA FACULTAD DE

LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN: EL CAMINO DE SU INSUFICIENTE DELIMITACIÓN CONCEPTUAL CONDUCE A SU CUESTIONABLE RESTRICCIÓN” (Marín Hernández, 2019, pág. 1), exponen que:

Así, ante la necesidad de salvaguardar la vida del que está por nacer (artículo 44 CP) y la protección constitucional de la cual gozan las mujeres en estado de gravidez (artículo 43), se reconoció la situación de estabilidad laboral reforzada en favor de las mujeres gestantes por virtud de la cual la desvinculación de la empleada embarazada deviene ineficaz en todo caso, sin importar el tipo de vinculación y durante la totalidad de la gestación y las 14 semanas siguientes al parto -período de lactancia. (Marín Hernández, 2019, pág. 245)

El autor Lino Vinicio Valencia Zumba, para la obtención de su título de Magister en Derecho Administrativo, ante la Universidad Andina Simón Bolívar, presenta su trabajo de titulación denominado “LA PROBLEMÁTICA DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD Y PERMANENCIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN EL ECUADOR” (Valencia, 2015, pág. 1) determina que:

Los cargos de libre nombramiento y remoción, como su nombre lo señalan, establecen plena discrecionalidad, tanto en la vinculación, cuanto en la separación del servidor público. Así la decisión de la autoridad nominadora prevalecerá al momento de ejecutar el destino de quien ejerce dichas funciones, bajo la premisa de un aspecto: la confianza.

No se puede criticar la existencia de los cargos de libre nombramiento y remoción, pues su mera existencia resulta imprescindible al momento de llevar a cabo actividades de suma responsabilidad, aún más cuando el personal de confianza debe estar alineado con las líneas políticas, estratégicas o administrativas que pretenda ejecutar la autoridad nominadora. (Valencia, 2015, pág. 78)

En el año 2015, la autora Lilia Carolina Ramos Vargas, presenta su trabajo investigativo denominado: “ACCIONES LEGALES DE LA MUJER EMBARAZADA CUANDO HA SIDO REMOVIDA DE SU CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN” (Ramos, 2015, pág. 1), expone que:

El Ecuador tiene mecanismos legales que le ayudan, a que el derecho vulnerado, sea reivindicado, sin embargo, debe legislar, en todas las esferas sobre la protección a las mujeres en estado de gravidez. La maternidad y la procreación no debe ser causa de discriminación, deben prevalecer los principios basados en la igualdad, justicia y equidad, con el fin de garantizar la participación de las mujeres en igualdad de condiciones con el hombre. (Ramos, 2015, pág. 111)

En el año 2018, los autores Maury Almanza Iglesias, Katia Carpintero Mercado y Luz Mercado Villa, presentas en artículo científico denominado: “ESTABILIDAD LABORAL DE LA MUJER TRABAJADORA EN ESTADO DE EMBARAZO” (Almanza, Carpintero, & Mercado, 2018, pág. 1), donde concluyen que:

Es decir que la estabilidad laboral posee una doble connotación referente inicialmente a lo concerniente a la parte social del trabajador, con el fin de conservar su empleo siendo su medio para subsistir y la forma como se incluye dentro de la sociedad, ahora la otra connotación tiene que ver el objetivo de crear empresas con el fin de productividad donde prima el interés del empleador por mantener el recurso humano necesario que le permita cumplir con las necesidades productivas de su organización. Como consecuencia la estabilidad debe tener un enfoque equitativo desde los intereses del empleador y empleado donde se puedan obtener beneficio para ambas partes. (Almanza, Carpintero, & Mercado, 2018, pág. 151)

Del estado de arte citado, se desprende los dos aspectos a investigar como son la discrecionalidad de la autoridad nominadora que es una potestad inherente y legal, que puede ser desempeñada con libertad por el funcionario público, en contraste a esto, se evidencia el total respaldo a las mujeres con fuero de maternidad

y su defensa a su trabajo, pues al ser desvinculadas de su trabajo, se considera como una discriminación por el hecho de su gestación. Aspecto que debe ser analizado en contraste a los cargos de libre nombramiento y remoción, bajo la premisa de la confianza con la que fueron otorgados.

## **2.2. Aspectos Teóricos.**

### **2.2.1. Unidad I: Discrecionalidad Administrativa**

#### **2.2.1.1. Definición**

Previo a analizar la definición de la discrecionalidad administrativa, es importante indicar que, durante la edad media, se administró el poder a través de sistemas monárquicos y efectivamente, la discrecionalidad en esta época era absoluta, con algunas limitaciones dependiendo del sistema constitucional que tenía cada Estado. Pero a partir de 1789 con la Revolución Francesa, se recibe un nuevo modelo de discrecionalidad, ya que el primero, eliminó el sistema monárquico, permitiendo la aparición de la administración pública y el principio de legalidad para limitar a la naciente de la administración pública, teniendo la concepción de que la administración pública puede hacer lo que el ordenamiento jurídico le permite.

Para precisar su definición, es necesario inferir que la palabra discrecionalidad proviene del latín “dis” que significa separación de vías y “cernere” que significa cribar, es decir, es la capacidad que tiene alguien para tomar una decisión y poder escoger en el ejercicio del poder (autoridad pública), por lo tanto, la discrecionalidad está en la base del derecho administrativo. Para el autor Jaime Pozo Chamorro, la discrecionalidad constituye “el ejercicio de una potestad legal que posibilita a la administración una estimación subjetiva, que le permita arribar a diferentes soluciones, pero siempre respetando los elementos reglados que se encuentren presentes en la potestad” (Pozo, 2005, pág. 7). Mientras que García de Enterría describe:

La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos,

porque la decisión se fundamenta en criterio extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. (García de Enterría, 1998, pág. 450)

Por lo tanto, la discrecionalidad administrativa es aquella posibilidad que tienen los representantes de la administración pública, de hacer una elección de entre varias lícitas, dentro de los límites que establece el ordenamiento jurídico, es decir, escoger alternativas que se enfrascan en la adopción de decisiones no de manera arbitraria sino a través de un control de poder.

### 2.2.1.2. Principios generales

Los principios que rigen al derecho administrativo son diversos, sin embargo, es necesario indicar, los principios que rigen netamente a la discrecionalidad, encontrando los siguientes:

**Tabla No. 1**

*Principios*

PRINCIPIOS	DESCRIPCIÓN
<b>Principio de buena administración</b>	La administración pública debe basar sus decisiones en criterios de experiencia y racionalidad, pero sobre todo bajo el criterio de los derechos de la ciudadanía en general. Este principio es fundamental para el correcto funcionamiento de la administración pública, en tal virtud, se forjan resultados de calidad que responden de manera directa a las necesidades de la ciudadanía.
<b>Principio de buena fe</b>	A decir del Art. 17 del Código Orgánico Administrativo: “Se presume que los servidores públicos y las personas mantienen un comportamiento legal y adecuado en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes” (2019, pág. 5). Es decir, las

	<p>personas que representan a la administración pública, deben prestar un servicio de carácter objetivo correlacionado con el interés general.</p>
<p><b>Principio de seguridad jurídica y principio de confianza legítima</b></p>	<p>Principio de carácter básico que debe ser aplicado por los representantes de la administración pública, referente a la existencia de reglas determinantes dentro del ordenamiento jurídico y que las mismas no pueden ser adoptadas de manera contradictoria hacia la ciudadanía. Este principio se encuentra descrito en el Art. 22 del Código Orgánico Administrativo infiere: Las administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad.</p> <p>La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado. La aplicación del principio de confianza legítima no impide que las administraciones puedan cambiar, de forma motivada, la política o el criterio que emplearán en el futuro.</p> <p>Los derechos de las personas no se afectarán por errores u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada. (2019, pág. 6)</p>
<p><b>Principio de interdicción de la arbitrariedad</b></p>	<p>Con este principio se pretende que el servicio público debe ser dirigido al interés general, en ejercicio de los poderes discrecionales, por lo tanto, existe prohibición de que los representantes de la administración pública no actúen de conformidad a su voluntad sino conforme al ordenamiento jurídico, es decir, las decisiones deben acatarse a las normas respectivas.</p>

**Fuente:** Investigación propia.

**Autora:** Roxshell Marjorie Castro Guevara.

### **2.2.1.3. Tipología**

Según la doctrina alemana, la tipología de la discrecionalidad administrativa, se clasifica de dos maneras:

**a) Según el tipo de determinación:** encontrando los siguientes:

**Discrecionalidad de decisión:** dentro de este tipo de discrecionalidad, se encuentra amparada en dos, la primera la potestad reglada, que infiere que existen supuestos en el que ordenamiento jurídico le indica a la administración pública la forma de actuar. La segunda, en cambio, se refiere a las potestades discrecionales, infiere que el ordenamiento jurídico le permite a la administración si hace o no hace algo, es decir, le permite decidir.

