



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

AREA SOCIO HUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**“Del régimen laboral de las servidoras y servidores públicos en la
Legislación Ecuatoriana”**

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

AUTORA: Rivera Armijos, Esperanza de Jesús

DIRECTOR: Jiménez Larriva, Paúl Esteban, Mgs.

CENTRO UNIVERSITARIO QUITO

2014

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Doctor

Paúl Esteban Jiménez Larriva

DOCENTE DE LA TITULACION

De mi consideración:

En presente trabajo de fin de maestría de nominado: “Del Régimen Laboral de las Servidoras y Servidores Públicos en la Legislación Ecuatoriana” realizado por la Dra. Esperanza de Jesús Rivera Armijos, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Quito, marzo 7 del 2014

f)

Dr. Paúl Esteban Jiménez Larriva

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo, Esperanza de Jesús Rivera Armijos, declaro ser autora del presente trabajo de fin de maestría “ Del Régimen Laboral de las Servidoras y Servidores Públicos en la Legislación Ecuatoriana” de la Titulación Magíster en Derecho Administrativo, siendo el Doctor Paúl Esteban Jiménez Larriva, Director del presente trabajo; y, eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

Quito, marzo 7 del 2014

f)

Autor: Esperanza de Jesús Rivera Armijos

Cédula 1707167431

DEDICATORIA

La presente investigación representa mis esfuerzos y sacrificios, se la dedico en especial a Dios, por haberme dado la sabiduría e inteligencia, la salud y fortaleza, para cumplir con cada una de mis metas.

A los dos amores de mi vida, Mayra Alejandra y Francisco Xavier Vega Rivera, hijos maravillosos y por demás comprensibles, que no les importó que yo les restara su precioso tiempo, por eso son mi motivación, inspiración y puntal principal, de no haber sido por ellos jamás hubiera culminado con éxito esta maestría.

AGRADECIMIENTO

Mi eterna gratitud a la Universidad Técnica Particular de Loja, por haberme abierto las puertas para que yo realice mis estudios en la carrera de Derecho, empezando por el Pregrado y terminando con una Maestría en Derecho Administrativo, a mi Director de Tesis el Mgs. Dr. Paúl Esteban Jiménez Larriva, quienes me han apoyado en esta etapa de formación profesional.

A mis hijos por esa comprensión en no poderles brindar todo el tiempo necesario que ellos se merecen para que yo pueda cumplir en un 100 % mi rol de madre.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CERTIFICACIÓN DEL DIRECTOR	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS	vi
RESUMEN	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN	3
CAPITULO I	5
1 MARCO CONSTITUCIONAL LABORAL VIGENTE EN EL ECUADOR	5
1.1 Supremacía Constitucional	9
1.2 Principios y normas constitucionales que protegen los derechos de servidoras y servidores públicos en el ámbito laboral	17
1.2.1 Antecedentes Históricos	17
1.2.2 Definición	19
1.2.3 Principios Constitucionales de la Administración Pública	22
1.2.3.1 Principio de Legalidad	23
1.2.3.2 Principio de Impugnabilidad	27
1.2.3.3 Principios de Eficacia y Eficiencia	27
1.2.3.4 Principio de Calidad	30
1.2.3.5 Principio de Jerarquía	31
1.2.3.6 Principio de Desconcentración	32
1.2.3.7 Principio de Descentralización	33
1.2.3.8 Principio de Coordinación	34
1.2.3.9 Principio de Participación	35
1.2.3.10 Principio de Planificación	37
1.2.3.11 Principio de Transparencia	38
1.2.3.12 Principio de Evaluación	40
1.3 Principios y normas constitucionales que protegen los derechos de obreras y obreros del sector público sujetos al código del trabajo	41
1.3.1 Principio Protectorio	45
1.3.1.1 Principio "In Dubio Pro Operario"	45
1.3.1.2 El Principio de "la norma más favorable"	45
1.3.1.3 Principio de la Regla de la Condición más Beneficiosa	45
1.3.2 Principio de Irrenunciabilidad	46

1.3.3 Principio de Continuidad	46
1.3.4 Principio de Primacía de la Realidad	46
1.3.5 Principio de Razonabilidad	47
1.3.6 Principio de Buena Fe (Bona Fe)	48
1.3.7 Principio de no Discriminación	49
CAPITULO II	51
2 RÉGIMEN LABORAL DE LOS SERVIDORES Y SERVIDORAS PÚBLICOS DE ACUERDO A LA LOSEP	51
2.1 El Servicio Público	52
2.1.1 Objeto de la Administración Pública	54
2.2 Del nombramiento o contrato de trabajo como servidora o servidor Público	55
2.2.1 Naturaleza Jurídica	55
2.3 Elementos indispensables del servicio público	59
2.3.1 Los Servidores Públicos	60
2.3.2 Bienes	60
2.3.3 Recursos Financieros	60
2.3.4 Necesidad de Carácter General	61
2.3.5 Régimen Jurídico Especial	61
2.4 Características	61
2.5 Requisitos	62
2.6 Formas de extinguirse	63
CAPITULO III	66
3 EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO	66
3.1 Definición	67
3.2 Partes que intervienen en el contrato individual de trabajo	70
3.2.1 Patrono	70
3.2.2 Trabajador	72
3.3 Clasificación de los contratos individuales de trabajo	72
CAPITULO IV	81
4 ANÁLISIS COMPARATIVO DEL ÁMBITO LABORAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS CONTENIDO EN LA LOSEP Y EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO	81
4.1 Semejanzas y diferencias	82
4.2 Necesidad o no de reformas a las normas vigentes	89
4.3 Trabajadores y obreros, semejanzas y diferencias	89
4.3.1 Trabajador	89
4.3.2 Clase Obrera	91

CAPITULO V	94
5.- DISEÑO METODOLOGICO	94
CAPITULO VI	96
6.- DISCUSIÓN DE RESULTADOS Y ANÁLISIS	96
6.1 Verificación de objetivos	97
6.2.- Contrastación de hipótesis	98
CONCLUSIONES	100
RECOMENDACIONES	102
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	105

RESUMEN EJECUTIVO

La Constitución de la República y la LOSEP, establecen el régimen laboral de los servidores públicos en dos clases: los sujetos a la LOSEP, y los sometidos al Código Laboral.

Es necesario delimitar el régimen laboral que rige al sector público por la confusión de términos utilizados, el inciso tercero del Art. 229 de la Constitución dice: "Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo" y el Art. 4 inciso segundo de la LOSEP estipula: "Las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo". A mi criterio existe error de conceptos en la LOSEP por cuanto emplea el término trabajador para singularizar a obreras y obreros, lo cual contradice lo dispuesto en el art. 9 del Código Laboral, pues aquí se distingue a los trabajadores entre empleados y obreros; por ello es necesario un estudio de las instituciones jurídicas que protegen a los servidores públicos, para analizar sus semejanzas y diferencias y establecer si cabe o no una reforma a la LOSEP o es suficiente la prevalencia de la norma constitucional.

Palabras clave: Trabajador, empleado, obrero

ABSTRACT

The Constitution of the Republic and the LOSEP establish the terms of employment of public servants into two classes: those subject to LOSEP, and subject to the Labour Code.

It is necessary to define the labor regime governing the public sector by the confusion of terms used , the third paragraph of Article 229 of the Constitution says: The workers and public sector workers will be subject to the Labour Code " and Section 4, subsection second of LOSEP states: " the workers of the public sector are subject to the Labour Code." In my view there is error in LOSEP concepts because worker uses the term to single out workers and laborers, which contradicts the provisions of art. 9 of the Labor Code , as workers here distinguishes between employees and workers , which is why a study of legal institutions that protect public servants need to analyze their similarities and differences and whether or not it is an amendment to the LOSEP enough or the prevalence of the constitutional provision.

Keywords: worker , employee , laborer.

INTRODUCCIÓN

Mi trabajo de investigación tiene como finalidad determinar el régimen jurídico laboral que rige a los servidores públicos señalados en los Arts. 229 de la Constitución y 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, a través del análisis de los principios, normas, doctrina y jurisprudencia aplicable a cada uno, para establecer la existencia o no de un vacío legal y proponer una reforma de ley.

La tesis se encuentra estructurada en aspectos esenciales que permiten desarrollar y analizar los contenidos científicos, doctrinarios, jurídicos y de campo necesarios para la comprobación positiva de mi trabajo de investigación científica y que explico sintéticamente a continuación:

La revisión del marco teórico se constituye en el apartado estructural que permite analizar los contenidos conceptuales, doctrinarios y jurídicos, es así que todo el contenido temático se encuentra dividido en cuatro capítulos. En el capítulo I denominado “Marco constitucional laboral vigente en el Ecuador”, se analizan aspectos como la supremacía de la Constitución, los principios y normas constitucionales que protegen los derechos de los servidores (as) públicos y obreros (as) en el ámbito laboral; en el capítulo II titulado “régimen laboral de los servidores y servidoras públicos de acuerdo a la LOSEP”, se analiza el servicio público, lo relativo al nombramiento o contrato de trabajo como servidora o servidor público, los elementos indispensables del servicio público, las sus características, requisitos y formas de extinguirse; en el capítulo III, “el contrato individual de trabajo”, se da una definición del mismo, se señalan las partes que intervienen en el contrato individual de trabajo y se hace una análisis de la clasificación de los contratos individuales de trabajo; en el capítulo IV llamado “análisis comparativo del ámbito laboral de los servidores públicos contenido en la LOSEP y en el Código del Trabajo”, analizo las semejanzas y diferencias encontradas en ambos cuerpos normativos, se hace la comparación de los significados de ambos términos y se analiza la necesidad o no de reformas a las normas vigentes; existe además un V y VI capítulos en donde se efectuó una discusión sobre los resultados obtenidos de la investigación, concretamente se efectúa la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis.

Los apartados finales de conclusiones, recomendaciones y propuesta jurídica de reforma, que son producto de toda la acción investigativa desplegada en el presente trabajo que pongo a disposición de las autoridades, docentes y estudiantes de la Escuela de Ciencias Jurídicas de esta prestigiosa Universidad.

