

Ocho

8

163

REPUBLICA DEL ECUADOR  
www.fuccionjudicial.org.ec

Juicio No: 11121-2011-0166

Casillero No: [ ]

Loja, martes 12 de abril del 2011

A: ERAZO BUSTAMANTE JOSE ALEXIS

Dr./Ab.: ERAZO BUSTAMANTE JOSE ALEXIS

En el Juicio No. 11121-2011-0166 que sigue ERAZO BUSTAMANTE JOSE ALEXIS en contra de GUSTAVO ENRIQUE MILLACIS RIVAS, RECTOR DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA, hay lo siguiente:

JUEZ PROVINCIAL PONENTE Dr. EDUARDO CASTILLO CARRIÓN

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA - SALA PENAL. Loja, martes 12 de abril del 2011, las 09h25. (Acción de Protección Nro. 166-2011.) VISTOS:

Comparece el Dr. José Alexis Erazo Bustamante con su Acción de Protección de fe 11-13/11 en la que señala, en síntesis, que mientras cumplía labores administrativas en la Universidad Nacional de Loja, mediante Decreto de Personal de 25 de abril de 1994, fue designado para cumplir labores académicas y docentes en la entonces Facultad de Ciencias Administrativas. Que, ya en la actualidad, se lo declaró en Comisión de Servicios con traslado administrativo a la Universidad Nacional de Loja, como profesor en la Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia, habiendo sido nombrado como tal hasta la fecha. Que, mientras cumplía su función docente en la Universidad Nacional de Loja, con una carga horaria de 30 horas semanales, dado que se desempeñaba como Juez del Tribunal Tercero de Garantías Penales de Loja, el 03 de enero del 2011 es notificado con la Acción de Personal Nro. 20103778 de 11 de octubre del 2010 por medio de la cual se le hace conocer que el 23 de septiembre del 2010 la Junta Universitaria ha resuelto rectificar la anterior Acción de Personal y disponer que cumpla una carga horaria de 40 horas semanales, con lo cual se le impide laborar como juez y docente por la incompatibilidad de horarios. Que al ser notificado en la misma situación, sus compañeros docentes pidieron que la Junta Universitaria reconociera el derecho que les confiere el Inc. 1ro. del Art. 149 de la Ley Orgánica de Educación Superior, que viabiliza un trabajo docente con dedicación exclusiva, semiparcial y parcial (40 horas, 20 horas y menos de 20 horas, respectivamente). Que la Junta Universitaria resolvió acoger favorablemente su pedido y que actualmente se encuentra laborando con una carga horaria de 20 horas, sin ninguna incompatibilidad de horarios. Que el compareciente también acudió ante la Junta Universitaria para solicitar igual trato, esto es que se le conceda laborar con una carga horaria de 20 horas semanales, pero que su petición fue negada en un claro trato desigual y discriminatorio frente a los demás docentes, dado que, siendo docente desde 1994, tiene los mismos derechos y obligaciones como tal, por el derecho a la igualdad que le asiste, según los Arts. 11.2 y 66.4 de la Constitución, ya que si bien su nombramiento es de servidor administrativo, al cumplir una función docente, por el derecho a la igualdad formal y material, merece el reconocimiento de los derechos que establece la Ley Orgánica de Educación Superior. Que, a partir de lo expuesto, la posición de la Junta Universitaria resulta irrazonable toda vez que si la institución ni los estudiantes sufren perjuicio con que se le permita trabajar las 20 horas semanales, dado que la carga horaria de 40 horas se encuentra dividida en 20 para clases y las 20 restantes para recepción de grados y revisión de tesis. Que, habiendo sido violado su derecho a la igualdad, propone la presente Acción de Protección en contra