**Discrecionalidad de elección:** el ordenamiento jurídico otorga un rango en la elección “que implica la previsión de varias alternativas de contenido determinado ante un supuesto de hecho concreto” (Campolieti, 2011, pág. 110), en donde el margen de alguna opción esta reducido únicamente a las posibilidades que se encuentran planteadas en las normas correspondientes de solución, caso contrario sería inválida la decisión que no respete lo descrito.

**b) Según la materia:** encontrando los siguientes:

**Discrecionalidad jurídica:** también conocida como simple, tiene su fundamento cuando la norma describe de manera puntual que decisión se debe tomar, es decir, la norma le indica al administrador público que debe realizar entre varias decisiones lícitas, verificando que es la discrecionalidad más frecuente en el ordenamiento jurídico. A decir de Isabel Lifante Vidal

La discrecionalidad jurídica ha de ser vista, por el contrario, como un fenómeno central y necesario para llevar a cabo una de las funciones esenciales de los Derechos contemporáneos: la de promover activamente ciertos fines o valores. La discrecionalidad así entendida ha de concebirse

como un modo normal de conferir poderes allí donde se considera importante que los órganos jurídicos adopten decisiones atendiendo a las evaluaciones que ellos mismos realicen a la luz de las circunstancias de los casos concretos; evaluaciones que pueden – y creo que deben – estar sometidos a control. (Lifante, 2002, pág. 437)

**Discrecionalidad político – programática:** es la misma discrecionalidad arriba detallada, solo que aplicada a los grandes temas como son la política nacional así como temas de relevancia para el país, en cierta forma, acontecen solo en ciertas leyes que implícitamente detallan esto para que sean valorados, “y aunque resulta claro que la remisión al criterio político está presente en muchos casos de los supuestos de discrecionalidad, en este evento se pretende identificar aquellos en que lo único que prevalece es este tipo de criterios, de política del caso” (Rincón, 1997, pág. 14). Por lo tanto, esta discrecionalidad está enfocada a un solo aspecto.

**Discrecionalidad técnica:** es aquella en la que se toma la decisión dentro de los parámetros jurídicos, pero a partir de parámetros técnicos, es decir, a través de normas jurídicas de carácter técnico que vincula a la administración pública. Según el Diccionario de la Real Academia Española, constituye la “manifestación de la discrecionalidad administrativa en la que se incrementa la libertad de apreciación que tiene el órgano administrativo competente para adoptar una determinada resolución por basarse esta en criterios o fundamento de carácter técnico” (Real Academia Española, 2020, pág. 1).

#### **2.2.1.4. Conceptos jurídicos indeterminados**

No son una técnica exclusiva del derecho administrativo son una técnica del derecho procesal en general, pues se lo encuentra en la teoría general del proceso, como una técnica de interpretación normativa, por lo general, se encuentran en materia civil, agraria, laboral, penal, pero también se lo aplica en derecho administrativo, debido a que se confunde la definición de conceptos jurídicos indeterminados con la discrecionalidad administrativa.

Por esto, es necesario inferir que no es lo mismo, de esta manera, la teoría general del derecho, establece que, para un caso concreto, el concepto jurídico indeterminado tiene una única interpretación, es decir, la misma norma describe un concepto que el ordenamiento jurídico no define, pero ésta debe ser determinada para el caso concreto. Para Núñez “los conceptos jurídicos indeterminados son precisamente los que se consignan en los diferentes cuerpos normativos, formulados sin distinguir o fijar los parámetros de aplicación, y pueden considerarse concepciones jurídicas que tienen en algún nivel ambigüedad e imprecisión” (Nuñez, 2013, pág. 20). Según Eduardo García de Enterría:

La aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites con la intención de agotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional. (García de Enterría, 1998, pág. 450)

En tal virtud, los conceptos jurídicos indeterminados, se aplican para un caso concreto, es decir, se debe tener una situación específica, en donde se utiliza un margen de apreciación que es concebida como una pauta hermenéutica con la que se interpreta normas convencionales que permiten delimitar su contenido dentro de la esfera de la certeza absoluta y de la incertidumbre.

#### **2.2.1.5. Arbitrariedad**

Se entiende por arbitrariedad a aquella acción que solo depende de la voluntad del representante de la administración pública, suele tener un carácter despectivo porque se encuentra un comportamiento inadecuado, que no obedece al deber, sino a un albedrío de la administración que se aleja de los estándares del ordenamiento jurídico. Según el Diccionario de la Real Academia Española, considera a la arbitrariedad como el “acto o proceder contrario a la justicia, la razón

o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho” (Real Academia Española, 2011, pág. 2642).

Mientras que Alfonso Vargas Murillo describe a la arbitrariedad como “el solo hecho de proceder en contra de la razón es opuesta a la discrecionalidad. Por su oposición a la ley, antijurídico, y por proceder contra la justicia es contraria a los fines valorativos del Derecho” (Vargas, 2015, pág. 5). Criterio muy acertado y enlazado al ámbito del derecho administrativo, con lo que se permite delimitar la problemática que ocurre cuando este tema es aplicado por la administración pública.

En esta misma línea, se evidencia que la arbitrariedad es contraria a la discrecionalidad, pues es el hecho por convención que se encuentra inmotivado, mismo que no guarda una relación natural. De esta manera, la arbitrariedad obedece a la voluntad del representante de la administración pública, para que esto, no sea efectuado, dentro del ámbito del derecho administrativo, se estipula el principio de interdicción de la arbitrariedad que permite la defensa de los administrados frente el abuso del poder público con el objetivo de que prime la ley.

## **2.2.2. Unidad II: Cargos de libre nombramiento y remoción**

### **2.2.2.1. Administración pública**

La administración pública, en el Ecuador, ha evolucionado a lo largo de los años, empezó con el presidente García Moreno, quien centralizó el poder estatal en el año 1892, posterior en 1912 durante la Revolución Liberal, el Estado amplió el campo de la influencia del sector público, creando por primera vez ciertos Ministerios como lo fue el Ministerio del Interior (hoy Ministerio de Gobierno) y el Ministerio de Hacienda (hoy Ministerio de Economía y Finanzas), así en el año 1928, se promulgó la Ley Orgánica de la Hacienda que permitía regular los salarios y delimitar las responsabilidades de los servidores públicos, consecuentemente en 1959 se publica el Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa con el pleno objetivo de mejorar la administración pública y desde ahí se han promulgado leyes hasta llegar a la Ley Orgánica del Servicio Público.

Se entiende por administración pública a la manera como se organiza y se maneja el gobierno, así como las instituciones que dependen directa o indirectamente del poder ejecutivo para llevar a cabo una organización, toda esta organización que está detrás del funcionamiento del país, se lo realiza con la finalidad de conectar al gobierno con la ciudadanía para así satisfacer sus necesidades y sus intereses. Criterio que también es recogido por el tratadista Miguel Galindo Camacho, concibe a la administración pública como una “ciencia social que tiene por objeto la actividad del órgano ejecutivo cuando se trata de la realización o prestación de los servicios públicos en beneficio de la comunidad, buscando siempre que su prestación se lleve a cabo de manera racional” (Galindo, 2000, págs. 5-6). Mientras que el Dr. Hermán Jaramillo Ordóñez, define a la administración pública como:

La actividad racional, técnica, jurídica y permanente, ejecutada por el Estado, que tiene por objeto planificar, organizar, dirigir, coordinar, controlar y evaluar el funcionamiento de los servicios públicos. El fin de la administración es prestar servicios eficientes y eficaces para satisfacer necesidades generales y lograr el desarrollo económico, social y cultural del País. Para obtener estos resultados la administración tiene que formular objetivos, trazar políticas, elegir procedimientos, decidir correctamente, ejecutar las resoluciones y controlar las acciones de los servidores. (Jaramillo, 2005, pág. 1)

De esta manera, el Art. 225 de la Constitución de la República del Ecuador, así como el Art. 45 del Código Orgánico Administrativo, describen cuales son las instituciones que integran la administración pública, encontrando las siguientes: organismos de las funciones estatales (ejecutiva, legislativa, judicial y justicia indígena, electoral y transparencia y control social), del régimen autónomo descentralizado, los creados por la Carta Magna o leyes correspondientes con el fin de prestar servicios públicos o actividades económicas y las personas jurídicas fundadas por los GADS.