Para dar solución al problema planteado ha sido necesario efectuar un estudio comparativo de las instituciones jurídicas que protegen a los servidores públicos para establecer que normas deben ser aplicadas, lo cual permitió identificar los parámetros legales que a cada servidora, servidor, obrera u obrero público corresponda, con lo cual se pudo identificar la falta de armonía de nuestra legislación y se propuso un proyecto de reformas que solucione el problema.

Al iniciar el trabajo de tesis, en el proyecto se plantearon algunos objetivos, un general y cuatro específicos y luego de haber desarrollado la investigación, puedo manifestar que he cumplido y verificado todos los objetivos, esto principalmente con el sustento analítico, doctrinario y crítico que se constata en el avance de la tesis en base a todo el estudio minucioso que se ha realizado en nuestra legislación laboral, principalmente de la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica del Servicio Público y el Código del Trabajo.

El desarrollo del presente trabajo investigativo, no fue fácil, pues he tenido varios inconvenientes y limitantes a la vez que han hecho duro pero no imposible el culminar este trabajo, el primero de ellos y considero el más relevante ha sido el tiempo, pues he tenido que atender mis responsabilidades que tengo como servidora pública, madre de familia, esposa y por supuesto como estudiante, por lo cual he sacrificado tiempo que debía dedicar a mis seres queridos, pero en fin de cuentas este esfuerzo es por el beneficio de todos.

También surgieron algunas facilidades u oportunidades, ya que como indiqué anteriormente como servidora pública conozco de la problemática planteada, la he palpado y eso contribuyó si se quiere a la elaboración de los contenidos temáticos, a su análisis y crítica. Además he tenido acceso a las diferentes fuentes bibliográficas utilizadas en este trabajo, lo que me ayudó al término de esta investigación.

La metodología empleada en esta investigación, refirió al método Inductivo, que desde lo particular a lo general desarrolló habilidades y estrategias en el aprendizaje de la institución objeto del estudio que luego fueron transmitidas; el Deductivo, que permitió realizar distintas presunciones, sostenidas en las ventajas y desventajas de la aplicación de las diferentes normas, llegando a hechos particulares que permitió entender mejor la investigación, y sobre estas bases levantar el proyecto de reformas planteado; y, el Comparativo, que asintió hacer un análisis comparativo de las normas y los efectos que producen en su correcta aplicación.

Se emplearon técnicas como recolección, procesamiento y análisis de datos, fichas bibliográficas, etc. para organizar el conocimiento gradualmente.

CAPITULO I

1.- MARCO CONSTITUCIONAL LABORAL VIGENTE EN EL ECUADOR

El pueblo ecuatoriano mediante Consulta Popular realizada el 15 de abril de 2007, expresó su voluntad de convocar a una Asamblea Constituyente a fin de promulgar una nueva Constitución que transforme el marco institucional del Estado ecuatoriano; elaborada la nueva Constitución de la República del Ecuador y junto con el de Régimen de Transición, fueron aprobados por el pueblo ecuatoriano mediante referéndum efectuado el 28 de septiembre de 2008 y publicados en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, entrando en plena vigencia y con ella la Disposición Derogatoria de la Constitución de 1998, bajo la cual en el Ecuador regía una “concepción ideológica de un *Estado liberal de derecho...*”¹ ; que para opinión del Dr. Jorge Zavala Egas² era un sistema en el cual y cito:

... El poder público actúa conforme a la ley, donde desaparece la voluntad del gobernante como manifestación y sede de la soberanía y en su lugar se entroniza un gobierno de la ley, que es la expresión de la voluntad del pueblo, el soberano y desde esa fecha nace el Estado constitucional con fuertes elementos del Estado garantista: la vinculación de los derechos fundamentales de todo el Estado, su eficacia directa e inmediata, un sistema de garantías normativas y judiciales idóneo, aunque incompleto, pero por su carencia de independencia de la interpretación constitucional del poder legislativo se mantiene con un fuerte rezago de la concepción legal del Estado. Antes de 1998, así concebía la ley, queda excluida de todo control, dado que la soberanía como poder *legibus solutus* no puede ser objeto del mismo. (ZAVALA, 2009).

Con esta concepción *ideológica* vigente hasta el año indicado, en el Ecuador se construye el Estado, fue el reino de la Ley, concebida como norma general y abstracta, pues su generalidad y alejamiento de casos concretos eran garantía de la justicia para todos y de la voluntaria sujeción de todos a ella. La ley en sentido formal era el distintivo del Estado, las constituciones;

Terminaron siendo meras cartas políticas y los proclamados derechos constitucionales sólo tendrían eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera y con el alcance que la ley les diera de manera que no constituían un límite a la legislación. (ABELLÁN & GARCÍA FIGUEROA, 2005, pág. 21)

El Estado así estructurado se caracteriza básicamente por:

¹ ZAVALA, Egas Jorge.- *Apuntes Sobre Neoconstitucionalismo Acciones De Protección Y Ponderación Acción De Inconstitucionalidad Proceso Constitucional.- Única Edición.- 2009.- Pág.15*

²ZAVALA, Egas Jorge.- *Obra citada.*

- 1) El reconocimiento del carácter normativo superior de la ley;
- 2) La aplicación de la Constitución, esto es, su concreción normativa a través de la ley; y,
- 3) La jurisprudencia interpretativa de la ley, vía recurso de casación, era la fuente primaria del derecho.³ (ZAVALA, 2009).

Con la nueva Constitución no solo entramos a “*una época de cambios, sino además en un cambio de época*”⁴. (CORREA DELGADO, 2007).

El nuevo Estado constitucional se encuentra en plena transformación porque involucra diversos niveles de profundidad variable y se proyecta en distintas latitudes; se inició con planteamientos teóricos, es decir, con discursos que explicaban el significado de lo que conlleva la nueva Constitución, los derechos fundamentales, las normas, los principios, su interpretación sobre la base de la proporcionalidad, el razonamiento la ponderación etc.

Estas doctrinas se derivan de las aportaciones realizadas por las teorías neoconstitucionalistas, de gran importancia e impacto en varios países de América Latina, entre ellos Ecuador.

En la actualidad el neoconstitucionalismo asume diferentes presupuestos que muchas veces provocan confusiones, sin embargo hay que tomar en cuenta que

“Para el neoconstitucionalismo el Estado en su conjunto tiene una función instrumental, pues debe estar al servicio de la satisfacción de los derechos fundamentales”⁵. (ÁVILA, 2009).

Bajo estos criterios, el Estado no se justifica a sí mismo.

La racionalidad, autosuficiente de una burocracia que se enriquece en el ejercicio del poder público y cuya única finalidad es eternizarse en su tarea de usufructuar el

³ ZAVALA, Egas Jorge. *Obra citada*. Pág. 15

⁴ CORREA Delgado Rafael.- <http://www.voltairenet.org/Rafael-Correa-nivelar-por-arriba>

⁵ ÁVILA, Santamaría Ramiro.- *Neoconstitucionalismo y Sociedad*.- Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad.- Copyright.- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.- 2009

aparato gubernamental es desechada por los teóricos neoconstitucionalistas.⁶
(ÁVILA, 2009).

La teoría neoconstitucionalistas debe vincularse con la realidad actual, y con el momento histórico del cual somos protagonistas por representar un reto de gran dimensión, pero que debemos vivirlo sin dejar de mirar atrás, para tener conciencia de una correcta valoración de su impacto. “Es decir, entre el hecho histórico y su narración debe mediar un cierto número de años”⁷. (ÁVILA, 2009). Esto se justificará con el transcurso del tiempo, que será el factor que nos permitirá evaluar objetivamente los distintos acontecimientos; así como su importancia, esta situaciones en poco tiempo no es medible; porque no permite asimilar si un hecho es importante y trascendental o no, a veces puede parecerlo, sin embargo, transcurrido el tiempo podría ya nadie acordarse; por ello los juristas y estudiosos del derecho constitucional deben tomar en cuenta todos los hechos que representen retos de dimensiones impresionantes para ser evaluados; y todas las teorías que nazcan de sus análisis deben estar fundamentados en objetivos e hipótesis adecuados, proporcionales y pertinentes vinculados con los factores en estudio y a los cuales nos enfrentamos.

Aspiremos a que con el nuevo marco institucional creado con la promulgación de la nueva Constitución (2008), el Ecuador se enrumbe en un nuevo futuro de cambio, que nos lleve a seguir avanzando en el desarrollo a fin de salir de la pobreza y construyamos:

Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*;

Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;

Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana – sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra;...⁸. (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008).

La Sección Octava al referirse al trabajo en el Art. 33 de nuestra Constitución dice: El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y

⁶ ÁVILA, Santamaría Ramiro.- *Neoconstitucionalismo y Sociedad.*- Serie Justicia y Derechos Humanos *Neoconstitucionalismo y Sociedad.*- Copyright.- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.- 2009

⁷ , Santamaría Ramiro.- *Neoconstitucionalismo y Sociedad.*- Serie Justicia y Derechos Humanos *Neoconstitucionalismo y Sociedad.*- Copyright.- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.- 2009

⁸ CONSTITUCIÓN del Ecuador 2008.- *Preámbulo.*

base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, claramente lo consagra la actual Constitución; en el Ecuador, toda persona tiene derecho a un trabajo digno y socialmente útil, por lo que es obligación del Estado la creación de empleos y la fijación de salarios unificados suficientes para satisfacer las necesidades normales del trabajador y su familia.

El trabajo es un derecho constitucional, sea en el sector público o en el privado el Estado vigilará que se lo cumpla como un derecho de carácter social, necesario y vital, vigilará además que se desarrolle en un ambiente adecuado y digno para hacernos sentir bien y así proveernos de bienes materiales y de consumo, este mandato constitucional exige además respeto para las libertades laborales y dignidad del trabajador sea empleado u obrero público o privado, quien presta sus servicios lícitos y personales y lo debe efectuar en condiciones que aseguren vida sana, buena salud y un nivel económico decoroso, solo así se cumplirá con parte del objetivo del buen vivir.