del Rector de la Universidad Nacional de Loja, y por su intermedio a la H. Junta Universitaria, para que "se deje sin efecto la acción de personal No. 20103779 de 11 de octubre del 2010 y en su lugar, se me permita laborar con una carga horaria de 20 horas semanales, acorde a lo previsto en el inciso 3ero del Art. 149 de la Ley Orgánica de Educación Superior, a fin de estar en igualdad de condiciones con los docentes anteriormente señalados...." Pide también que la Universidad demandada le cancele la diferencia de los sueldos "que deje de percibir en relación a las funciones de docente que he venido cumpliendo por un espacio superior a los 17 años, toda vez que se ha violentado el derecho constitucional consagrado en el último inciso del Art. 229 de la Constitución".- Aceptada a trámite la Acción y pasada la correspondiente audiencia pública el 19 de enero del 2011 (fs.28 y s.), en donde las partes han hecho valer sus derechos, el Dr. Adolfo Moreno Sánchez, Juez Segundo de Garantías Penales de Loja dicta la sentencia estimatoria de fs. 30 de marzo del 2011 (fs. 36-41), lo cual es apelado por el Rector de la demandada mediante su escrito de fs. 42.- Concedido el recurso y subidos los autos a este nivel Jurisdiccional, para resolver al respecto se considera: PRIMERO: Esta Sala de la Corte Provincial es competente para conocer la impugnación en virtud de lo contemplado en el inciso final del numeral 3ro. del Art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador. SEGUNDO: El proceso constitucional es válido por haberse sustanciado conforme a derecho.- TERCERO: Al contestar la demanda la parte accionada argumenta, en lo principal: Que la "igualdad se la entiende en la medida de poder diferenciar a los individuos, es por eso que la Constitución solo puede contemplar a los individuos en lo que tienen de iguales, frente a este criterio señor Juez es que una persona que no tenga discapacidad no puede ser tratada igual que una persona que si la tenga, lo que quiero decir es que la igualdad constitucional está en relación a las características generales de un grupo o especie, bajo este criterio señor Juez para que se haya violado la igualdad formal y material, el recurrente debe demostrar que pertenece a ese grupo o especie y que no ha sido tratado como tal, lo que quiero decir es que si el recurrente fuera docente y no se le permita otro cargo público si se estaría violando el derecho a la igualdad formal y material; en el caso que nos ocupa el recurrente afirma por varias veces que no es docente sino que es un servidor universitario, por lo tanto no puede ser tratado como docente sino como servidor, lo que implica señor Juez que no se ha violado el derecho a la igualdad, peor se lo ha discriminado...". Que, el cumplimiento de la anterior LOSCCA y actual Ley Orgánica de Servicio Público, la Junta Universitaria resolvió que todos los servidores laboren las cuarenta horas semanales y que siendo el accionante un servidor, tiene la obligación de laborar ese número de horas, con la inhabilidad de poder desempeñar otro cargo público según el Art. 230 de la Constitución. Que, por el hecho de haber sido trasladado a cumplir funciones de docente no le da derecho a ser tratado como tal si su nombramiento es de servidor universitario, más aún cuando es ilegal la comisión de servicios concedida para su traslado. Que, en fin, tratándose de un servidor sujeto a la Ley Orgánica de Servicio Público, el accionante debe observar el Art. 226 de la Constitución y laborar las cuarenta horas semanales de trabajo, sin poder desempeñar otro cargo público, por lo que pide el rechazo de la demanda. Alega también que la acción es improcedente por no haberse contado con la Procuraduría General del Estado conforme la exigencia del Art. 6 de su Ley rectora.- CUARTO: Sobre los argumentos de una y otra parte y de los hechos que aporta la prueba documental, al aceptar la acción, el a quo deja sin efecto el acto administrativo impugnado, disponiendo que se permita laborar al actor "en una carga horaria de 20 horas semanales, conservando todos sus derechos y obligaciones y en el plazo máximo de treinta días, se procederá a cancelar la diferencia de todas las remuneraciones percibidas como servidor administrativo frente a las que ha dejado de percibir como docente universitario a las