#### **2.2.2.2. Naturaleza jurídica**

Recordemos que el Estado debe organizarse de cierta forma para cumplir con todas las competencias que la ley ha asignado que van en beneficio de los derechos de la ciudadanía, de esta manera, los integrantes que conforman la administración pública únicamente pueden ejercer las competencias y facultades que le son atribuidos en la ley, actuaciones regidas como un servicio para la ciudadanía, siempre guiados y en fundamento a los principios de “eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación” (Constitución de la República del Ecuador, 2021, pág. 172).

Es importante describir que los órganos administrativos tienen una delimitada función institucional para el servicio de la colectividad, puntualizando que quien ejecuta los actos administrativos y las decisiones no es la persona natural que ejerce el cargo público sino el órgano administrativo, importante distinción, porque por la salida del funcionario público no se extingan las decisiones que se han tomado.

En esta línea, existen servidores públicos que son excluidos de la carrera del servicio público, como es el caso de los que ocupan cargos jerárquicos de libre nombramiento y remoción, como lo establece el Art. 83 literal h) de la Ley Orgánica del Servicio Público. Sobre este tipo de nombramientos es aquel que está sujeto para ciertos cargos, cuya selección se lo realiza de manera discrecional por parte de las máximas autoridades de cada órgano de la administración pública y que por lo general, se relacionan o fundamentan entre la confianza de los intervinientes. María Arciniegas define:

Los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, cuya situación es completamente distinta a los de carrera, pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder. A diferencia de los empleos de carrera, en los de libre nombramiento y

remoción el empleador tiene libertad para designar a personas que considera idóneas para la realización de ciertas funciones. Cuando no lo son, el Estado, que debe cumplir con sus fines de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, autoriza al empleador para reemplazarlos por otras personas cuya capacidad, idoneidad y eficiencia se adecuen a los requerimientos institucionales. (Arciniegas, 2009, pág. 19)

### **2.2.2.3. Requisitos para su otorgamiento**

Para el otorgamiento de un nombramiento de libre remoción, no se lo ejecuta a través de un concurso de méritos y oposición como lo determina el Art. 228 de la Constitución de la República del Ecuador, basta con que se cumpla el perfil laboral para el cargo que se está designando y que de manera general se cumpla con los requisitos dispuestos en el Art. 5 de la Ley Orgánica del Servicio Público, esto es ser mayor de edad, contar con pleno ejercicio de los derechos de ciudadanía, no encontrarse con interdicción civil, deudor en un concurso de acreedores, ni ser insolvente fraudulento, haber ejercido el voto, no tener mora en el servicio financiero y realizar la presentación de la respectiva declaración juramentada.

Acto seguido, se elabora la respectiva acción de personal en donde se registra el tipo de nombramiento (libre remoción), se incorpora datos de la institución pública que la otorga, datos del servidor público, breve explicación legal sobre la contratación, determinación de la unidad administrativa, el puesto, el lugar de trabajo, la remuneración y la partida presupuestaria para el pago, las observaciones del caso y se finaliza con las firmas correspondientes. Esta acción de personal, debe ser registrada en la Unidad de la Unidad de Administración de Talento Humano, dentro del plazo de 15 días.

### **2.2.2.4. Derechos y obligaciones**

Los servidores públicos con nombramientos de libre remoción, cuentan con ciertos derechos irrenunciables dispuestos en las disposiciones del Art. 229 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el Art. 23 de la Ley

Orgánica del Servicio Público que indica que gozan de estabilidad en el puesto en el que se desempeñan, derecho a recibir una remuneración justa de conformidad a sus actividades laborales, percibir prestaciones laborales, pago de indemnizaciones a las que hubieran lugar, creación de directivas, goce de licencias, vacaciones, derecho a demandar derechos constitucionales, contar con protección en caso de denuncia de actos de corrupción, laborar en un ambiente adecuado, no ser discriminado bajo ningún criterio, recibir capacitación continua y bajo ningún aspecto ser sujeto de acoso laboral.

Por otro lado, los servidores públicos con nombramientos de libre remoción están sujetos a ciertas obligaciones, mismas que se encuentran contenidas en la disposición del Art. 22 de la Ley Orgánica del Servicio Público, encontrando las siguientes: cumplir con las disposiciones emanadas en la Constitución de la República del Ecuador y demás leyes, cumplir a cabalidad con las funciones asignadas, efectuar la jornada laboral estipulada, acatar órdenes de sus superiores jerárquicos, conservar documentos asignados a su cargo, garantizar la prestación de los servicios públicos, cumplir con la lealtad institucional y realizar evaluaciones periódicas.

#### **2.2.2.5. Cesación de funciones**

La cesación de funciones no es más que la interrupción de las actividades laborales designadas a un funcionario público, las mismas se encuentran descritas en el Art. 47 de la LOSEP, a decir de Byron Vásquez Vargas “la cesación de funciones, es la terminación laboral definitiva o conclusión de funciones del servidor público a favor de una Institución Pública. Terminación que conlleva a que se extinga la relación jurídica que mantenía el servidor público con la administración pública” (Vásquez, 2012, pág. 129). Criterio acertado y que se enlaza con el Art. 101 del Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Público que determina:

En virtud de las disposiciones constitucionales que obligan al estado a desarrollar sus actividades bajo los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación,

participación, planificación, transparencia, responsabilidad y estabilidad, y la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo, y precautelando el buen vivir en las instituciones establecidas en el artículo 3 de la LOSEP, la cesación de funciones genera la terminación definitiva de la prestación de servicios de las y los servidores públicos con las instituciones del Estado, y se produce en los casos señalados en el artículo 47 de la LOSEP. (2020, pág. 28)

De manera principal, y referente a la cesación de funciones de un servidor público con nombramiento de libre remoción, se lo realiza de manera discrecional por parte de la autoridad nominadora y cuando así lo disponga, por lo tanto, no existe un tiempo de vigencia del mismo, solo es necesario que sea notificado al servidor público, tal como lo dispone el Art. 85 de la Ley Orgánica del Servicio Público que infiere:

Las autoridades nominadoras podrán designar, previo el cumplimiento de los requisitos previstos para el ingreso al servicio público, y remover libremente a las y los servidores que ocupen los puestos señalados en el literal a) y el literal h) del Artículo 83 de esta Ley. La remoción así efectuada no constituye destitución ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza. (2020, pág. 51)

### **2.2.3. Unidad III: Fuero de maternidad**

#### **2.2.3.1. Definiciones, derechos y principios constitucionales a proteger**

##### **Definición**

El fuero de maternidad consiste en la protección legal hacia la mujer cuando se encuentra embarazada y en periodo de lactancia, por lo tanto, se debe garantizar cada uno de los derechos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con las demás normativas vigentes y Tratados y Convenios Internacionales. A decir de Omar Castro y Lucas Caballero, el fuero de maternidad consiste en el “principio legal que protege a la mujer trabajadora o

lactante para que no fuera despedida de su trabajo por razones ajenas a las actividades labores que desempeñaba, salvo en casos en los que se contaba con la respectiva autorización del inspector de trabajo” (Castro & Caballero, 2013, pág. 260). Sobre este tema, los autores Sorily Figuera, Gissela Ushiña y Manelly Ureta infieren que:

Desde su inicio fue concebida como un mecanismo de protección a la mujer que, dentro de una relación laboral, era víctima de un trato discriminatorio por parte de su empleador por el hecho de la gestación o la lactancia, lo que suponía identificar al empleador como ejecutor de un acto de discriminación. (Figuera, Ushiña, & Ureta, 2019, pág. 168)

Por lo tanto, este fuero de maternidad debe ser analizado bajo una perspectiva de género, pues, existe una creciente incorporación de mujeres en los espacios laborales, por lo tanto, se debe considerar su trabajo y esfuerzo que lo realizan dentro de los cargos de nivel jerárquico de dirección y que no sean cesadas de sus funciones por el hecho que se encuentren en estado de gestación, permitiendo un trato igualitario entre todos, sin ningún tipo de discriminación.