1.1.- Supremacía constitucional

La nueva Constitución del Ecuador, promulgada en el año 2008, en el Art. 1 dice:

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

En virtud del contenido de este artículo se produce el cambio de un Estado Social de Derecho a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia; por lo tanto debe atenderse a lo establecido en los artículos 11 numerales 3 y 5; y, 426 de la Constitución de la República del

Ecuador vigente, que básicamente establecen los principios de eficacia normativa, aplicación directa e inmediata y de favorabilidad de la efectiva vigencia de los derechos y de las normas de la Constitución, en especial las referentes a las garantías para el cumplimiento de los derechos, sin que se pueda alegar la inexistencia de normas secundarias para inaplicarlas, justificar la violación o su desconocimiento, negar su reconocimiento o desechar las acciones provenientes de su ejercicio, por lo que se acoge su naturaleza de plenamente justiciables.

A partir de la vigencia de la nueva Constitución, la competencia del Tribunal Constitucional, depende del ordenamiento jurídico-político que nació, orientado a la defensa de la Constitución mediante el análisis del contenido constitucional desde los puntos de vista: dogmático y orgánico; de ahí que la Corte Constitucional debe cumplir entre otras, las siguientes funciones:

- a) *Defender* los derechos fundamentales de las personas naturales y jurídicas en sus dos elementos básicos subjetivo y objetivo; por ser sobre los cuales se sustenta el orden constitucional;
- b) *Defender el* control de la constitucionalidad de las normas con rango de ley, de los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública, de los actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado y de ser el caso proceder a la expulsión del ordenamiento jurídico de las que resultasen contrarias a la Constitución; y,
- c) Emitir resoluciones sobre conflictos constitucionales, producidos entre los órganos constitucionales del Estado que coincidan con los poderes clásicos, siempre que se vinculen a la esfera de la constitucionalidad y no al ámbito de la legalidad.

De lo analizado anteriormente se desprende que corresponde a la Corte Constitucional, como ente propio y surgido de la conceptualización doctrinaria del Estado Constitucional, tres atribuciones:

1. Interpretar en forma exclusiva la Constitución;
2. Ejercer el control de constitucionalidad; y,
3. Administrar justicia en materia constitucional.

Estas atribuciones nacen con la actual Constitución por obedecer a un diseño estatal diverso; por existir nuevas garantías para el cumplimiento de los derechos y el nacimiento de nuevas competencias atribuidas a la Corte Constitucional por ser éstas directa e

inmediatamente aplicables; por ello los artículos 429 y 436 numeral 1 de nuestra Constitución establecen, que la Corte Constitucional es el máximo órgano de interpretación de la Constitución; y que, por tanto, tiene la atribución de interpretar sus normas; por ello resulta necesario singularizar el alcance de los principios de eficacia normativa y aplicación directa e inmediata de la Constitución.

Para comprender mejor, lo anteriormente mencionado, es necesario realizar el siguiente análisis histórico:

“... históricamente en Occidente existen dos sistemas jurídicos principales: el del *Common Law* y el *Europeo Continental*.”⁹ (FIORAVANTI, 1998)

El modelo constitucional francés, también conocido como modelo constitucional continental, está asociado y se remite a dos conceptos jurídicos muy conocidos en el derecho liberal: Estado de Derecho y la primacía de la ley frente a la administración, la jurisdicción y los propios ciudadanos.¹⁰ (ZAGREBELSKY, 1995)

La conversión de la Ley en fundamento y límite del ordenamiento, supone la reducción del Derecho a la ley y la sumisión a ella de todas las otras fuentes, lo que significa que en este modelo, la ley no se encuentra sujeta a ninguna norma superior.

En el modelo constitucional francés, la Constitución queda reducida a una mera declaración política de principios¹¹ (JELLINEK., 2000);y por ende, se asiste a la formación de una cultura jurídica basada en la supremacía de ley, como la única manifestación jurídica idónea de la voluntad general, de tal suerte que la Constitución queda reducida en este esquema a un elemento accesorio y dependiente de la formulación legal.

Este primer modelo constitucional liberal se modifica con la aparición del Estado Social en Europa. El Estado Social es un Estado que interviene directamente en el orden económico (dirigiendo y ordenando el desarrollo y la actividad productiva) y en el ámbito social

⁹ Sobre el particular Ver: Fioravanti M. *Los Derechos Fundamentales, Apuntes de Historia de las Constituciones*, editorial Trotta, Madrid, 1998.

¹⁰ Zagrebelsky G. *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid 1995, P.24

¹¹ Según Jellinek, uno de los más brillantes descriptores del modelo constitucional europeo clásico, “La Constitución de los Estados abarca, (...) los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción y por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado. Ver: Jellinek G. *Teoría General del Estado*, FCE, México 2000.

(prestando servicios y desarrollando políticas sociales); cambio que lleva aparejada también una transformación de las fuentes del derecho y particularmente, de la Constitución.

Con el nuevo paradigma constitucional, la Constitución deja de ser un programa político y se convierte en norma jurídica, acercando el modelo continental europeo al modelo del *Common Law* norteamericano, debiendo recordarse que en la tradición jurídica norteamericana, quien crea el derecho es el juez constitucional y quien establece el procedimiento de producción y unificación del ordenamiento jurídico es el control constitucional,¹² siendo la propia Constitución considerada como una norma jurídica directamente aplicable, al tiempo que constituye fuente del resto del ordenamiento jurídico; lo que Kelsen recogió al indicar que las Constituciones no son solamente “reguladoras de la creación de leyes, sino de su contenido material”, es decir, que además fijan “derechos fundamentales que se convierten en principios, direcciones y límites para el contenido de las leyes futuras”.¹³ (SILVA, 2008).

Riccardo Guastini procesa el debate jurídico sostenido entre realistas norteamericanos, neiusnaturalistas alemanes y norteamericanos; y neopositivistas italianos y escandinavos, estableciendo la eficacia normativa y aplicación directa de la Constitución como pilares fundamentales del nuevo paradigma constitucional en las siguientes condiciones:

- a) La existencia de una Constitución rígida, que en consecuencia no sea fácilmente modificable por la legislación ordinaria;
- b) Garantías judiciales que permitan el control de la conformidad de las leyes con la Constitución;
- c) Fuerza vinculante de la Constitución, que implica el paso de la consideración del texto como un cuerpo declarativo a la aceptación de su carácter de norma jurídica real y de efectiva aplicación;
- d) Interpretación extensiva del texto constitucional que se verifica en la presencia de sus principios y normas sobre todo el ordenamiento jurídico, haciendo posible a través de los mismos buscar soluciones a los problemas jurídicos más simples;

¹² Esta circunstancia se explica debido a la obsesión contra mayoritaria propia de la Revolución Americana.

¹³ Silva Portero, C. *Las Garantías de los Derechos, en Neoconstitucionalismo y Sociedad, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 63, Quito, agosto 2008.*

- e) Directa aplicación de la Constitución para resolver no solo los conflictos entre los poderes del estado o entre este y las personas, sino también para resolver los conflictos entre particulares;
- f) Interpretación constitucional de las leyes; y,
- g) Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas que se traduce en que los órganos de control de constitucionalidad puedan analizar la fundamentación política de las normas.¹⁴ (MORALES VITERI, 2008)

La aplicación y eficacia directa de la Constitución implica que los jueces y los demás operadores jurídicos, incluyendo los particulares, habrán de tomar a la Constitución como una regla de decisión, con las siguientes consecuencias:

- a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales, para determinar de forma legítima si hacen parte o no del ordenamiento jurídico;
- b) en la solución concreta de conflictos jurídicos habrá de aplicarse directamente la Carta fundamental; y,
- c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución.¹⁵ (DE OTTO, 1997).

En el plano teórico, el reconocimiento de la eficacia directa de la Constitución, significa desde un punto de vista estricto, que los jueces podrán y deberán servirse de la Constitución para interpretar la ley o para completarla, lo cual significa que la norma superior se aplica, en lugar de, frente a, o por lo menos, junto al resto del ordenamiento.¹⁶ (HAMILTON, 1987).

El principio de eficacia directa implica que cualquier operador jurídico habrá de aplicar por sí mismo la Constitución, aun cuando el legislador no haya dado cumplimiento a sus prescripciones y aun cuando no haya funcionado correctamente el control de constitucionalidad.

La consecuencia práctica de que la Constitución sea “fuente del derecho sin más”, es que aquellos “temas fundamentales” del ordenamiento jurídico, que en el paradigma del Estado

¹⁴ Morales Viteri, J. *Democracia Sustancial: Sus elementos y conflicto en la práctica, en Neoconstitucionalismo y Sociedad, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 8, Quito, agosto 2008, refiriéndose a Ricardo Guastini.*

¹⁵ De Otto, I. *Derecho Constitucional sistema de fuentes. p. 76. Editorial Ariel, Barcelona, 1997.*

¹⁶ Los padres fundadores de la Constitución norteamericana, y particularmente Alexander Hamilton, tuvieron muy claro la idea de la superioridad y aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces, quien tienen la obligación de protegerla cuando se generen conflictos con las leyes. Sobre el particular Ver: Hamilton, A. *El Federalista, FCE, México, 1987, Carta 78.*

liberal eran materia de la ley, ahora, en el paradigma de la constitucionalidad, son regulados directamente por la Constitución.

Sin embargo, el ordenamiento constitucional ecuatoriano desde su origen, a comienzos del siglo XIX, ha sido influenciado exclusivamente por el paradigma constitucional Europeo Continental y por ello, a pesar de la gran cantidad de cambios constitucionales que ha sufrido el país,¹⁷ el sistema de fuentes que ha regido en Ecuador es sustancialmente el mismo desde el origen de la República, y solo ha variado con la publicación de la nueva Constitución.