que por ley tiene derecho, esto desde el mes de marzo de 1994 hasta la presente fecha, para lo cual, la autoridad dispondrá a su vez corresponde, se proceda a realizar la liquidación de dichos haberes, incluidos todos los beneficios de ley...".- QUINTO: Al apelar tal fallo el recurrente prácticamente reitera los argumentos de que se valió para contestar y rebatir la demanda. Insiste, sin embargo, en que el Art. 230 de la Constitución prohíbe desempeñar más de un cargo público a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita "y que no habiendo otra disposición constitucional que diga que también pueden hacerlo quienes teniendo un nombramiento administrativo o de técnico docente pueda también desempeñar dos cargos públicos simultáneos, no se puede interpretar la Ley y la Constitución de otra manera...".- SEXTO: Ahora bien, los documentos sometidos al proceso prueban en lo de interés: A).- Que el accionante ingresó a la Universidad Nacional de Loja como servidor administrativo, por el mes de abril de 1990. Así dan cuenta las Acciones de Personal de fs. 1, 2 y 3; B).- Que, desde el mes de mayo de 1994 el accionante labora como Docente de la carrera de Derecho del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja. Así consta de la certificación de fs. 9 y de las diferentes Acciones de Personal que se han extendido al efecto, fs. 5, 6, 7, 8 y 9; C).- Que, a los 13 años aproximadamente, la Junta Universitaria ratifica una Acción de Personal anterior (sic) en el sentido de que el accionante Dr. José Alexis Erazo debe pasar de 30 horas a 40 horas semanales como carga docente, que las puede cumplir en docencia, investigación, gestión y vinculación con la colectividad, en jornada de 8 horas diarias (sic), según aparece de la Acción de personal succionada Nro. 20103739 de 11 de octubre del 2010; D).- Que, con base en el Inc. 3ro. del Art. 149 de la Ley Orgánica de Educación Superior, compañeros docentes del accionante que igualmente ostentan otro cargo en el sector público, han sido autorizados por la Junta Universitaria para laborar con una carga horaria de 20 horas semanales y sin incompatibilidad de horarios. Esto, por la presunción de certidumbre que establece el Art. 88 de la Constitución sobre los fundamentos alegados por el accionante, si no haber prueba en contrario.- SEPTIMO: La pretensión del accionante, de recibir el mismo trato dado a sus compañeros docentes por la Junta Universitaria, de laborar con una carga horaria de 20 horas semanales por tener otro cargo en el sector público, los argumentos abonados por la parte accionada, y la prueba de los hechos expuestos, plantean como problema constitucional la violación o no del principio-derecho a la igualdad material, cuando en este caso concreto la Junta Universitaria otorga al accionante la posibilidad de laborar con una carga horaria de 20 horas semanales conforme ha concedido a sus compañeros docentes que, igualmente, desempeñan otro cargo público. Para resolver, este Tribunal analizará (i) el mentado principio-derecho; (ii) si el accionante, por el hecho de cumplir labores docentes, debe ser tratado como tal con independencia de su nombramiento de servidor; y (iii) si el accionante ha recibido un trato desigual entre iguales, violándose así el derecho a la igualdad material.- OCTAVO: EL PRINCIPIO-DERECHO A LA IGUALDAD Y CARGA DE LA PRUEBA: El Art. 11 de nuestra Constitución prescribe: "Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:... 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la

igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad...". Frente a tal principio, tanto en la ley como en su aplicación, las situaciones iguales deben ser tratadas iguales y las situaciones desiguales desigualmente, siendo por lo tanto inconstitucional tratar de manera diferente a quienes se encuentran en una misma hipótesis jurídica, o tratar igualmente frente a hipótesis jurídicas diferentes. Sin embargo, enseña la doctrina y sobre todo la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que es constitucionalmente aceptable que situaciones similares reciban un trato diferente en la medida en que la justificación sea razonable y objetiva. Se ha dicho más concretamente: "...Se admite, sin embargo, que situaciones análogas reciban trato diferente, dado que no toda diferenciación implica discriminación. Razón por la que se ha afirmado que el tratamiento disímil debe estar justificado en razones de orden objetivo. La ausencia de una justificación de esta naturaleza, hace presumir que la diferencia responde a un subjetivismo de quien tiene la capacidad de producir el acto o conducta, diferenciación que debe reputarse discriminatoria, ante la falta de justificación. Entonces, es necesario demostrar que al efectuarse la diferenciación no se incurrió en discriminación. En la jurisprudencia de esta Corporación se ha precisado que el juez constitucional, al fallar un caso donde se alegue violación al principio de igualdad, debe indagar no sólo por la existencia de razones objetivas que justifiquen el trato diferente, sino por la finalidad y medios empleados para ello, a fin de que entre unos y otros exista cierta proporcionalidad..."