### **Derechos constitucionales a proteger**

Dentro de los derechos a proteger en el fuero de maternidad, se encuentran cuatro derechos principales, como son el derecho al trabajo, a la no discriminación, a la igualdad y el derecho a la vida digna. Referente al derecho al trabajo a través del cual se puede “escoger una ocupación, en un lugar de elección de cada persona y en cualquier rama de actividad, que legítimamente demande capacidades técnicas. El reconocimiento del trabajo como derecho implicó la aceptación formal de un cambio fundamental de actitudes, además de tener implicancias jurídicas concretas” (Pautassi, Faur, & Gherardi, 2020, pág. 50). Con este antecedente, se puede cotejar que cuando se cesa en funciones a una mujer con fuero de maternidad, se produce el quiebre de este derecho, pues no es una manifestación voluntaria de la servidora pública sino de la voluntariedad de la autoridad nominadora, consecuentemente

pierde la remuneración que percibía y los beneficios de ley que le corresponde por su estado de gravidez.

El derecho a la no discriminación, también se vulnera debido a que “cada mujer tiene el derecho a estar libre de discriminación basada en género, raza, etnia, orientación sexual u otra condición, así como a otros derechos humanos fundamentales que dependen de la realización plena de los derechos humanos para la protección de la discriminación” (Movimiento de los Pueblos para la Educación de los Derechos Humanos, 2020, pág. 1). En contraste a esto, se vulnera este derecho debido a la condición de género y por el estado de salud de la mujer embarazada, provocando que se vulnere de manera directa el Art. 11 numeral 2 inciso 2do de la Constitución de la República del Ecuador, e inclusive dentro de las acciones de protección que se han planteado, se justifica que la mujer ha sido cesada de sus funciones por su estado de gestación, pues previo a esto, se solicita información por parte de talento humano para luego ser desvinculada de la institución, nunca se justifica ni se motiva el porqué del cese, solo se delimita la defensa técnica a repetir que la ley no le otorga estabilidad laboral y que por eso se procedió a notificar con la resolución correspondiente.

El derecho a la igualdad “no se refiere a la semejanza de capacidades y méritos o a cualidades físicas de los seres humanos, sino que es un derecho humano autónomo. Este derecho, tal como ha quedado plasmado en la casi totalidad de instrumentos legales de derechos humanos” (Facio, 2008, pág. 67), derecho que lastimosamente en el caso en concreto, no se respeta, pues se evidencia que las mujeres no son tratadas de manera igualitaria entre los restantes funcionarios, pues al encontrarse en estado de gestación, se procede a la desvinculación de la institución. En tal virtud, se vulnera este derecho más si existe presupuesto legal que lo garantiza, pues el Art. 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, describe con claridad que “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades” (2021, pág. 9).

El derecho a la vida digna, en cambio, va inmerso a “una categoría abierta que abarca otros derechos fundamentales, por lo que es un concepto con significación imprecisa y carga emotiva. No significa que no pueda ser determinado hasta un alcance el cual permita una mejor aplicación y protección de este derecho” (Núñez, 2018, pág. 14). Por lo tanto, al especificar que los derechos descritos en líneas anteriores, son vulnerados, en consecuencia, el derecho a la vida digna sufre una afectación directa. Criterio que sido recogido en diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que describe:

El derecho a la vida digna y las consecuentes obligaciones positivas del Estado reconocen una constante que la referida disputa opaca: la Corte IDH siempre sostuvo este desarrollo en estrecha relación –en forma expresa o implícita– con el concepto de grupos vulnerables o con el concepto de situación de vulnerabilidad. Este argumento nos permite sostener que la base del desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH sobre el derecho a condiciones de existencia digna (o en otros lugares “mínimo vital” o “Existenzminimum” o en forma más integral y robusta “el derecho a un nivel de vida adecuado” es el de la igualdad material. (Beloff & Clérico, 2016, pág. 142)

#### **2.2.3.2. Beneficiarios del fuero de maternidad**

En el fuero de maternidad, de manera directa los beneficiarios son la madre y el hijo una vez nacido, pues se está salvaguardando a los dos, por lo tanto, son las personas favorecidas. Se entiende por madre a la “mujer que ha concebido o ha parido uno o más hijos. Mujer en relación con sus hijos” (Real Academia Española, 2011, pág. 19261), y se entiende por hijo a la “persona respecto de su padre o de su madre” (Real Academia Española, 2011, pág. 16554). Así la madre y el hijo merecen protección estatal, de manera primordial, se debe garantizar los derechos fundamentales como es el acceso a la salud, al trabajo, a la no discriminación, a la igualdad y el derecho a la vida digna.

De forma indirecta, se puede describir que el padre, también es beneficiario del fuero de maternidad, pues la preeminencia se extiende hacia él a través del

respectivo permiso de paternidad que le otorga la institución donde labora, cuando su cónyuge o conviviente han alumbrado. En tal virtud, se puede considerar como beneficiario.

### **2.2.3.3. Normativa legal y acciones legales**

La Constitución de la República del Ecuador describe que las mujeres embarazadas pertenecen al grupo de atención prioritaria, por lo tanto, se les garantiza una serie de derechos por su estado de gravidez, es así que el Art. 73 de la Carta Magna, describe lo siguiente:

El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a:

1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral.
2. La gratuidad de los servicios de salud materna.
3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto.
4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia. (2021, págs. 29-30)

Derechos que deben primar de manera directa y sobre cualquier tipo de acto, de manera puntual, referente al fuero de maternidad, esto se garantice en el Art. 332 de la Constitución de la República del Ecuador que infiere:

El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad.

Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos. (2021, pág. 235)

No obstante a esto, aún existen instituciones que no cumplen con estos derechos y garantías, por lo que de manera, arbitraria proceden al cese de las funciones, por lo tanto, se puede accionar diversos mecanismos judiciales para que sus derechos sean restituidos, uno de ellos es la presentación de la respectiva acción de protección bajo los presupuestos del Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador y el Art. 39 a Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Otro de los mecanismos legales que puede aplicar la mujer con fuero de maternidad que ha sido cesada de sus funciones es presentar el recurso contencioso administrativo debido a que no existe suficiente motivación referente a su cese de funciones así se solicitará que se declare nulo el acto administrativo que provocó su desvinculación laboral, debiendo puntualizar que es una de las vías judiciales de consecución larga. También, se puede presentar la acción extraordinaria de protección, una vez agotada todas las vías ordinarias, este se presenta ante la Corte Constitucional del Ecuador, con el objetivo de que se deje sin efecto las sentencias o autos definitivos que contienen vulneración de derechos.

#### **2.2.3.4. Estudios de casos prácticos y sentencias de la Corte Constitucional**

##### **Estudio caso práctico.**

**Número de proceso:** 17250-2019-00049

**Causa:** Acción de protección.

**Tribunal:** Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha.

**Accionante:** Emma Elizabeth Acuña Cedeño.

**Accionado:** Coordinador General Administrativo Financiero del Ministerio del Ambiente.

**Antecedentes:**

La accionante se desempeñaba como Directora Administrativa en planta central del Ministerio del Ambiente, desde el 15 de junio del 2017, mediante Acción de personal No. 0870, suscrita por la Coordinadora General Administrativa Financiera del Ministerio del Ambiente. El día 03 de octubre del 2018, mediante memorando Nro. MAE-DA-2018-2744-M, envía a la Dirección de Administración de Talento la matriz de información de mujeres en período de maternidad, lactancia y embarazo, incluyéndose como parte de la misma como mujer embarazada, este reporte lo solicitó la Dirección de Talento Humano.

El día 20 de febrero de 2019, la accionante ingresó a su lugar de trabajo a desempeñar mis actividades de manera normal, sin embargo, fue notificada con el memorando MAE-DATH-2019-0553-M con Asunto "Agradecimiento por los Servicios Prestados" suscrito por el Ing. Jorge Abad Sanmartín se indicaba que deberá prestar sus servicios en la Institución como Directora Administrativa, hasta el día 20 de febrero del 2019, entregándole la acción de personal número 588 de 20 de febrero 2019 suscrita por el Coordinador Administrativo Financiero y Director de Talento Humano, mediante la cual se me remueve del puesto de Directora Administrativa del Ministerio del Ambiente.

**Medios probatorios:**

- La acción de personal Nro. 0870, de 15 de junio 2017.
- Los memorandos Nro. MAE-DA-2018-2744-M 3 de octubre 2018, MAE-DA-2018-3008-M de 30 de octubre del 2018, MAE-DA-2018-3379-M de 29 de noviembre del 2018, MAE-DA-2018-0037-M de 07 de enero del 2019, MAE-DA-2018-365-M de 06 de febrero 2019, a través de los cuales informa a la Dirección de Talento Humano sobre el estado de embarazo.
- Certificado de embarazo con fecha 21 de febrero.
- El memorando MAE-DATH-2019-0553-M con Asunto "Agradecimiento por los Servicios Prestados" suscrito por el Director de Administración de Talento Humano.
- La Acción de personal No. 588 de 20 de febrero 2019 suscrita por el Coordinador Administrativo Financiero y Director de Talento Humano, mediante la cual se remueve a la accionante del puesto de Directora

Administrativa del Ministerio del Ambiente.