El Tribunal constitucional en pleno lo que hace es afirmar que efectivamente, la Constitución de 2008 crea un Estado Constitucional de Derechos y justicia, cuyos rasgos básicos son:

- 1) El reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución;
- 2) La aplicación directa de la Constitución como norma jurídica, y,
- 3) El reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho.¹⁸ (R.O. 451, 2008).

La resolución del Tribunal Constitucional lo que hace es justificar e interpretar doctrinaria y legalmente el TÍTULO IX de la Constitución nominado “SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN” que claramente estipula en el Art. 424:

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Del contenido de este artículo, se colige que la actual Constitución es norma suprema, y que está por encima de todas las normas jurídicas como efectivamente lo menciona el Art. 425 que establece y hace efectivo el orden jerárquico de aplicación de las normas, en el siguiente orden:

¹⁷ *Se han promulgado 20 constituciones desde 1830.) el sistema de fuentes que ha regido en Ecuador es sustancialmente el mismo desde el origen de la República.*

¹⁸ *Registro Oficial.- Suplemento No. 451 de 22 de Octubre de 2008. Resolución aprobada por el Pleno del Tribunal Constitucional*

1. La Constitución;
2. Tratados y convenios internacionales;
3. Las leyes orgánicas;
4. Las leyes ordinarias;
5. Las normas regionales y las ordenanzas distritales;
6. Los decretos y reglamentos;
7. Las ordenanzas;
8. Los acuerdos y las resoluciones; y,
9. los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Hay que tomar en cuenta además que en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, en sus resoluciones aplicaran la norma jerárquicamente superior, la que considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados, situación ésta que atañe a todos los sujetos públicos y privados en todas sus actividades.

Hay que considerar también el contenido del artículo 426 que dice:

“Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.”

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las revistas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Ante esta norma, no debemos olvidar que, como dice Gustavo Zagrebelsky, la primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre ley, como regla establecida por el legislador, y los

derechos fundamentales, como pretensiones subjetivas absolutas, validas por sí mismas con independencia de la ley.¹⁹. (ZAGREBELSKY, 1995)

Este criterio, se encuentra claramente justificado más aún con el contenido del Art. 11 Numeral 3 de la Constitución, que nos habla de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos que serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, y para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento; criterio este apoyado por el artículo 430 el cual enviste a La Corte Constitucional de autonomía administrativa y financiera, en base a lo que la ley determine en cuando a su organización, funcionamiento y los procedimientos para el cumplimiento de sus atribuciones, lo que le traduce a la Corte Constitucional como la vigilante y preservadora de la Supremacía de la Constitución.

Por otra parte, el propio artículo 427 de la Constitución de la República del Ecuador vigente establece que las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

Con el análisis de los artículos antes señalados, en resumen, se pone de manifiesto los principios de interpretación de las normas constitucionales; así, en primer lugar proceden, los principios de literalidad e integralidad; y en segundo lugar, en caso de duda, el principio de favorabilidad de los derechos fundamentales (*pro homine*), vinculado con el principio de respeto a la voluntad y espíritu del constituyente; esto es, se establece un nuevo sistema hermenéutico constitucional, nuevo, que prácticamente nace y representa una nueva experiencia jurídica que trae la vigente Constitución; esta nueva experiencia hace que el Ecuador sea en la actualidad considerado como “Estado constitucional de derechos” (Art. 1), en contraposición al Estado como “estado de derecho”, vigente hasta con la Constitución de

¹⁹ *Registro Oficial.- Suplemento No. 451 de 22 de Octubre de 2008. Resolución aprobada por el Pleno del Tribunal Constitucional*

1998, en la cual se mantuvo la tradición liberal de sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico; con la actual en cambio se va más allá por cuanto vincula al Estado ecuatoriano no al derecho sino a los derechos.

Resultado de esta nueva institucionalidad es situar como titulares de los derechos y garantías, a los sujetos parte del Estado, ya sean individual o colectivamente considerados, como la auténtica razón de ser del Estado y de su ordenamiento jurídico; como punto básico, activo, y ya no como objeto de regulación; en otras palabras diríamos: que se singulariza la instrumentalización de la organización política y además se la dota de mecanismos jurídicos para la protección de los intereses y la consecución de los proyectos de vida de las personas, de los grupos y de la naturaleza; se trata de las condiciones para la realización del “buen vivir” o *sumak kawsay* que inunda el texto constitución.

1.2.- Principios y normas constitucionales que protegen los derechos de servidoras y servidores públicos en el ámbito laboral

1.2.1.- Antecedentes históricos.

El servicio público según los datos históricos comienzan en Alemania, por ser la cuna del funcionario moderno y la ***carrera administrativa***.

Desde principios del siglo XX, el derecho alemán de los funcionarios era el más desarrollado en Europa y el mundo entero. Alemania es el suelo fértil primigenio donde se realizó la más fuerte penetración de la idea del funcionario con base en la noción de Estado de derecho, y donde tuvieron su desarrollo primigenio los sentimientos de lealtad y protección del servicio público.

En el siglo XVIII, los funcionarios en general eran denominados *servidores reales* (**Könogliche Bediente**), pero hacia finales de la centuria se generalizó la denominación de *servidor del Estado* (**Staatsdiener**). Hoy en día se usa la expresión *funcionario* (**Beamter**), cuyo uso se remonta al siglo XIX.⁸⁶ en la antigua Alemania Federal, el personal de los servicios públicos se dividía en dos categorías: los funcionarios elegidos por el derecho público y los agentes sometidos al régimen de convenios colectivos de derecho privado. Son funcionarios los que ejercen *permanentemente* las atribuciones que entrañan a la soberanía del Estado o que, por razones de su seguridad o por motivos de interés de la vida pública, no pueden confiarse a personas sometidas a relaciones laborales de derecho privado.⁸⁷

Son *funcionarios*, por consiguiente, quienes ejercen funciones de mando y coerción, así como de protección ciudadana y civil, previsión social o educación.

En contraste, las actividades equiparables a las que realiza el sector privado, especialmente las actividades económicas, las ejercen servidores que se encargan de ellas con un estatuto propio de derecho privado.

En Francia, por su parte, son *agentes públicos* todas las personas que participan de manera directa en la ejecución de un servicio público, incluso si ocupan una función subalterna, tales como las de portero de una oficina pública. Sin embargo, no todos los agentes públicos son funcionarios. El término *funcionario* es utilizado en el lenguaje común para caracterizar a todos los empleados de la administración pública, pero jurídicamente tiene un alcance más restringido y no se aplica sino a cierto tipo de servidores públicos. Esto obedece a que una gran parte del personal administrativo se encuentra ocupado bajo un régimen de derecho privado: se trata de los servidores de derecho privado, como desemejantes a los funcionarios públicos. De igual modo, solamente algunos agentes están sometidos a un régimen de derecho público y tienen la calidad de funcionarios.

Son funcionarios, por lo tanto, los agentes públicos que gozan del régimen particular de la función pública. Los elementos que le caracterizan están constituidos por la ocupación de un *cargo permanente* en la administración pública y por la *titularización*, un acto que le confiere la calidad de funcionario y que lo integra a la jerarquía administrativa.

La noción británica de lo equivalente al *funcionario* en Alemania y Francia, es diferente del concepto que prevalece en la mayor parte de los países de Europa continental, además de que no existe un concepto preciso del *servidor civil (civil servant)*. El servidor civil es, en esencia, un agente de la corona, aunque no es indispensable el real nombramiento para adquirir esta condición.

Según el Acta de Procedimiento de la Corona (**Crown Proceeding Act**) de 1947, además del nombramiento por la corona, el servidor público se define por obtener su sueldo de los fondos públicos, pero solamente en el campo de su responsabilidad. Esta imprecisión emana que en Gran Bretaña no hay, como en Francia y Alemania, un estatuto general de los funcionarios.

En abono de una categorización más rigurosa, la Real Comisión del Servicio Civil (**Royal Commission on the Civil Service**) que estuvo activa entre 1929 y 1931, así como la

Comisión riestley de 1953-1955, adoptaron la siguiente conceptualización: (GUERRERO, 1968) "Los servidores de la corona, distintos de los titulares de cargos políticos o judiciales que están empleados en una condición civil, y cuya remuneración es pagada en su totalidad y directamente con fondos votados por el Parlamento". Esta definición también fue asumida en 1968 por la Comisión Fulton.

Los funcionarios provinciales no son miembros del servicio civil, a diferencia de Francia, donde los agentes de las organizaciones descentralizadas del Estado son parte de la función pública.

Tal como es observable, el parentesco cultural e histórico de países tan próximos como Alemania, Francia y Gran Bretaña, no supera las barreras conceptuales autóctonas de cada país. Sin embargo, existen en aquellos que se ocupan de los negocios administrativos, rasgos comunes que los identifican como *servidores públicos*, a falta de una mejor denominación.²⁰ (GUERRERO, 2007)

1.2.2.- Definición.

En Ecuador se consideran como servidoras y servidores públicos a las personas naturales que prestan sus servicios lícitos y personales a la administración pública y su función es brindar servicios públicos a todos los ecuatorianos.

La Constitución en vigencia en su artículo 229 dice:

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.

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.

²⁰ GUERRERO, Omar.- PRINCIPIOS DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.- Universidad Nacional Autónoma de México, Miembro Titular del Seminario de Cultura Mexicana .- Reedición 2007.- <http://www.omarguerrero.org/libros/papp200.pdf>.-

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.

La Constitución de 1998 en el artículo 121 hacía una diferencia de la calidad de servidores públicos, al manifestar:

Las normas para establecer la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, se aplicarán a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del Estado.

Como observamos a partir de la vigencia de la Constitución del 2008, no existe diferencia alguna entre dignatarios, funcionarios o servidores públicos, por cuanto se les fusionó y califica de servidoras y servidores públicos; esto es se aplica un solo término y se respeta la equidad de género, la única diferencia que hace la actual constitución es que hay dos clases de servidores públicos, las empleadas o empleados y las obreras y los obreros.