Queda así prohibida la discriminación, frente a la cual nace la correlativa prohibición de tratar de manera privilegiada a ciertos destinatarios del Derecho, puesto que en un Estado Constitucional de Derechos y de Justicia como el nuestro, el trato desigual resulta constitucional sólo cuando los fundamentos de la justificación resultan objetivos y razonables. Pero, si bien es cierto que es admisible justificativos razonables y objetivos del trato diferenciado, también es cierto que la carga de la prueba sobre aquello corresponde al accionado. La misma Corte en mención ha dicho al respecto: "....Sobre la prueba en materia de discriminación o trato desigual, y en lo que atañe a materia laboral, se ha dicho concretamente que <La carga de la prueba del trato distinto, corresponde al empleador. Es una inversión del ONUS PROBANDI, en cuanto a que quien alega la vulneración del principio de igualdad no está obligado a demostrar que es injustificada la diferenciación que lo perjudica, esto ha sido aceptado por la Corte Constitucional en la sentencia T- 230 de 1994, anteriormente transcrita y es reiteradamente acogido por el Tribunal Constitucional Español. En nuestra normatividad constitucional, esta apreciación sobre la carga de la prueba tiene su asidero en el art. 13 de la C.P. que establece la igualdad y prohíbe la discriminación, sabio principio que es particularmente importante en el derecho laboral, por eso en cualquier contrato de trabajo, sea escrito o verbal va implícito el derecho fundamental que tienen los trabajadores a recibir trato jurídico igual para condiciones semejantes, salvo, como ya se dijo, que la diferenciación busque un fin constitucionalmente lícito, tenga respaldo razonable y esté objetivamente demostrado, en otras palabras que la distinción no se convierte en discriminación....En conclusión. Quienes tienen la carga de probar la inexistencia de la desigualdad o la razonabilidad y objetividad del trato diferente son los empleadores a quienes se les imputa la violación al principio de igualdad. El afectado con el o presunto trato desigual sólo debe aportar el término de comparación->..."

NOVENO: Es criterio de la actual Corte Constitucional y del anterior Tribunal Constitucional que es el cumplimiento de las mismas labores que determina la obligación de un trato igualitario frente a los demás que cumplen similar función en la institución, más allá de la diferencia que puede existir en cuanto al origen de su cargo. (Resolución Nro. 1592-08-RA de 13 de enero del 2010. Sentencia Nro. 0009-09-SIS-CC, Caso Nro. 0013-09-IS), lo cual tiene su razón de ser porque el

R.O 34 Suplemento

derecho a la igualdad material no puede basarse a partir de situaciones formales sino de la misma realidad o sobre la base de los mismos supuestos fácticos (por eso, por ejemplo, la doctrina y la jurisprudencia del "contrato realidad"), y porque cualquier diferenciación debe sustentarse en motivos objetivos y razonables constitucionalmente aceptados. En este contexto, debe el accionante merecer el mismo trato que han recibido sus compañeros en cuanto a la carga horaria, por los siguientes motivos, a saber: 1).- Porque si bien es cierto que el accionante tiene nombramiento de servidor administrativo, también es verdad que el accionante viene cumpliendo labores docente desde hace 17 años, por decisión de la Junta Universitaria a través de varios actos administrativos que gozan de la presunción de legitimidad y ejecutividad; 2).- Porque si viene cumpliendo una labor docente y no administrativa, no es razonable sostener un trato diferenciado en cuanto a la posibilidad de acceder a la misma carga horaria que la Junta Universitaria ha concedido a los demás docentes que tienen otro cargo en el sector público, por el solo hecho de no tener nombramiento como tal, más aún cuando la dedicación docente de que habla el Art. 149 de la Ley Orgánica de Educación Superior, es establecida en forma abierta sin consideración al tipo de profesor.