**Decisión:**

Aceptar la acción de protección propuesta por la accionante, declarando la vulneración de los siguientes derechos: Derechos reproductivos de las personas trabajadoras (artículo 332 CRE); Derecho a la igualdad material en virtud de su estado de embarazo (artículos 11.2 y 66.4 CRE); Derecho al Trabajo (artículo 33 CRE); atención prioritaria (artículo 35 CRE).

Como medidas de reparación integral se dispone la restitución del derecho, para lo cual se deja sin efecto el acto administrativo contenido en la acción de personal número 588 de 20 de febrero 2019, mediante la cual se resolvió removerla del puesto, en un término de 30 días. Como medida de satisfacción se dispone que el Ministerio del Ambiente, efectúe la publicación de la presente sentencia en su portal web, en un lugar visible y de fácil acceso, publicación que deberá permanecer por el plazo de tres meses. Como medida de reparación económica se dispone el pago de haberes dejados de recibir desde el momento del cese de sus funciones hasta la fecha en la que se reincorpore a su puesto de trabajo.

**Estudio sentencia 1.**

**Número de sentencia:** 309-16- SEP-CC

**Número de caso:** 1927-11-EP

**Causa:** Acción extraordinaria de protección

**Tribunal:** Corte Constitucional del Ecuador.

**Accionante:** Evelyn Tamara Naranjo Tacuri.

**Accionado:** Sentencia de fecha 30 de agosto de 2011

**Antecedentes:**

La legitimada activa presentó una acción de protección en contra del Banco de Desarrollo del Ecuador, en virtud de encontrándose en estado de gestación, se

realizó la destitución de su cargo bajo la modalidad de contrato de servicios ocasionales. Laboró dentro de la institución por más de 3 años y 6 meses, no recibió ninguna indemnización, tampoco el pago de los aportes por prestaciones del IESS y la licencia de maternidad. Por lo que refiere, que se vulneró los derechos constitucionales al trabajo, prohibición de discriminación contra las mujeres embarazadas, garantía de los derechos a las mujeres trabajadoras, vida digna, igualdad descritos en la Constitución de la República del Ecuador.

**Decisión:**

Declara vulnerado el derecho a la seguridad jurídica reconocida en el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, debido a que, existe normativa expresa que determina la prohibición de despido de su lugar de trabajo de mujeres en estado de gravidez. Declara vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación, debido a que existe una verídica discriminación en contra de las mujeres embarazadas. Declara vulnerado el derecho a la vida digna, por cuanto se suprimió de ciertos beneficios por su gravidez. Declara vulnerado el derecho al trabajo, debido a que se le desvincula de sus actividades laborales por el hecho de estar embarazada.

Antes esta vulneración de derechos declara las respectivas medidas de reparación integral encontrando las siguientes: publicación de la sentencia a través del portal de internet por el tiempo de 6 meses, disculpas públicas dirigida a la víctima así como su familia, pago de las remuneraciones que ha dejado de percibir la víctima desde su desvinculación de la institución, incorporación de las mujeres embarazadas y periodo de lactancia dentro de las salvedades del Art. 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público referente a los contratos de servicios profesionales y se dispone la constitucionalidad condicionada del Art. 146 del Reglamento de la LOSEP.

**Estudio sentencia 2.**

**Número de sentencia:** 048-17-SEP-CC

**Número de caso:** 0238-13-EP

**Causa:** Acción extraordinaria de protección

**Tribunal:** Corte Constitucional del Ecuador.

**Accionante:** Ximena del Carmen Gilces Cedeño.

**Accionado:** Sentencia de fecha 02 de enero de 2013.

**Antecedentes:**

La legitimada activa presentó una acción de protección en contra de CNEL, en virtud de encontrándose en estado de gestación, se realizó la destitución de su cargo bajo la modalidad de contrato de servicios ocasionales. Laboró dentro de la institución durante 4 años, como trabajadora tercerizada, fue desvinculada cuando se encontraba en el sexto mes del permiso de lactancia y siendo una persona discapacitada. Por lo que refiere, que se vulneró los derechos constitucionales al trabajo, garantía de los derechos a las mujeres trabajadoras e igualdad descritos en la Constitución de la República del Ecuador.

**Decisión:**

Se declara vulnerado el derecho al debido proceso en garantía de la motivación, toda vez que el fallo impugnado no estudió la vulneración de los respectivos derechos constitucionales referente al Art. 332 de la Constitución de la República del Ecuador, como lo son el derecho a la igualdad, al debido proceso y el derecho al trabajo. Derechos que no fueron considerados por los operadores de justicia de primera y segunda instancia, lo cual se verifica debido a diversas falencias en las razones argumentativas que fueron adoptadas por los operadores de justicia. Consecuentemente se vulneró el derecho al trabajo, porque se le desvinculó cuando se encontraba con permiso de lactancia.

Como medida de reparación integral se dispone dejar sin efecto las sentencias de primer y segundo nivel, disponer el reintegro de la legitima activa a su puesto de trabajo, difusión de la sentencia en los portales web del Consejo de la Judicatura y Ministerio de Trabajo, declara la constitucionalidad modula de los Art.

58 de la Ley Orgánica del Servicio Público y Art. 143 del Reglamento de la LOSEP referente a los contratos de servicios ocasionales.

#### **2.2.3.5. Análisis de las implicaciones legales de la discrecionalidad de la autoridad nominadora y el fuero de maternidad en la cesación de funcionarios de cargo de libre nombramiento y remoción**

Como implicaciones legales, como se determinó en líneas anteriores, la mayoría de mujeres que se encontraban con fueron de maternidad y que fueron cesadas de sus funciones, presentaron las respectivas acciones de protección, verificando la existencia de la gran problemática laboral hacia las mujeres que se encuentran en estado de gravidez y con licencia de maternidad, con la acción de protección se logra verificar la existencia de la vulneración de ciertos derechos constitucionales y que de esta manera se logre resarcir los mismos, en la medida de lo posible a través de los diversos mecanismos de reparación integral.

En el caso, de las mujeres embarazadas con nombramientos de libre remoción, bajo la discrecionalidad de la autoridad nominadora, se procede al cese de sus funciones, bajo el argumento vago de que no proporcionan estabilidad laboral y que como se sitúa por la confianza entre los intervinientes, se puede finalizar cuando así lo decida la máxima autoridad. Es por esta razón, que la Corte Constitucional, en uso de sus atribuciones, procedió a emitir lineamientos para que esto no se produzca y que se pueda respetar el fuero de maternidad.

Contexto que debe ser respetado por cada una de las instituciones públicas y privadas, en tal virtud, se debe motivar cada una de las decisiones de la máxima autoridad al momento del cese de funciones de un servidor público con nombramiento de libre remoción y más se trata de una mujer embarazada o con permiso de lactancia, caso contrario, se producirá que este accionar se siga ocasionando provocando una serie de derechos vulnerados.

### **2.3. Hipótesis**

La discrecionalidad de la autoridad nominadora incide en el fuero de maternidad en las funcionarias de cargos de libre nombramiento y remoción.

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA**

#### **3.1.1. Unidad de análisis**

**Objeto de estudio:** La discrecionalidad de la autoridad nominadora y el fuero de maternidad en los funcionarios de cargos de libre nombramiento y remoción.

**Campo de investigación:** La presente investigación se desarrolló en la ciudad de Riobamba, provincia de Chimborazo; en las instalaciones del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Riobamba, ubicado en las calles 5 de junio y Primera Constituyente.

**Tiempo social:** Desde el 01 de enero hasta el 30 de julio del año 2020, debido a que durante ese tiempo se obtuvo diversa información que sirvió de guía para la elaboración del presente proyecto de investigación.

**Población de referencia:** La población a quien se va aplicó la muestra para efectos de obtener información está conformada por el señor alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Riobamba y funcionarios públicos con cargos de libre nombramiento y remoción en estado de gestación y lactancia del GAD Riobamba.

#### **3.1.2. Métodos**

Para el desarrollo del trabajo investigativo se utilizarán los siguientes métodos:

**Método deductivo:** Debido a que nos permitió ir del ámbito general, es decir el análisis de diferentes leyes y códigos, para poder proponer conclusiones lógicas llegando a hechos concretos.

**Método analítico:** Puesto que nos permitió separar el problema a investigar en partes para posteriormente ser analizada parte por parte detalladamente, estudiando todos los aspectos fundamentales del problema para una mejor comprensión.