Debemos tomar en cuenta que el servidor público, es la persona natural vinculada/o a la Administración Pública de manera permanente, a cambio de una remuneración fija, y bajo el régimen de los derechos y obligaciones establecidos en las leyes y reglamentos que rigen su vida jurídica administrativa del Estado.

La Constitución de la República del Ecuador, en virtud de lo que dispone el Capítulo Séptimo del Título IV, señala que la administración pública constituye un servicio a la colectividad, además las instituciones que integran el sector público y las personas que tienen la calidad de servidoras y servidores públicos; que al tenor del Art. 225, comprende todas las personas naturales que presten sus servicios lícitos y personales sea como empleados y obreros en:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

Antes de la vigencia de la nueva Constitución, la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional codificó la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público - LOSCCA, cuyo texto fue publicado en el Registro Oficial No, 16 de 12 de mayo de 2005; la cual quedó derogada al publicarse la nueva Ley Orgánica de Servicio Público en el Registro Oficial N° 294, de Quito, Miércoles 6 de Octubre del 2010. (R.O. 16 , 2005)

Por otra parte es de considerar el numeral 16 del artículo 326 de la Constitución de la República que establece que en las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos (empresas de economía mixta), quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública; esto es la Ley Orgánica de Servicio Público, y todos aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo, de esta manera lo que hace la nueva ley es considerar que, la organización de las instituciones del Estado, debe estar regulada por normas de aplicación general para que, en virtud de su cumplimiento, respondan a las exigencias de la sociedad, brindando un servicio público eficaz, eficiente y de calidad, tal como lo considera la Asamblea, y es por ello que promulgan esta nueva ley para regular el servicio público, a fin de contar con normas que respondan a las necesidades del talento humano que labora en las instituciones y organismos del sector público.

Visto así en nuestro país el servidor público tiene un cargo o actividad de trabajo que le permite cierto medio de vida, por cuanto esta actividad le represente disfrutar de ingresos para atender la subsistencia y necesidades personales y familiares, a tal extremo que muchos la consideran su profesión u oficio; por ser una actividad que la realiza de manera permanente forjando una carrera administrativa, a través de su formación, capacitación y profesionalización continua, para ir acorde con la evolución social.

La actual definición de servidora / servidor público incluye a legisladores, administradores de justicia y servidores políticos que laboran con el Ejecutivo, el diplomático, el parlamentario, creándose al efecto nuevas secciones de estudios dentro de las escuelas profesionales de servicio público; así como establecer programas y asignaturas comunes, con escuelas especiales del servicio exterior y la judicatura.

Como observamos en la actualidad, el concepto de servidor público se aplica también a los miembros del servicio exterior, que en el pasado en consideración a su peculiar función de intermediario político entre los países, le daba el carácter de vínculo exterior y por tanto le

otorgaba una formación especial para desempeñarse como un funcionario internacional, lo que le hacía considerarse diferente al servidor público nacional, porque se lo miraba con un carácter de servidor público del estado, por pertenecer a una carrera administrativa especial.

En una situación especial también se consideraba al servidor judicial, por la tradicional división de poderes, quienes se desempeñan en la administración de justicia y estaban amparados por condiciones y normas acordes con la independencia del Poder Judicial; así mismo la formación de estas personas es especial se realiza en escuelas propias y se les inculca un sentimiento de autonomía profesional por todos venir de una sola profesión como es el doctorado en jurisprudencia, la abogacía, la diplomacia que son actividades vinculadas entre sí; pero considerando esta vinculación directa con la administración pública, y con los empleados administrativos del Poder Legislativo aparte de compartir con ellos la misma normativa laboral, protección social, derechos de sindicalización, fue necesario incluir a quienes se desempeñan en la administración de justicia, en la administración gubernamental y los diplomáticos, incluirlos y verlos como servidores públicos más aún cuando su desempeño profesional también es medido por la carrera administrativa antes conocida en la función judicial como carrera judicial, la misma que se avanzaba bajo similares parámetros.

El Argentino Rafael Bielsa cuando se refiere al funcionario público nos indica que:

Es el que, en virtud de designación especial y legal (sea por Decreto Ejecutivo, sea por elección, o por concurso de merecimientos) y de manera continua bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a “constituir” y a “expresar o ejecutar” la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o actividad social. (BIELSA, 1980).

Definición, que va acorde con la realidad social que vive nuestro país.

1.2.3.- Principios constitucionales de la administración pública.

La administración pública, así como las personas naturales que la representan y hacen efectivos sus objetivos y como parte del aparato administrativo en virtud del desempeño de cada una de sus actividades, se encuentran subordinadas al cumplimiento de la Constitución del Estado.

El Art. 227 de la Constitución de la República del Ecuador, al referirse a la administración pública señala:

La Administración Pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008).

Pero a más de estos se considerará el de LEGALIDAD e IMPUGNABILIDAD, por su naturaleza de universales dentro del Régimen constitucionalista que nos rige.

1.2.3.1.- Principio de legalidad.

El principio de legalidad es el más influyente en el Derecho Administrativo aunque no está expresamente consagrado en ninguna de las normas singularizadas anteriormente, y es de gran importancia, por otorgar ciertas potestades a la administración pública; potestades que no son infinitas o desmedidas sino dentro de límites específicos²¹ (GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ, 1998); esto es, que el principio de legalidad garantiza que la Administración Pública no sea absolutista, aunque debe reconocérsele atribuciones inherentes o propias a ella, pero bajo control.

El principio de legalidad es entendido como el respeto de las normas superiores, por lo tanto ante la aplicación de normas inferiores la exigencia de la legalidad aumenta; por cuanto estas siempre tienen que estar sujetas a la superior, no pueden salirse ni excederse porque de ser así se rompería con el marco de jerarquía legal consagrado en el Art. 425 de la Constitución.

El Código Orgánico de la Función Judicial, establece en el Art. 7:

PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones. (CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, 2009).

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.

Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley.

Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley.

No ejercerán la potestad jurisdiccional las juezas, jueces o tribunales de excepción ni las comisiones especiales creadas para el efecto.

Varios tratadistas en su afán de estudiar a fondo el principio de legalidad y sus implicaciones en el derecho (tanto administrativo como general), han desglosado y extraído “supuestos” elementos que conforman el todo de dicho principio. Se habla de principios dentro del principio de legalidad²², modalidades del principio como lo es la juridicidad y la legalidad²³ (MERKL, 1975), se separa el principio de legalidad en legalidad formal y legalidad teleológica²⁴ (SANTOFIMIO, 1994), y así podemos encontrar diferentes formas de estudiar, explicar y justificar dicho principio.

Sin embargo, la tendencia actual afirma que el principio de legalidad debe ser entendido como un “bloque” y no es conveniente separar dicho principio en “modalidades”, así que lo más adecuado es hablar del principio de legalidad entendido como “*bloque de legalidad*”, en donde se encuentra la juridicidad y la legalidad como sus modalidades y también donde se encuentran los demás

²² Jean Rivero, afirma que el principio de legalidad abarca tres principios: el principio de preferencia de la ley (es inválido todo acto de los poderes públicos que esté en contraste con la ley), el principio de legalidad en sentido formal (es inválido todo acto de los poderes públicos que no esté expresamente autorizado por la ley) y el principio de legalidad en sentido sustancial (es inválida toda ley que confiera un poder sin regularlo completamente).

²³ Adolfo Merkl señala que existen dos modalidades del principio de legalidad: juridicidad y legalidad. La juridicidad consiste en el sometimiento de la administración al derecho administrativo y la legalidad consiste en el sometimiento de la administración a una ley formal. En “teoría general del derecho administrativo”, Editora Nacional, México, 1975

²⁴ En este mismo sentido Jaime Orlando Santofimio explica otras aproximaciones del principio de legalidad: legalidad formal y legalidad teleológica. La primera se materializa al simplemente confrontarse la normatividad, y la segunda que se refiere a la búsqueda del fin de la actuación administrativa. En “acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994.

elementos que hacen parte del principio de legalidad (principios generales, leyes, reglamentos, etc.).²⁵ (SANTOFIMIO, 1994).

El principio de legalidad adquiere tanta relevancia que se afirmó que al mismo no le era oponible ningún tipo de principio, puesto que la legalidad era soberana e invencible como garante del cumplimiento de la ley²⁶ (ZAGREBELSKY, 1995). El principio de legalidad es de tal importancia que la misma administración debe estar sometida a éste a la hora de tomar decisiones y realizar las funciones requeridas.²⁷ (CRETILLA, 1967).

En la actualidad el principio de legalidad en nuestro ordenamiento jurídico, es el más importante porque somete la ley a la Constitución y a los límites que ésta establece, como lo señala el Art. 424, al manifestar:

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

Estableciendo el mismo artículo solo una excepción, en el caso de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado en el futuro que: “reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución”,²⁸ (RODRÍGUEZ, 2000).

Con el principio de legalidad se hace efectiva la voluntad soberana manifestada en la ley (Constitución) por sobre las demás normas.

De lo anotado se desprende que el principio de legalidad se equipara con la “*supremacía del derecho*”²⁹ (Constitucional de Colombia, 2004) que también se refiere a que el Estado y sus autoridades están sometidos a un ordenamiento jurídico positivo (Constitución Política).

²⁵ Ver entre otros, Santofimio, Jaime Orlando. *Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994. García Trevijano Fos, José Antonio. *Tratado de derecho administrativo*, Editorial revista de derecho privado, Madrid, 1968.

²⁶ Al respecto Gustavo Zagrebelsky afirma: “...el principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción de rey y de su administración, en nombre de una superior razón de Estado, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales)...” Ob. Cit. Zagrebelsky, Gustavo. p 24.

²⁷ Ver entre otros, Cretella Junior, José. *Curso de derecho administrativo*, Compañía Editora Forense, Río de Janeiro, 1967.

²⁸ Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo*, Editorial Temis, Bogotá, 2000.

²⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-864 de 7 de Septiembre de 2004, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

Con el nuevo marco institucional vigente en el Ecuador, tenemos una nueva concepción del principio de legalidad, puesto que en el Estado de derecho el principio de legalidad abanderaba la propuesta de este tipo de Estado al igual que del Derecho Administrativo; pero en la actualidad el principio de legalidad tiene una nueva concepción de la ley y del principio de legalidad como tal, al estar sometida a una relación de adecuación y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido en la Constitución, y así lo confirma Zagrebelsky, Gustavo, cuando dice:

“...La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, sólo de la función constituyente)...si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho...”³⁰ (ZAGREBELSKY, 1995).

En el Ecuador para el Derecho Administrativo, el principio de legalidad tiene su significado; el mismo que se manifiesta en el momento que las leyes administrativas regulan imperativamente los parámetros sobre los cuales debe funcionar la Administración Pública, y con ella los derechos, garantías y obligaciones de las servidoras y servidores públicos, quienes deben sujetarse al contenido de la ley, como determinante y tipificadora de su conducta, de no ser así carecerían de protección jurídica.

De lo señalado podemos resumir tres efectos del principio de legalidad:

1. Posee un efecto habilitante para la Administración;
2. Somete toda su actividad al principio de jerarquía normativa; y,
3. Satisface una necesidad de garantía para los particulares.

En resumen consiste en que toda actividad y manifestación de la administración pública, consecuencia de los hechos, actos, contratos, resoluciones y otras formas y

³⁰ZAGREBELSKY, Gustavo.. obra citada.- págs. 34 y ss.,

mecanismos de expresión de la misma, por proceder de servidores que responden a la gestión oficial del Estado y las instituciones públicas, gozan de la presunción de legalidad, esto es, se consideran que son legales, que se han dado dentro del margen jurídico de la Constitución Política y las demás normas de derecho imperantes.³¹ (UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA, 2012).

1.2.3.2.- Principio de impugnabilidad.

Toda persona que sienta lesionados sus derechos por la Administración Pública puede reclamar ante los tribunales. En el ámbito general del control de la administración, el principio de impugnación de los actos administrativos descansa en una garantía elemental de acceso a la justicia; así lo señala el Art. 75, de la Constitución que dice:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Como observamos a pesar que todo acto administrativo se presume legítimo, por provenir de autoridad administrativa competente son impugnables; esto es que son objeto de oposición, reclamo o rechazo por quienes consideren lesionados en sus derechos; y estas objeciones puede hacerse en vía administrativa o contencioso Administrativa, actualmente ante el Tribunal Contencioso Administrativo y en un futuro no lejano ante la Sala de lo contencioso Administrativo y Fiscal de las Cortes Provinciales del país.

Las impugnaciones son susceptibles mediante reclamaciones, demandas, recursos y el planteamiento de acciones previstas en el ordenamiento jurídico nacional.

1.2.3.3.- Principios de eficacia y eficiencia.

Los principios de eficacia y eficiencia tienen una trayectoria nueva en la administración pública, en la actualidad son el punto de arranque del nuevo régimen administrativo en el nuevo marco institucional del Estado de Derechos, que rige al Ecuador.

³¹ UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.- ÁREA JURÍCA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA.- Carrera De Derecho.-Módulo 11.- Régimen Jurídico De La Administración Pública.- 2011-2012

El principio de eficacia es esencia a toda organización sea pública o privada por implicar “*un juicio valorativo sobre el grado de cumplimiento de los objetivos que se encomiendan a los distintos servicios públicos y sobre la calidad de su prestación*”³²; (Ley 30 España, 1992) este principio exige que el procedimiento administrativo así como quienes lo ejecutan servidoras y servidores público en todo momento aseguren la simplicidad del mismo; esto es, debe agilizarse los trámites, éstos deben ser desburocratizados o dicho de otra manera debe evitarse trámites o formalismos innecesarios o arbitrarios que demoren o dificulten el desenvolvimiento de la actividad pública; este principio también tiene por objeto informar de la actividad administrativa de las diferentes instituciones públicas, (Rendición de Cuentas).

En cambio el principio de eficiencia “*está vinculado más bien con un sentido económico, por implicar una adecuada relación de costes de los medios a utilizar para la realización de los objetivos marcados y la calidad de los resultados obtenidos*”³³ (Ley 30 España, 1992).

Analizados así, es de concluir que la eficacia pública es la eficacia de la Administración, por lo tanto es una clara manifestación de la calidad de los servicios prestados por las servidoras y servidores públicos a nombre de la Institución pública a la que se deben; la eficacia viene a ser un componente o factor de valoración de la mayor o menor competitividad de un país, por cuanto la eficacia junto con la eficiencia al ser medidas dan los resultados del servicio prestado, y así concretar el contenido del derecho reconocido o ejercido, por la aplicación de estos principios por lo que constituyen fundamentales para conseguir una buena administración.

El principio de eficacia por el objetivo que tiene debe complementarse con el de eficiencia especialmente en lo referente al gasto público; sin embargo el Art. 227 de la Constitución de la República del Ecuador, en su enumeración las establece como dos conceptos diferentes pero en la práctica son vinculantes entre sí.

³² EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO REGULADO EN LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN.- http://www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Becarios/Becarios_033.pdf.- CONSULTA: 21/02/2012

³³ EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO REGULADO EN LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN.- http://www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Becarios/Becarios_033.pdf.- CONSULTA: 21/02/2012

En resumen, hay que reconocer al principio de eficacia como un principio institucional del Derecho Administrativo “que se refiere a una cualidad administrativa y a un resultado que se vincula a dicha cualidad”³⁴. (NEVADO, 2006)

A este respecto los datos doctrinales, normativos y jurisprudenciales españoles señalan que:

La eficacia –y la eficiencia económica– se extiende a todos y cada uno de los ámbitos de organización y actuación administrativa. O lo que es lo mismo, la eficacia –y la eficiencia– son en sí misma un objetivo que debe orientar a todo proceder público.

Algo que se deduce naturalmente en cualquier tipo de organización compleja, sea pública o privada, pero que en el caso de las Administraciones Públicas además de ser una tendencia naturalmente exigible se convierte en un mandato jurídico cuya positivización, incluso constitucional, ya hemos conocido.

Siguiendo esta argumentación, se confirma la idea de considerar la eficacia como un principio institucional del Derecho Administrativo que informando la actuación administrativa, recordemos, supone para ésta un parámetro de validez credibilidad de la ciudadanía en la gestión pública.³⁵ (NEVADO, 2006).

Al respecto en la obra “Análisis jurídico del principio de eficacia en la actuación pública.” De Pedro T. Nevado-Batalla Moreno Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca manifiesta:

Las consideraciones expuestas nos manifiestan de manera inequívoca la importancia del principio de eficacia y eficiencia pero no se llega a descubrir a priori su contenido específico, máxime cuando éste se trata de precisar utilizando criterios procedentes del sector privado que quizás no sean los más óptimos para atender a la especificidad de la organización administrativa.

³⁴ NEVADO, Pedro T.- *Análisis jurídico del principio de eficacia en la actuación pública.*- Profesor Titular de Derecho Administrativo.- Universidad de Salamanca.- <http://www.acuentascanarias.org/Maspalomas2006/PonenciaPNevado.pdf>.- Fecha de consulta: 21/02/2012. Pág. 8

³⁵ *Obra citada.* ... pág. 8

Esto es, la eficacia en el ámbito público debe conjugarse con otros principios y valores igualmente susceptibles de valoración y garantía, desconocidos en el sector privado o siendo conscientes de su existencia pueden ser desdeñados. Baste pensar en la cláusula constitucional del Estado Social y los mandatos que de ella devienen como obligatorios para la Administración Pública.

En cualquier caso, al objeto de aproximarnos al significado de eficacia, podríamos indicar, que por tal podemos entender el nivel de objetivos alcanzado, en el bien entendido que ese grado de consecución ha de ser óptimo.

De otra parte, tal como ya se ha advertido, la eficiencia, de la que difícilmente podemos desvincularnos, con un contenido fundamentalmente económico, atendería a la utilización satisfactoria de los recursos disponibles, o si se quiere, al uso eficaz de los recursos económicos disponibles.

De acuerdo a TAMAMES, la misión de la eficiencia es estrictamente económica, mientras que la eficacia es organizativa o administrativa. (NEVADO, 2006).

Sobre estas premisas se logra aislar una noción más homogénea de eficacia y eficiencia, en ambos casos vinculadas ineludiblemente a una idea de resultado, pero sin que podamos considerar o precisar de forma definitiva su contenido por cuanto apenas hemos reducido la ambigüedad e indeterminación de los principios que nos ocupan, principalmente por lo que se refiere al principio de eficacia.

Y es que, en la medida que la evaluación y definición de resultados es en el ámbito público especialmente complejo, el análisis teórico del principio no nos conduce a un contenido unívoco.³⁶ (NEVADO, 2006).

1.2.3.4.- Principio de calidad.

El principio de calidad radica en que el Estado debe regular y controlar las prestaciones de servicios públicos, debe introducir el sistema de competencias en la gestión de administración, debe fiscalizar, y debe innovar constantemente nuevas técnicas y tecnologías en la administración de las Instituciones Públicas.

³⁶ *Obra citada. ... pág. 4*

Conforme avanza la sociedad el Estado debe estar acorde con este avance especialmente en la prestación del servicio público, y debe hacerlo con una búsqueda permanente y continua de la calidad y eficiencia en estas prestaciones.

Los derechos de los ciudadanos deben justificarse con efectiva calidad y eficiencia en la prestación de los servicios, en atención especialmente de la jerarquía constitucional prestando atención a los tratados internacionales que consagran y vigilan oportunamente los derechos de usuarios y consumidores de bienes y servicios, así como a protegen y tutelan los derechos fundamentales.

1.2.3.5.- Principio de jerarquía.

