

Memorando Nro. MINEDUC-CGAJ-2013-00884-MEM

Quito, D.M., 25 de septiembre de 2013

PARA: Sr. Ing. Oscar Dayan Valencia Cárdenas
Coordinador General Administrativo y Financiero

ASUNTO: Análisis legal otorgamiento de nombramientos provisionales a los Rectores y Directores de los establecimientos educativos públicos.

De mi consideración:

En atención al memorando No. MINEDUC-CGAF-2013-01086-MEM de 20 de septiembre de 2013, suscrito por su persona, en el cual solicita a esta Coordinación General criterio jurídico a la siguiente pregunta: *¿Cuál es la base legal que facultaría conceder nombramiento provisional a los rectores y directores de establecimientos educativos, ganadores de concursos de méritos y oposición que ya concluyeron el periodo de cuatro años y actualmente se encontrarían prorrogados en sus funciones?*, al respecto se desarrolla a través del presente el siguiente análisis legal:

I.- BASE LEGAL

1.- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

[...] 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia (énfasis añadido).

Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución (énfasis añadido).

Art. 229.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

[...] La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia (énfasis añadido).

Memorando Nro. MINEDUC-CGAJ-2013-00884-MEM

Quito, D.M., 25 de septiembre de 2013

Art. 349.- El Estado garantizará al personal docente, en todos los niveles y modalidades, estabilidad, actualización, formación continua y mejoramiento pedagógico y académico; una remuneración justa, de acuerdo a la profesionalización, desempeño y méritos académicos. La ley regulará la carrera docente y el escalafón; establecerá un sistema nacional de evaluación del desempeño y la política salarial en todos los niveles. Se establecerán políticas de promoción, movilidad y alternancia docente. (énfasis añadido).

2.- LEY ORGÁNICA DE EDUCACIÓN INTERCULTURAL:

Art. 97.- Vacantes.- Las vacantes se producen cuando un docente cesa en sus funciones por renuncia, destitución, jubilación o fallecimiento, o cuando se crea una nueva partida presupuestaria a partir del desdoblamiento de partidas de docentes jubilados o mediante incrementos presupuestarios. (énfasis añadido).

Art. 108.- Vacantes.- La vacante de un cargo directivo de una institución educativa pública se produce cuando su titular cesa en sus funciones por renuncia, destitución, jubilación, fallecimiento o cumplimiento del período para el cual fue designado. Las vacantes también se producirán por la creación de partidas y de nuevas instituciones educativas públicas, en el marco de la Ley y de las resoluciones de las autoridades competentes.

Toda vacante en cargos directivos de una institución educativa pública, se llenará mediante concursos públicos de méritos y oposición, convocados en los medios de comunicación pública (énfasis añadido).

Art. 109.- Cargos Directivos.- Son cargos directivos los rectores, vicerrectores, directores, subdirectores, inspectores y subinspectores. Únicamente se podrá acceder a estos cargos, en las instituciones educativas públicas, a través del concurso de méritos y oposición. Podrán participar en los concursos para acceder a los cargos de rectores y directores, los profesionales de la educación pública, privada o fiscomisional que cumplan con el perfil requerido en la presente ley para el cargo descrito. Los cargos directivos de rectores y directores son parte de la carrera educativa pública y remunerativamente estarán sujetos a la Ley que regule el servicio público. Los docentes fiscales que accedan a cargos directivos de rectores y directores, deberán acreditar por lo menos la categoría "D". Serán declarados en comisión de servicios sin sueldo, y el tiempo que estén en la función directiva contará para el ascenso de categoría en la carrera educativa fiscal.

Los directivos de todos los establecimientos educativos durarán cuatro años en sus funciones y podrán ser reelegidos por una sola vez, siempre que ganen los respectivos concursos públicos de méritos y oposición.

Podrán ser removidos de su función directiva por la Autoridad Educativa Nacional previo sumario administrativo, en los casos que contravengan con las disposiciones determinadas en la presente Ley y demás normativas. En casos de conmovión interna del establecimiento educativo podrán ser suspendidos hasta la resolución del sumario (énfasis añadido).

3.- REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE EDUCACIÓN INTERCULTURAL:

Art. 49.- Junta General de Directivos y Docentes. La Junta General de Directivos y Docentes se

Memorando Nro. MINEDUC-CGAJ-2013-00884-MEM

Quito, D.M., 25 de septiembre de 2013

integra con los siguientes miembros: Rector o Director (quien la debe presidir), Vicerrector o Subdirector, Inspector general, Subinspector general, docentes e inspectores que se hallaren laborando en el plantel.