**Método sistemático:** Porque se conoció a plenitud el objeto de estudio, mediante el desarrollo de trabajo de manera ordenada y sistemática.

### **3.1.3. Enfoque de investigación**

En el trabajo investigativo se aplicó un enfoque cualitativo porque se cumple con un procedimiento sistemático que conllevan a determinar características y cualidades del problema.

### **3.1.4. Tipos de investigación**

En base a los objetivos planteados en el trabajo de investigación los mismos que se pretenden alcanzar, el tipo de investigación es:

**De campo:** Puesto que para la obtención de información se aplicó las encuestas a la población directamente involucrada.

**Exploratoria:** Puesto que el problema no ha sido muy investigado, por lo tanto, requiere de un estudio central.

**Bibliográfica:** Con el análisis de libros, códigos y demás material bibliográfico nos permitió el desarrollo de los aspectos teóricos de la presente investigación.

### 3.2. Diseño de la investigación

**No experimental:** Este diseño permitió observar al problema de investigación en su contexto natural tal y como es sin la necesidad de manipular intencionalmente sus variables.

### 3.3. Población y muestra

#### 3.3.1. Población

La población para llevar a cabo dicha investigación está comprendida por los siguientes involucrados:

**Tabla No. 2**

*Población*

<b>Población</b>	<b>Número</b>
Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Riobamba	1
Funcionarias públicos con cargos de libre nombramiento y remoción en estado de gestación y lactancia del GAD Riobamba	20
<b>Total</b>	<b>21</b>

**Fuente:** Población involucrada dentro del proyecto de investigación

**Autora:** Roxshell Marjorie Castro Guevara

#### 3.3.2. Muestra

A criterio del investigador, se ha utilizado un muestreo no probabilístico, a través de un proceso de selección aleatoria, con lo que se desprende que, en el presente informe final del proyecto de investigación, se obtiene una muestra total de 21 involucrados.

### **3.4. Técnicas e instrumentos de investigación**

**Técnica:** Se recolectó datos e información a través de la encuesta que se aplicó al señor alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Riobamba y funcionarias públicos con cargos de libre nombramiento y remoción en estado de gestación y lactancia.

**Instrumento:** Para el desarrollo del trabajo de investigación es relevante la aplicación del cuestionario de encuesta.

#### **3.4.1. Técnicas para el tratamiento de la información**

Para el procesamiento de la información obtenida mediante las técnicas de investigación se recurrió a técnicas matemáticas, lógicas e informáticas.

## **CAPÍTULO IV**

### **RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

#### **4.1. Resultados**

**ENCUESTA DIRIGIDA A:** alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Riobamba y funcionarios públicos con cargos de libre nombramiento y remoción en estado de gestación y lactancia.

De los veinte y uno encuestados, ante la interrogante conoce qué es la discrecionalidad de la autoridad administrativa, catorce han indicado que si conocen que es la discrecionalidad, lo que implica el 66.67%; mientras que, siete de los encuestados han indicado que no conocen que es la discrecionalidad, lo que implica el 33.33%, con lo que se verifica que de los encuestados, la gran mayoría está conoce con claridad que es la discrecionalidad de la autoridad administrativa.

Ante la interrogante considera que la autoridad nominadora tiene la potestad de cesar de funciones de los cargos de libre nombramiento y remoción, diecinueve han indicado que si tiene la potestad, lo que implica el 90.48%; mientras que, dos de los encuestados han indicado que no, lo que implica el 9.52%, con lo que se verifica que de los encuestados, la gran mayoría está determina que en base a la

discrecionalidad de la autoridad nominadora si se puede cesar de funciones a los cargos de libre nombramiento y remoción.

Sobre la pregunta tercera que infiere si conoce los derechos y obligaciones de los funcionarios con cargos de libre nombramiento y remoción, doce han indicado que si conocen los derechos y obligaciones, lo que implica el 57.14%; mientras que, nueve de los encuestados han indicado que no conocen, lo que implica el 42.86%, con lo que se verifica que de los encuestados, la gran mayoría está determina si conocen sus derechos y obligaciones referente a los cargos de libre nombramiento y remoción.

De los veinte y un encuestados, ante la interrogante del fuero de maternidad, dieciocho encuestados han indicado que, si conocen de que se trata este fuero, lo que implica el 85.71%; mientras que, tres de los encuestados han indicado que no conocen, lo que implica el 14.29%, con lo que se verifica que de los encuestados, la gran mayoría está determina si conocen del tema de la investigación.

Referente a la pregunta quinta, ante la interrogante sobre los derechos que otorga el fuero de maternidad, quince encuestados han indicado que si conocen los derechos que otorga este fuero, lo que implica el 71.42%; mientras que, seis de los encuestados han indicado que no conocen, lo que implica el 28.58%, con lo que se verifica que de los encuestados, la gran mayoría está determina si conocen los derechos que otorga el fuero de maternidad.

Sobre la pregunta considera legal la cesación de funciones de una mujer en estado de gestación o lactancia con nombramiento de libre nombramiento y remoción, tres encuestados han indicado que este accionar si es legal, lo que implica el 14.29%; mientras que, dieciocho de los encuestados han indicado que no es legal, lo que implica el 85.71%, con lo que se verifica que de los encuestados, la gran mayoría está de acuerdo en que no es legal la cesación de funciones en el fuero de maternidad.

Ante la interrogante la cesación de funciones de una mujer en estado de gestación o lactancia con nombramiento de libre nombramiento y remoción,

vulnera derechos constitucionales, veinte han indicado que existe vulneración de derechos por este accionar, lo que implica el 95.24%; mientras que, uno de los encuestados han indicado que no vulnera ningún derecho constitucional, lo que implica el 4.76%, con lo que se verifica que de los encuestados, la gran mayoría está determina que existe vulneración de derechos constitucionales por la cesación de funciones de una mujer con fuero de maternidad.

De los veinte y uno encuestados, ante la interrogante conoce el contenido de la sentencia No. 309-16- SEP-CC de la Corte Constitucional, referente al fuero de maternidad en los contratos se servicios ocasionales, siete han indicado que si conocen el contenido de la sentencia, lo que implica el 33.33%; mientras que, catorce de los encuestados han indicado que no conocen la sentencia descrita, lo que implica el 66.67%, con lo que se verifica que de los encuestados, la gran minoría desconocen el contenido de la sentencia No. 309-16- SEP-CC de la Corte Constitucional.

Finalmente, la última pregunta que infiere conoce el contenido de la sentencia No. 048-17-SEP-CC de la Corte Constitucional, referente al fuero de maternidad en los contratos se servicios ocasionales, siete han indicado que si conocen el contenido de la sentencia, lo que implica el 33.33%; mientras que, catorce de los encuestados han indicado que no conocen la sentencia descrita, lo que implica el 66.67%, con lo que se verifica que de los encuestados, la gran minoría desconocen el contenido de la sentencia No. 048-17-SEP-CC de la Corte Constitucional.

#### **4.2.1. Discusión de resultados**

En lo referente a la discrecionalidad de la autoridad administrativa, existe un consenso mayoritario en cuestión de su conocimiento, así como las implicaciones que recaen sobre los representantes de las instituciones públicas, bajo esto tienen la potestad de cesar de funciones de los cargos de libre nombramiento y remoción, bajo un contexto legal, pues la ley es clara al determinar que no gozan de estabilidad laboral, por lo tanto, pueden ser cesados en cualquier momento cuando así lo disponga la máxima autoridad.

En esta misma línea, se establece que este particular conoce los funcionarios públicos que cuenta con este tipo de nombramiento, por lo que, conocen sus derechos y obligaciones. Conocen que uno de sus derechos está vinculado al fuero de maternidad, de manera particular las mujeres, quienes son las participes principales de esta investigación, es por esta razón, que la mayoría de los encuestados consideran que, si se produce el cese de funciones de una mujer embarazada o con licencia de maternidad, se están vulnerando sus derechos constitucionales pues el Art. 332 de la Constitución de la República del Ecuador prohíbe su despido.

Pese a esto, se evidencia que aún existe esta práctica, es decir, el cese de funciones de la mujer con fuero de maternidad que cuenta con un cargo de libre nombramiento y remoción, pues existe una brecha que es utilizada por la autoridad administrativa para proceder al cese de funciones, siempre bajo el argumento que no se le otorga estabilidad laboral y que se le puede desvincular en el tiempo que dese la autoridad administrativa, pero este criterio, debe ser justificado, no solo por lo establecido en el Art. 47 numeral e) de la Ley Orgánica del Servicio Público, sino que se debe justificar que el cese de funciones no se lo realiza de manera discriminatoria, es decir, por el hecho de que la mujer se encuentre embarazada o en periodo de lactancia.