El principio de jerarquía normativa es aquel que pone de manifiesto el ordenamiento jurídico y regula el orden de aplicación de la norma por rangos; así las normas de rango superior subordinarán a las de grado inferior, en el orden que señala el Art. 425 de la constitución que dice:

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

La jerarquía administrativa está caracterizada por cuatro factores principales que son: supervisión, dirección, inspección y resolución de conflictos.

En la Administración pública también existe un orden gradual respecto a sus órganos, unos se subordinan a otros en todos los sistemas de relaciones, el inferior respecto al superior, y es así como hay que ejercerlo y ejecutarlo.

1.2.3.6.- Principio de desconcentración.

El objeto de la aplicación del principio de desconcentración es la transferencia de competencias de un órgano superior a otro inferior, siempre que haya traslado de titularidad o disminuya la subordinación; es de mencionar que solo cabe desconcentración entre órganos de la misma administración o institución; porque caso contrario, esto es si fuesen de distintas administraciones o de distinta personería jurídica estaríamos ante la descentralización.

La desconcentración puede ser horizontal cuando se trata de órganos de igual nivel o vertical cuando se trata de órganos subordinados.

Se puede entender por desconcentración administrativa como un proceso de transferencia de la titularidad y el ejercicio de competencias de un órgano superior a otro inferior dentro de un mismo ente público, con carácter permanente.

Sus principales características son las siguientes:

- Se produce una transferencia de competencia desde un órgano superior a otro inferior, es decir, sin creación de órganos nuevos, y en sentido vertical descendente.
- Ha de ser en el seno de un mismo ente, no consiste en la transferencia entre entes diferentes.
- La transferencia interna puede dirigirse a un órgano subordinado central o periférico.
- La transferencia ha de tener vocación de permanencia, no para un asunto en concreto.
- Se aplica tanto en las Administraciones territoriales como institucionales, siempre que exista una relación jerárquica.³⁷ (Escuela de Administración Regional, 2009)

³⁷ ESCUELA DE ADMINISTRACIÓN REGIONAL.- Documentación sobre gerencia pública, del Subgrupo A2, Cuerpo Técnico, especialidad de Gestión Administrativa, de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Tema 4.- http://empleopublico.jccm.es/empleopublico/c/document_library/get_file?uuid=82d6ad7c-3b75-4d80-a0d8-60b2ac70305f&groupId=10129.- Fecha de consulta: 4/03/2012

1.2.3.7.- Principio de descentralización.

La descentralización administrativa consiste en el traspaso de funciones desde una institución u organización a otra, cada una de éstas deben tener personería jurídica, su objeto es buscar la aproximación de los niveles de decisión a los administrados, y procurar evitar disfunciones propias del excesivo centralismo, en la distribución del poder.

Por la aplicación de este principio es posible trasladar la titularidad de competencias de una administración o institución a otra de la misma administración pero con personería jurídica propia; para que la titularidad de las competencias transferidas pasen a ser ejecutadas o ejercidas por las transferidas como propias, sin que quepa la fiscalización de la transferente.

La descentralización es de dos clases: territorial y de comunidades autónomas o entidades locales, cualquiera que sea para hacerlas efectivas es necesario la promulgación de leyes orgánicas; y la funcional.

La descentralización territorial.- Consiste en la distribución de funciones desde el ámbito de la Administración estatal o central hacia otras instituciones u organismos territoriales, estos pueden ser: locales (cantonal) o regionales (provinciales), todos dotados de su correspondiente autonomía, para lo cual se debe cumplir con las siguientes características:

- Las Instituciones u organismos territoriales que adquieren funciones, adoptan un ámbito de competencias propias.
- A las instituciones u organismos territoriales se les dota de personería jurídica propia.
- Los titulares de las instituciones u organismos de gobierno son distintos e independientes.

La descentralización funcional.- Conocida también como institucional, tiene como objeto incrementar las cotas de libertad de gestión a los responsables de un servicio público. Para lo cual aplicará técnicas utilizadas por las diferentes Administraciones, consistentes en la creación de organizaciones especializadas a las que se transfieren funciones para su ejercicio efectivo.

Estas organizaciones especializadas gozan de autonomía formal y jurídica, y están dotadas de personalidad jurídica. Dentro de la descentralización funcional se

pueden producir diferentes grados de dependencia de los órganos receptores respecto del órgano matriz, ya sea porque la decisión inicial de creación y de transferencia corresponde a éste, junto con la aprobación del estatuto, o porque el personal directivo sea nombrado, y cesado, por las autoridades del órgano que se despoja de la función, e incluso por cuanto el personal directivo del ente especializado (en su más alto nivel) sean los respectivos del ente territorial matriz³⁸. (Escuela de Administración Regional, 2009).

1.2.3.8.- Principio de coordinación.

La existencia de varias instituciones y órganos de la Administración pública da lugar a la posibilidad de que se dupliquen las funciones y competencias en una misma materia, ocasionando doble gasto o inversiones en recursos tanto humanos como materiales.

Por el principio de coordinación se pretende organizar mejor la unidad administrativa, tanto entre entes de administraciones diferentes como entre órganos de distintos ámbitos de una misma Administración, no relacionados por el principio de jerarquía.

Los tipos de coordinación son los siguientes:

- a) La coordinación entre órganos administrativos.- Se trata del establecimiento de técnicas de coordinación entre órganos de una misma Administración Pública y, en su caso, con los de otra organización administrativa mediante técnicas orgánicas y funcionales. Las técnicas orgánicas consisten en la existencia de órganos específicos y de carácter permanente con clara función coordinadora, como por ejemplo las Comisiones Delegadas del Gobierno. Las técnicas funcionales conllevan la creación de órganos colegiados, presididos por un coordinador, o reuniones periódicas de titulares de órganos inferiores presididas por un superior jerárquico.
- b) La coordinación de las Entidades Locales por el Estado y por las Comunidades Autónomas.

³⁸ ESCUELA DE ADMINISTRACIÓN REGIONAL.- Documentación sobre gerencia pública, del Subgrupo A2, Cuerpo Técnico, especialidad de Gestión Administrativa, de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Tema 4.- http://empleopublico.jccm.es/empleopublico/c/document_library/get_file?uuid=82d6ad7c-3b75-4d80-a0d8-60b2ac70305f&groupId=10129.- Fecha de consulta: 4/03/2012

c) La coordinación del Estado y las Comunidades Autónomas³⁹ (Escuela de Administración Regional, 2009).

1.2.3.9.- Principio de participación.

El principio de participación se fundamenta en el derecho natural de todo ser humano a realizar su propio destino. En toda formación social la persona tiene derecho a hacer sentir el peso de su decisión personal responsable. El sujeto de la participación es todo hombre o mujer en cuanto miembro del grupo social.

Consta de tres factores:

1. El sujeto (toda persona en cuanto miembro del grupo social)
2. El objeto (la obra común)
3. El modo o procedimiento mediante el cual se realiza la participación.

Debe procurarse que toda persona, basándose en su propio trabajo, tenga pleno título a considerarse “copropietario” de esa especie de gran taller de trabajo en el que se compromete con todos. Un camino para conseguir esa meta podría ser el de asociar, en cuanto sea posible, el trabajo a la propiedad del capital y dar vida a una rica gama de cuerpos intermedios con finalidades económicas, sociales, culturales: cuerpos que gocen de una autonomía efectiva respecto a los poderes públicos, que persigan sus objetivos específicos manteniendo relaciones de colaboración leal y mutua, con subordinación a las exigencias del Bien Común y que ofrezcan forma y naturaleza de comunidades vivas.⁴⁰

Se pueden encontrar significativos ejemplos de auto organización en las numerosas iniciativas, privadas y sociales, caracterizadas por formas de participación, de cooperación y de autogestión, especialmente a nivel de los grupos intermedios, que revelan la fusión de energías solidarias. Por lo tanto, este principio opera en todos los niveles de la convivencia, dentro de los cuales interviene la persona humana como agente insustituible de la calidad de la vida en común y como garantía de la recta ordenación de ésta y de su necesaria subordinación al hombre. Es un derecho natural primario de éste el de realizar su propio

³⁹ ESCUELA DE ADMINISTRACIÓN REGIONAL.... *Obra citada.* 09/03/2012

⁴⁰ 5 Juan Pablo II, *Carta enc. Laborem excersens* (1981) 616.

destino también en lo social. La participación se convierte así en vehículo del ejercicio de la libertad humana.

Es importante tener en cuenta que la participación es no sólo un derecho, sino también un deber del gobernado, porque éste tiene la obligación de actuar. La persona no puede quedar reducida a simple sujeto pasivo de la acción de su gobierno. No se puede convertir en simple recepcionista o beneficiario de los bienes sociales. El principio de participación es por tanto un derecho-deber que lleva al hombre y la mujer a participar en las esferas públicas y privadas, según las circunstancias, cooperando al Bien Común, ya que afecta a todos los ámbitos de la vida económica, política y social. Además, crece cada día la aspiración a la libertad, a la igualdad y a la participación, que tiene también sus amenazas en las oligarquías y la tecnocracia. Es por eso que, en el ámbito de la afirmación y defensa de los derechos humanos, se incluye el de toda persona a participar en la construcción de la sociedad, ya que;

La salud de una comunidad política, en cuanto se expresa mediante la libre participación y responsabilidad de todos los ciudadanos en la gestión pública, la seguridad del derecho, el respeto y la promoción de los derechos humanos, es condición necesaria y garantía segura para el desarrollo de todo hombre y de todos los hombres⁴¹ (SS JUAN PABLO II, 1988).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, establece en su artículo 21.1 que dice: “Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”; en el 21.2 que “Toda persona tiene derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”; y en el 27.1: “Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”.