La Junta General de Directivos y Docentes se debe reunir, en forma ordinaria, al inicio y al término del año lectivo; y extraordinariamente, para tratar asuntos específicos, por decisión de su Presidente o a petición de las dos terceras partes de sus miembros. Las sesiones se deben realizar, previa convocatoria por escrito del Rector o Director, al menos con cuarenta y ocho (48) horas de anticipación.

Son deberes y atribuciones de la Junta General de Directivos y Docentes:

[...] 5. Proponerle, al Nivel Zonal, ternas para el encargo de las funciones de Rector, Vicerrector e Inspector general, en caso de ausencia definitiva, y hasta que se efectúe el correspondiente concurso de méritos y oposición (énfasis añadido).

Art. 306.- Vacante definitiva. Cuando en un establecimiento educativo público se produjere la vacancia definitiva de un cargo directivo, sea por vencimiento del periodo del cargo, remoción, destitución, jubilación, renuncia voluntaria o fallecimiento, la autoridad de mayor jerarquía convocará inmediatamente a la Junta General de Directivos y Docentes a fin de integrar la terna que debe ser presentada ante el Nivel Zonal para que se proceda al análisis y encargo de la función mientras se realiza el concurso de méritos y oposición correspondiente [...].

4.- CRITERIO EMITIDO POR LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO (OFICIO No. 02700 DE 6 DE JULIO DE 2011):

"[...] se concluye que los profesionales de la educación que prestan servicios en establecimientos públicos y fiscomisionales, pertenecen a la carrera docente pública según el artículo 93 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, y por tanto están sujetos a esa Ley Orgánica en lo atinente a sus derechos y obligaciones específicos, sanciones, requisitos especiales de ingreso a la carrera docente pública mediante concurso, así como prohibiciones para el ingreso a dicha carrera; traslados, ascensos, evaluaciones y promociones; categorización en el escalafón del magisterio nacional, entre otras materias reguladas por la Ley Orgánica de Educación Intercultural, cuyas disposiciones tienen el carácter de normas especiales respecto de las que sobre las mismas materias constan en la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), que establece el régimen general aplicable a los servidores públicos y que, por tanto, es aplicable a los docentes públicos solo en forma subsidiaria, esto es, en lo no previsto en forma expresa por la Ley Orgánica de Educación Intercultural" (énfasis añadido).

5.- LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO, LOSEP:

Art. 17.- Clases de Nombramiento.- Para el ejercicio de la función pública los nombramientos podrán ser:

a) Permanentes: Aquellos que se expiden para llenar vacantes mediante el sistema de selección previstos en esta Ley;

b) Provisionales, aquellos que se expiden para ocupar:

[...] b.3) Para ocupar el puesto de la servidora o servidor que se encuentre en comisión de servicios sin remuneración o vacante. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada comisión (énfasis añadido).

Memorando Nro. MINEDUC-CGAJ-2013-00884-MEM

Quito, D.M., 25 de septiembre de 2013

6.- REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO:

Art. 18.- Excepciones de nombramiento provisional.- Se podrá expedir nombramiento provisional en los siguientes casos:

[...] c.- Para ocupar un puesto cuya partida estuviere vacante hasta obtener el ganador del concurso de méritos y oposición, para cuya designación provisional será requisito básico contar con la convocatoria. Este nombramiento provisional se podrá otorgar a favor de una servidora, un servidor o una persona que no sea servidor siempre que cumpla con los requisitos establecidos para el puesto [...]

Necesariamente tiene que existir la partida correspondiente y no se les puede dar nombramientos provisionales a través de la celebración de contratos de servicios ocasionales (énfasis añadido).

II.- ANÁLISIS LEGAL Y CRITERIO

La disposición contenida en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador establece el principio de legalidad conforme el cual los servidores públicos deben ejercer sus funciones, en el marco de las competencias y facultades determinadas por la propia Constitución y la ley: no es posible por tanto desbordar este acervo competencia, so pena de nulidad de lo actuado. El mismo artículo reafirma la necesidad de coordinación entre quienes trabajan en ejercicio de la potestad pública, a fin de garantizar el cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales.

Según lo establecido por el artículo 109 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural (LOEI), los cargos directivos dentro de las instituciones deben ser llenados en primera instancia a través de concursos de méritos oposición. Por otra parte, en los artículos 97 y 108 se establece las circunstancias en las cuáles se debe entender que se producen las vacantes de los docentes y de los cargos directivos de una institución educativa pública. Para el caso particular de la consulta, la vacante al cargo directivo se produce, entre otras, por el cumplimiento del periodo para el cual fue designado y esta vacante se llenará mediante concursos de méritos y oposición. En consecuencia y en estricto apego a lo establecido en la ley, mal podría referirse a este caso como a cargos prorrogados en funciones, lo cual es una figura no contemplada dentro del marco jurídico en cuestión. Efectivamente, quienes fueron designados para ocupar un cargo directivo, deberían cesar en su ejercicio.