Finalmente, se denota que la mayoría de los encuestados no conocen las sentencias de la Corte Constitucional de Ecuador, que delimitan los parámetros correspondientes sobre el fuero de maternidad, como debe ser su modalidad de trabajo y los derechos constitucionales que les asiste, es por esta razón que se sigue cesando en las funciones de la mujer embarazada o en periodo de lactancia por el desconocimiento de las autoridades correspondientes.

#### **4.3.Comprobación de Hipótesis**

Guía de entrevistas aplicada al señor alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Riobamba y funcionarios públicos con cargos de libre nombramiento y remoción en estado de gestación y lactancia.

**Tabla No. 3***Comprobación de hipótesis*

NO.	PREGUNTA	INDICADOR	
		SI	NO
1	¿Conoce qué es la discrecionalidad de la autoridad administrativa?	66.57%	33.33%
2	¿En base a la discrecionalidad, considera que la autoridad nominadora tiene la potestad de cesar de funciones de los cargos de libre nombramiento y remoción?	90.48%	9.52%
3	¿Conoce los derechos y obligaciones de los funcionarios con cargos de libre nombramiento y remoción?	57.14%	42.86%
4	¿Conoce qué es el fuero de maternidad?	85.71%	14.29%
5	¿Conoce qué derechos otorga el fuero de maternidad?	71.42%	28.58%
6	¿Considera legal la cesación de funciones de una mujer en estado de gestación o lactancia con nombramiento de libre nombramiento y remoción?	14.29%	85.71%
7	¿Cree que la cesación de funciones de una mujer en estado de gestación o lactancia con nombramiento de libre nombramiento y remoción, vulnera derechos constitucionales?	95.24%	4.76%
8	¿Conoce el contenido de la sentencia No. 309-16-SEP-CC de la Corte Constitucional, referente al fuero de maternidad en los contratos de servicios ocasionales?	33.33%	66.67%
9	¿Conoce usted el contenido de la sentencia No. 048-17-SEP-CC de la Corte Constitucional, referente al fuero de maternidad en los contratos de servicios ocasionales?	33.33%	66.67%

<b>TOTAL</b>	<b>547.61</b>	<b>352.39</b>
<b>INCIDENCIA DE LA VI/VD</b>	<b>60.85%</b>	<b>39.15%</b>

**Fuente:** Guía de entrevistas aplicada al señor Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Riobamba y funcionarios públicos con cargos de libre nombramiento y remoción en estado de gestación y lactancia.

**Autor:** Roxshell Marjorie Castro Guevara

Del sumatorio total de los resultados de la investigación, se determina que existe una influencia del 60.85% de la variable independiente, sobre el 39.15% de la variable dependiente, por lo que, la hipótesis planteada SI INCIDE.

## CONCLUSIONES

- La discrecionalidad administrativa está dirigida para las actuaciones de la autoridad pública que permite que en el ejercicio del poder pueda tomar decisiones enmarcadas en el ámbito legal, según la doctrina alemana su tipología se divide en dos tipos, el primero según la determinación (discrecionalidad de decisión y discrecionalidad de elección) y el segundo según la materia (discrecionalidad jurídica, discrecionalidad político – programática y discrecionalidad técnica), recordando que de manera general, la discrecionalidad se rige a través de principios como el de buena administración, buena fe, seguridad jurídica y principio de confianza legítima, y el principio de interdicción de la arbitrariedad, en base a esta discrecionalidad la máxima autoridad considera que se encuentra facultada para remover a funcionarios que fueron vinculados a la institución con un cargo de libre nombramiento y remoción pese a encontrarse con fuero de maternidad.
- Los cargos de libre nombramiento y remoción se los otorga por la confianza existente entre los intervinientes bajo los parámetros establecido en el Art. 5 de la Ley Orgánica del Servicio Público, no se lo realiza conforme lo establece el Art. 228 Constitución de la República del Ecuador, es decir, a través de un concurso de méritos y oposición, y su cesación se encuentran

descritas en el Art. 47 de la Ley Orgánica del Servicio Público, bajo la discrecionalidad de la autoridad nominadora.

- El fuero de maternidad es la protección legal dirigido a la mujer embarazada y en periodo de lactancia, por lo que, es considerada como una persona de atención prioritaria, se encuentra garantizado en la normativa nacional en el Art. 73 y Art. 332 de la Constitución de la República del Ecuador y en sentencias de la Corte Constitucional, de manera primordial, con el fuero de maternidad, se protegen varios derechos como el derecho al trabajo, a la no discriminación, a la igualdad y el derecho a la vida digna, de esta manera, a través de los instrumentos de investigación aplicados, se logró comprobar que si existe una vulneración de derechos constitucionales cuando se desvincula a un funcionario público con fuero de maternidad.

## **RECOMENDACIONES**

- Se recomienda impartir seminarios, foros, capacitaciones y conferencias referente a la discrecionalidad dirigida de manera especial a las autoridades administrativas de cada una de las instituciones públicas del Estado, esto con la finalidad de que conozcan como deben actuar dentro de cada una de las decisiones que adopten en beneficio de la colectividad, pero sobre todo para que no caen en errores gravísimos que vulneren derechos.
- Se recomienda impartir seminarios, foros, capacitaciones y conferencias referente a los cargos de libre nombramiento y remoción dirigido a los funcionarios públicos que cuente con esta modalidad, esto con la finalidad, de que conozcan las implicaciones que recaen, sus derechos, sus obligaciones y como es la forma correcta en la que pueden ser cesados de sus funciones.
- Se recomienda que las sentencias emitidas por la Corte Constitucional quien es el máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia,

sean distribuidas a las autoridades de las instituciones públicas así como a los operadores de justicia para que conozcan a profundidad los lineamientos que han planteados sobre el fuero de maternidad dirigido a las mujeres en el servicio público, así mismo puedan conocer parámetros pertinentes que deben ser revisados al momento del cese de sus funciones.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almanza, M., Carpintero, K., & Mercado, L. (31 de 03 de 2018). Estabilidad laboral de la mujer trabajadora en estado de embarazo. *Erg@omnes*, 129-155. Obtenido de <https://actualicese.com/la-ilegalidad-de-obligar-al-trabajador-a-firmar-letras-y-pagares-en-blanco/>
- Arciniegas, M. (2009). *Cartilla laboral, empleos, situaciones administrativas, jornada laboral y retiro de empleados del sector público*. Bogotá: Departamento Administrativo de la función pública.
- Campolieti, F. (2011). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. En G. Santiago, *Derecho Procesal Administrativo* (págs. 619-630). Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Castro, O., & Caballero, L. (2013). Nivel de protección jurídica laboral a la maternidad en Colombia. *Criterios - Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional*, 251-272.
- Corporación de Estudios y Publicaciones. (2019). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Corporación de Estudios y Publicaciones. (2021). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Facio, A. (2008). El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres. San José de Costa Rica , Costa Rica : Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Figuera, S., Ushiña, G., & Ureta, M. (2019). Fuero de maternidad y su extensión al padre trabajador: algunas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia. *Revista de Políticas y Problemas Públicos*, 161-179.
- Galindo, M. (2000). *Teoría de la Administración Pública*. México: Porrúa.
- García de Enterría, E. (1998). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Ovitás.
- González, J. (2005). La administración pública como ciencia: una aproximación a su objeto de estudio. *Espacios Públicos*, 162-175.
- Jaramillo, H. (24 de 11 de 2005). *La administración pública*. Obtenido de Derecho Ecuador: <https://www.derechoecuador.com/la-administracion-publica>
- Lexis Finder. (2019). *Código Orgánico Administrativo*. Quito: Lexis Finder.
- Lexis Finder. (2020). *Ley Orgánica del Servicio Público*. Quito: Lexis Finder.
- Lexis Finder. (2020). *Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Público*. Quito: Lexis Finder.
- Lifante, I. (2002). Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. *RUA*, 413-439.
- Marín Hernández, H. (2019). En defensa de la facultad de libre nombramiento y remoción: el camino de su insuficiente delimitación conceptual conduce a su cuestionable restricción. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 233-287. Obtenido de <https://www.estudiojuridicocordoba.com/notas/reclamos-laborales/derecho-del-trabajador-sobre-la-firma-de-pagares-en-blanco.html>
- Movimiento de los Pueblos para la Educación de los Derechos Humanos. (2020). *El derecho humano a la no-discriminación*. Obtenido de <https://www.pdhre.org/rights/discrimination-sp.html>
- Núñez, L. (2018). *"Vida digna" como concepto jurídico indeterminado*. Quito: Universidad Internacional SEK.
- Núñez, M. (2013). *Los conceptos jurídicos indeterminados*. Quito: Corporación Editora Nacional.