**DECIMO:** Probado como está que el accionante, a diferencia de sus compañeros docentes, no ha sido atendido favorablemente en la reducción de la carga horaria capaz de poder continuar en su otro cargo público (dado que la Constitución lo permite siempre y cuando no exista incompatibilidad de horarios), correspondía a la parte accionada, conforme el Art. 87.3 de la Constitución y la uniforme doctrina citada, la demostración contraria de los hechos que el accionante afirma, y, sobre todo, la presentación de pruebas de las cuales se pueda deducir, mediante un juicio de razonabilidad y de proporcionalidad, que, entre el accionante y los demás docentes que se encuentran en la misma situación existen diferencias con más relevancia que la semejanza dada por el hecho de desempeñar igual función docente, y, sobre todo que la decisión de aumentar la carga horaria del accionante y no disminuirla como es su pretensión, en la posibilidad de mantener su otro cargo público, persigue una razón jurídica y motivación legítima que, al fundamento de la razonabilidad, lo cual no encuentra satisfacción en el simple argumento de que el actor tiene nombramiento de servidor administrativo. En efecto, refiriéndose al tema Carlos Bernal Pulido, en su obra El Derecho de los derechos, Sta. Reimpresión, pág. 69 y s., señala: "En un ulterior significado, más restringido, una decisión razonable es una decisión no arbitraria, es decir, fundada en una razón jurídica legítima... Este principio prohíbe los ejercicios del poder público que son abiertamente irrazonables, es decir, ejercidos de un poder que no tenga ninguna motivación y que no tenga en consideración los individuos afectados por el mismo. En este sentido, un acto del Estado será irrazonable cuando carezca de todo fundamento, cuando no tienda a realizar ningún objetivo jurídicamente relevante... Según el criterio depurado por la jurisprudencia constitucional española, existe una violación del principio de igualdad... siempre que se presenta una discriminación, es decir, una diferencia de trato que no tenga una justificación objetiva, razonable y proporcionada...". Bajo esta perspectiva, la decisión cuestionada y más concretamente el trato diferenciado que de ella emana, no encuentra sustento objetivo, razonable y proporcional en la única y simple consideración de que el actor no es docente con nombramiento, más aún cuando la posibilidad de optar por una carga horaria no es ni puede ser una prerrogativa o derecho exclusivo de los docente con nombramiento. Luego, siguiendo la doctrina de Robert Alexy (Teoría de la argumentación jurídica, 2da. Edición, pág. 350 y s.) que a la vez es recogida por el Art. 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (sobre Métodos y reglas de interpretación constitucional), la decisión cuestionada resulta desproporcionada porque el sacrificio del derecho a la igualdad implicaría para el actor

la pérdida de uno u otro trabajo por incompatibilidad de horarios, es decir gravosa, más aún cuando no hay prueba alguna a partir de la cual se pueda concluir que el mantenimiento de las 40 horas como carga horaria, representa para la Universidad una mayor satisfacción al constituir dicho carga horaria una necesidad impostergable y de mayor relevancia para el cumplimiento de su misión.- **DECIMO PRIMERO:** Comprobada la violación del principio-derecho a la igualdad, constantes en los Arts. 11.2 y 66. 4 de la Constitución, es procedente la Acción de Protección sólo para hacer cesar el trato desigual, no así en la parte que pretende el pago de diferencias o ajustes salariales, dado que es criterio reiterado de esta Sala, que debe mantenerlo para garantizar precisamente el derecho a la igualdad, que los asuntos salariales deben solventarse ordinariamente ante la justicia ordinaria y que la justicia constitucional, en casos como el presente, es sólo para hacer cesar inmediatamente el trato desigual o discriminatorio.- Por lo tanto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, esta Sala RESUELVE:** A).- confirmar en lo principal la sentencia subida en grado; y B).- Aceptar parcialmente la impugnación y revocar la sentencia en la parte que ordena a la entidad demandada liquide y pague las diferencias salariales que corresponden al accionante, dado que este es un derecho que tendría que hacerlo valer ante las instancias judiciales ordinarias.- En lo demás, la sentencia queda inalterable.- Ejecutoriada esta sentencia, remítase la misma a la Corte Constitucional en cumplimiento del numeral 5 del Art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador.- f).- **DR. LUIS SEMPERTEGUI VALDIVIESO, JUEZ PROVINCIAL, f).- DR. GALO ARROBO RODAS, JUEZ PROVINCIAL INTERINO, f).- DR. HERNAN CASTILLO CARRION, CONJUEZ.**

Lo que comunico a usted para los fines de ley  
Loja, martes 12 de abril del 2011

El Secretario(a)

**DRA. DIRCE GUZMAN ORDÓÑEZ**  
**SECRETARIA (E) DE LA SALA PENAL DE LOJA**



*Maria Guzmán*