En concordancia con lo antes citado, bajo el régimen jurídico vigente, es el Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural (RLOEI) el que contempla de forma expresa el mecanismo a seguirse a fin de llenar esta vacante (artículo 306 en concordancia con el artículo 49 número 5). De tal manera, el mencionado Reglamento señala que, generada una vacante definitiva y mientras se declare al ganador del respectivo concurso, será la denominada Junta General de Directivos y Docentes la responsable de proponer al Nivel Zonal ternas para el *encargo* de las funciones de Rector, Vicerrector e Inspector General, en caso de vencimiento del periodo del cargo. Según lo señala el mismo artículo 306 del RLOEI, esta Junta General de Directivos y Docentes debe ser convocada por la autoridad de mayor jerarquía inmediatamente tras la generación de la vacante.

Sin perjuicio de lo dicho, y en concordancia con el criterio jurídico vinculante emitido por la Procuraduría General del Estado y el artículo 353 del RLOEI, se mantiene que el régimen general

Memorando Nro. MINEDUC-CGAJ-2013-00884-MEM

Quito, D.M., 25 de septiembre de 2013

contemplado en la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) se constituye en la norma subsidiaria para todo lo no previsto en el régimen jurídico especial de la LOEI y su Reglamento General. En consecuencia, se puede atender a lo dispuesto en la LOSEP, en todo aquello no contemplado expresamente en la LOEI, con el objetivo de subsanar eventuales vacíos dentro de un sistema jurídico que debe entenderse como lógico y completo. Lo contrario no solo que devendría en la inacción de los partícipes del sistema so pretexto de falta de norma, sino que más allá de ello, contravendría con el ejercicio efectivo de las competencias públicas diseñadas para dar eficacia a los derechos y garantías de las personas involucradas.

Tomando en consideración lo expuesto, esta Coordinación Jurídica reitera que existe un mecanismo explícito del proceder de la administración pública en cuanto a la carrera docente para llenar una vacante de manera temporal (encargo) y que debería por tanto ejecutarse en primera línea. Para su efectiva realización, existen responsables de su convocatoria (autoridad de mayor jerarquía institucional) que, en caso de no cumplir con dicho deber legal, incurrirían en varias de las prohibiciones establecidas en el artículo 132 de la LOEI (entre otras, aquellas señaladas en los literales f, l, p, s, z). En tal sentido, podría promoverse su sanción para su efectivo cumplimiento.

No obstante, ciertamente podría suceder que pese darse la convocatoria, la Junta General de Directivos y Docentes no pueda cumplir con su labor, sea por legítima falta de acuerdo entre sus integrantes, falta de quorum u otras circunstancias varias, en cuyo caso, si bien podría insistirse en la competencia de la mencionada Junta para establecer la terna y de ella la competencia del nivel zonal para designar a la autoridad encargada, se observa que de dilatarse el desarrollo de este proceso, podría devenir en ineficiente y claro perjuicio del normal desarrollo de las actividades del establecimiento educativo y de los derechos de los niñas, niños y adolescentes que forman parte de él. Esta inaplicabilidad o imposibilidad del mecanismo de designación a través de la Junta, no se ha contemplado en el régimen jurídico de la LOEI y por tanto podría resultar en mal mayor, entendido este como la vacancia prolongada del puesto (rector/vicerrector) mientras se concluye con el proceso de concursos de méritos y oposición. Por lo tanto, es criterio de esta Coordinación que, aplicando la supletoriedad de la LOSEP, se podría realizar el nombramiento provisional para ocupar el puesto vacante según lo dispuesto en el artículo 17 letra b.3 de la LOSEP y el artículo 18 letra c de su Reglamento General, es decir, únicamente hasta que se obtenga el ganador del concurso de méritos y oposición que debe necesariamente estar ya convocado. A la par, subsistiría también la obligación de convocar a la Junta General de Directivos y Docentes por lo que, de cumplir con su cometido y designarse a un encargado a través del nivel zonal, quedaría insubsistente el nombramiento provisional al que se hace referencia en este criterio. Es por tanto deber de la Autoridad Nacional Educativa y sus unidades desconcentradas conminar a que se cumpla con lo establecido en el artículo 306 del Reglamento General a la LOEI, so pena de la aplicación a las autoridades competentes de las sanciones que correspondan.

Con ello me remito de usted,

Atentamente,


Abg. Jorge Gonzalo Fabara Espin

COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA, SUBROGANTE



Memorando Nro. MINEDUC-CGAJ-2013-00884-MEM

Quito, D.M., 25 de septiembre de 2013

Copia:

Srta. Dra. Beronica María Reinoso Tipan
Directora Nacional de Normativa Jurídico Educativa

br