- Pautassi, L., Faur, E., & Gherardi, N. (2020). El trabajo como derecho: un análisis y género. *Revista de la Flacso*, 49-50.
- Pozo, J. (24 de 11 de 2005). *La discrecionalidad administrativa*. Obtenido de Derecho Ecuador: <https://www.derechoecuador.com/la-discrecionalidad-administrativa#:~:text=La%20discrecionalidad%20no%20es%20sin%20nimo,encuentren%20presentes%20en%20la%20potestad>.
- Ramos, L. (12 de 07 de 2015). *Acciones legales de la mujer embarazada cuando ha sido removida de su cargo de libre nombramiento y remoción*. Quito: Universidad Técnica Particular de Loja. Obtenido de <https://universitarios.cl/2014/07/12/firmar-un-pagare-en-blanco-para-ser-contratado-ojo-con-esta-practica/>
- Real Academia Española. (2011). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: ESPA.
- Real Academia Española. (2020). *Discrecionalidad técnica*. Obtenido de <https://dpej.rae.es/lema/discrecionalidad-t%C3%A9cnica>
- Rincón, M. (1997). *El control de los actos de gobierno*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Rodríguez, J., & Muñoz, A. (2008). *Derecho Administrativo Español. Introducción al Derecho Administrativo Constitucional*. España: Netbiblo.
- Valencia, L. (27 de 10 de 2015). *La problemática del derecho a la estabilidad y permanencia de los servidores públicos en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Obtenido de <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/juan-francisco-melgarejo-515541/ilegalidad-de-algunos-titulos-valores-en-los-contratos-2435527>
- Vargas, A. (2015). Arbitrariedad, discrecionalidad y libertad en la figura de la discrecionalidad administrativa. *Derecho y cambio social*, 1-10.
- Vásquez, B. (2012). *El empleado público dentro del marco jurídico ecuatoriano*. Cuenca: Universidad de Cuenca.

## ANEXOS 1

### Guía de encuesta



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO  
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS  
CARRERA DE DERECHO**

#### **GUÍA DE ENCUESTA**

**Destinatario:** Señor alcalde del GAD Municipal del cantón Riobamba.

**Objetivo:** Analizar la discrecionalidad de la autoridad nominadora y su incidencia en el fuero de maternidad en los funcionarios de cargos de libre nombramiento y remoción, bajo parámetros constitucionales.

**Introducción:** La presente encuesta tiene por objeto recabar información para la realización del proyecto de investigación titulado “La discrecionalidad de la autoridad nominadora y el fuero de maternidad en los funcionarios de cargos de libre nombramiento y remoción”, la misma que tendrá fines eminentemente académicos.

#### **Cuestionario**

**1. ¿Conoce qué es la discrecionalidad de la autoridad administrativa?**

Si ( )

No ( )

**2. ¿En base a la discrecionalidad, considera que la autoridad nominadora tiene la potestad de cesar de funciones de los cargos de libre nombramiento y remoción?**

Si ( )

No ( )

**3. ¿Conoce los derechos y obligaciones de los funcionarios con cargos de libre nombramiento y remoción?**

Si ( )

No ( )

**4. ¿Conoce qué es el fuero de maternidad?**

Si ( )

No ( )

**5. ¿Conoce qué derechos otorga el fuero de maternidad?**

Si ( )

No ( )

**6. ¿Considera legal la cesación de funciones de una mujer en estado de gestación o lactancia con nombramiento de libre nombramiento y remoción?**

Si ( )

No ( )

**¿Por qué?.....**

.....

**7. ¿Cree que la cesación de funciones de una mujer en estado de gestación o lactancia con nombramiento de libre nombramiento y remoción, vulnera derechos constitucionales?**

Si ( )

No ( )

**8. ¿Conoce el contenido de la sentencia No. 309-16- SEP-CC de la Corte Constitucional, referente al fuero de maternidad en los contratos se servicios ocasionales?**

Si ( )

No ( )

**9. ¿Conoce usted el contenido de la sentencia No. 048-17-SEP-CC de la Corte Constitucional, referente al fuero de maternidad en los contratos de servicios ocasionales?**

Si            (    )

No            (    )

**Muchas gracias**

## ANEXOS 2

### Guía de encuesta



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO  
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS  
CARRERA DE DERECHO**

### GUÍA DE ENCUESTA

**Destinatario:** Funcionarios públicos con cargos de libre nombramiento y remoción en estado de gestación y lactancia del GAD Riobamba.

**Objetivo:** Analizar la discrecionalidad de la autoridad nominadora y su incidencia en el fuero de maternidad en los funcionarios de cargos de libre nombramiento y remoción, bajo parámetros constitucionales.

**Introducción:** La presente encuesta tiene por objeto recabar información para la realización del proyecto de investigación titulado “La discrecionalidad de la autoridad nominadora y el fuero de maternidad en los funcionarios de cargos de libre nombramiento y remoción”, la misma que tendrá fines eminentemente académicos.

#### Cuestionario

**1. ¿Conoce qué es la discrecionalidad de la autoridad administrativa?**

Si ( )

No ( )

**2. ¿En base a la discrecionalidad, considera que la autoridad nominadora tiene la potestad de cesar de funciones de los cargos de libre nombramiento y remoción?**

Si ( )

No ( )

**3. ¿Conoce los derechos y obligaciones de los funcionarios con cargos de libre nombramiento y remoción?**

Si ( )

No ( )

**4. ¿Conoce qué es el fuero de maternidad?**

Si ( )

No ( )

**5. ¿Conoce qué derechos otorga el fuero de maternidad?**

Si ( )

No ( )

**6. ¿Considera legal la cesación de funciones de una mujer en estado de gestación o lactancia con nombramiento de libre nombramiento y remoción?**

Si ( )

No ( )

**¿Por qué?.....**

.....

**7. ¿Cree que la cesación de funciones de una mujer en estado de gestación o lactancia con nombramiento de libre nombramiento y remoción, vulnera derechos constitucionales?**

Si ( )

No ( )

**8. ¿Conoce el contenido de la sentencia No. 309-16- SEP-CC de la Corte Constitucional, referente al fuero de maternidad en los contratos se servicios ocasionales?**

Si ( )

No ( )

**9. ¿Conoce usted el contenido de la sentencia No. 048-17-SEP-CC de la Corte Constitucional, referente al fuero de maternidad en los contratos de servicios ocasionales?**

Si            (    )

No            (    )

**Muchas gracias**

## ANEXOS 3

### Oficios

Riobamba, 13 de julio del 2020

Oficio No. 001-RMCG-2020.

13 JUL 2020

Por: *Dant* Hora: 11:25

Doctor  
Jorge Luis Zambrano Segovia  
**DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE GESTIÓN DE TALENTO HUMANO DEL  
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DE RIOBAMBA.**  
Presente. -

De mi consideración:

Reciba un cordial saludo de parte de Roxshell Marjorie Castro Guevara, con cédula de identidad No. 160048344-8, estudiante de la carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Chimborazo; y, a la vez deseándole éxitos en las labores que tan acertadamente realiza en beneficio de la colectividad Riobambeña.

El motivo de la presente es solicitarle, de la manera más comedida, se digne disponer a quien corresponda, se me confiera una **CERTIFICACIÓN** de la siguiente información:

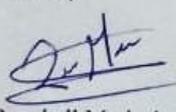
1. Número de funcionarios públicos con cargos de libre nombramiento y remoción que se encuentran en estado de gestación y período de lactancia.

Documentación que la necesito para el desarrollo de mi proyecto de investigación denominado: **“LA DISCRECIONALIDAD DE LA AUTORIDAD NOMINADORA Y EL FUERO DE MATERNIDAD EN LOS FUNCIONARIOS DE CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN”**.

De ser necesario, notificaciones que me correspondan las recibiré en el correo institucional [rmcastro.fpd@unach.edu.ec](mailto:rmcastro.fpd@unach.edu.ec)

Por la atención que se dé a la presente, le anticipo mi agradecimiento.

Atentamente;



Srta. Roxshell Marjorie Castro Guevara  
C.I. 160048344-8

Adj. Fotocopia simple de cédula de identidad, en una foja útil; Fotocopia simple de acta de aprobación de tema de investigación, en una foja útil.