Es posible que, en ocasiones determinadas, la no participación, es decir, la actitud de abstención, esté moralmente justificada, por razones de conciencia; pero, incluso en estos casos, puede verse como una forma de participación – aunque negativa-, pues pone de manifiesto una actitud de rechazo, sobre todo cuando por sus dimensiones cuantitativas expresa estados colectivos en ese sentido (negarse a participar en procesos electorales manifiestamente amañados, por ejemplo, constituye un voto en contra de los mismos)

⁴¹ SS Juan Pablo II. Carta enc. *Sollicitudo rei socialis* (1988)

Por medio de esta ordenada participación, que está unida al progreso en la formación económica y social, crecerá más entre todos el sentido de la responsabilidad propia, que los llevará a sentirse colaboradores, según sus medios y aptitudes propias, en la tarea del desarrollo económico y social y del logro del Bien Común Universal. ⁴² (Const. Past. Gaudium et Spes, N° 68).

La evolución social del mundo contemporáneo ha motivado una elevación del interés que se concede al papel que los gobernados representan en una sociedad civil y a la prevención de los excesos de poder económico y político, que pueden manifestarse de múltiples formas; algunas tan evidentes como el abuso de autoridad y otras más sutiles, como el anejo del progreso científico y técnico sin atender a los riesgos actuales y futuros de su introducción. Todo ello determina que este principio se convierta en salvaguarda de la dignidad vital de la persona humana a la vez que estímulo para su promoción.

Con el principio de participación se apunta de manera directa a otros dos principios permanentes que son el de la concepción orgánica de la vida social y el de la justicia social; ambos serán tratados en esta sección próximamente.⁴³ (SUARDÍAZ, 2008).

1.2.3.10.- Principio de planificación.

Por la aplicación del principio de planificación es posible que todo proceso administrativo cumpla varias etapas que permiten la evolución efectiva para proponer y cumplir objetivos.

La todo proceso de cualquier índole o materia inicia con una buena planificación; a través es ésta se garantiza la secuencia lógica de las etapas que haya que cumplirse, por una parte la disposición y utilización de los recursos que te ofrece la organización, y por otra la toma de decisiones oportunas y asertivas para: establecer políticas y programas con miras a alcanzar los objetivos propuestos; determinar, configurar y promocionar los objetivos y fines generales; y definir el negocio en el cual, la institución pública va a trabajar, así como el manejo de recursos económicos, no económicos y humanos.

⁴² Const. Past. Gaudium et Spes, N° 68

⁴³Suardíaz Jorge H. - REVISTA ÉTICA Y SOCIEDAD .-El principio de participación .- Fecha de consulta 08/03/2012 <http://www.cbioetica.org/revista/81/812728.pdf> .-

1.2.3.11.- Principio de transparencia.

Consiste en la cualidad que debe adoptar la administración pública en su accionar, a través de la aplicación de procedimientos precisos, puros, y transparentes, susceptibles de confiabilidad y ausente de sospechas y dudas.

Transparencia, significa además dar libre acceso a la información y hacer efectivo el libre flujo de información. Implica un conjunto de acciones que debe realizar la administración pública de acuerdo con los fines trazados en cuanto a contenidos y tiempos.

La transparencia es un valor que debe cultivar la administración pública y sus componentes y consiste en dar información y facilitar su comunicación; está vinculada además con la ética gubernamental, que consiste en el cumplimiento de los derechos y obligaciones en el desempeño de la función o empleo, con respeto y en cumplimiento a los principios establecidos por la Constitución, los convenios internacionales, las leyes orgánicas, leyes positivas, reglamentos etc.; y así conseguir una conducta ética y moral de todos los Poderes del Estado, es decir, que sus actuaciones observen y mantengan honestidad, integridad, eficiencia, decoro, pureza y honradez en todas las actuaciones en ejercicio de las labores encomendadas a los funcionarios públicos; quienes deben ejecutar sus funciones fielmente a la administración que se deben y manejar los bienes o recursos, honestamente con toda ausencia de clandestinidad en detrimento económico del organismo o entidad en la que se trabajen; esto es que la función que desempeñan no debe ser pretexto para su enriquecimiento ilícito, (recepción de coimas, tráfico de influencias, etc.)

La Constitución promueve con claridad la necesidad de una Administración pública, eficiente, honesta y auténticamente democrática, para lo cual fija un denominador común, que es la participación ciudadana y la transparencia de la estructura burocrática.

Por otra parte está reconocida la ponderación de las decisiones administrativas y de control de la discrecionalidad; así como, la participación de los ciudadanos o de los grupos en la formación de la voluntad administrativa para el ejercicio de la potestad reglamentaria; y así lo establece el Art. 204 de la constitución que señala que:

El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.

La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción.

La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.

Art. 205.- Los representantes de las entidades que forman parte de la Función de Transparencia y Control Social ejercerán sus funciones durante un período de cinco años, tendrán fuero de Corte Nacional y estarán sujetos al enjuiciamiento político de la Asamblea Nacional. En caso de darse este enjuiciamiento, y de procederse a la destitución, se deberá realizar un nuevo proceso de designación. En ningún caso la Función Legislativa podrá designar al reemplazo.

Sus máximas autoridades deberán ser ecuatorianas o ecuatorianos en goce de los derechos políticos y serán seleccionadas mediante concurso público de oposición y méritos en los casos que proceda, con postulación, veeduría e impugnación ciudadana.

Art. 206.- Los titulares de las entidades de la Función de Transparencia y Control Social conformarán una instancia de coordinación, y elegirán de entre ellos, cada año, a la Presidenta o Presidente de la Función. Serán atribuciones y deberes de la instancia de coordinación, además de los que establezca la ley:

1. Formular políticas públicas de transparencia, control, rendición de cuentas, promoción de la participación ciudadana y prevención y lucha contra la corrupción.
2. Coordinar el plan de acción de las entidades de la Función, sin afectar su autonomía.
3. Articular la formulación del plan nacional de lucha contra la corrupción.
4. Presentar a la Asamblea Nacional propuestas de reformas legales en el ámbito de sus competencias.
5. Informar anualmente a la Asamblea Nacional de las actividades relativas al cumplimiento de sus funciones, o cuando ésta lo requiera.

1.2.3.12.- Principio de evaluación.

La Evaluación nos conduce a descubrir debilidades y fortalezas de la administración; demostrar los grados de responsabilidad de los funcionarios y empleados en el cumplimiento de sus tareas, medir interpretar y analizar sus resultados sobre el plan de trabajo con el objeto de eliminar errores y obstáculos y adoptar medidas adecuadas para el futuro.⁴⁴ (JARAMILLO, 2008).

Evaluación es un término de usos diferentes aplicable a varias actividades humanas; en su acepción más amplia, y según la Real Academia Española: evaluar es: “*señalar el valor de una cosa*”. Para el Diccionario del Español Actual, evaluar significa “*valorar (determinar el valor de alguien o de algo)*”; en cuanto al término evaluativo/va, en el diccionario mencionado se distingue “*un uso evaluativo y un uso descriptor*”, en el empleo del término. En el uso evaluativo hay un juicio de valor II.⁴⁵ (CANO RAMÍREZ, 2006).

La palabra evaluación entonces señala el conjunto de actividades que sirven para dar un juicio, hacer una valoración, medir “algo” (objeto, situación, proceso) de acuerdo con determinados criterios de valor con que se emite dicho juicio⁴⁶. (CANO RAMÍREZ, 2006).

Es de naturaleza del ser humano estar en una constante valoración (criticas) sobre todo en el actuar propio (autoevaluación) como en el actuar de los demás (coevaluación); constituyéndose estas formas evaluaciones informales, por fundarse en hechos sin mayor información suficiente y adecuada, pero tampoco pretenden ser objetivas y válidas.

Pero cuando hay la necesidad de evaluar servicios o actividades profesionales, no es suficiente una evaluación informal; sino una seria y sistemática; esto es de carácter científico, que garantice y acredite validez y fiabilidad.

⁴⁴ JARAMILLO, **Ordóñez Herman** .- LA ADMINISTRACION PUBLICA.- Revista Judicial Derecho Ecuador.- Fecha de Publicación Jueves, 24 de Noviembre de 2005 08:31 Última actualización el Viernes, 04 de Abril de 2008 09:36

⁴⁵ CANO Ramírez Ana. TEMA 5: Elementos Para Una Definición De Evaluación Curso 2005/06.- Pág.1 http://www.ulpgc.es/hege/almacen/download/38/38196/tema_5_elementos_para_una_definicion_de_evaluacion.pdf .- fecha de consulta: 10/03/2012

⁴⁶ *Ibidem* ... Pág. 1

Esta forma de valoración sistemática se basa en procedimientos apoyados en el método científico, para identificar, obtener y proporcionar información veraz, pertinente y con méritos y valores justificables.

La evaluación es una forma de investigación social aplicada, sistemática, planificada y dirigida; encaminada a identificar, obtener y proporcionar de manera válida y fiable, datos e información suficiente y relevante en que apoyar un juicio acerca del mérito y el valor de los diferentes componentes de un programa (tanto en la fase de diagnóstico, programación o ejecución), o de un conjunto de actividades específicas que se realizan, han realizado o realizarán, con el propósito de producir efectos y resultados concretos; comprobando la extensión y el grado en que dichos logros se han dado, de forma tal, que sirva de base o guía para una toma de decisiones racional e inteligente entre cursos de acción, o para solucionar problemas y promover el conocimiento y la comprensión de los factores asociados al éxito o al fracaso de sus resultados.⁴⁷ (CANO RAMÍREZ, 2006)

1.3.- Principios y normas constitucionales que protegen los derechos de obreras y obreros del sector público sujetos al código del trabajo

La estructura del trabajo tiene sus bases en el Código de Hamurabi y en la Biblia; pero es hasta los siglos XIX y XX cuando aparecen las primeras leyes laborales tendientes a proteger los derechos de los trabajadores, es hasta época donde evoluciona rápidamente la sociedad con el paso del taller a la fábrica y con ellas a la industria; causa para que en Europa con esta transformación movimientos obreros, a esto unido la rebelión del pensamiento de Saint simón, Rober Owen, Fourier etc. y posteriormente Carlos Marx y Federico Engels, quienes compararon el trabajo con una mercancía, al señalar: “... *la fuerza de trabajo, es pues una mercancía ni más ni menos que el azúcar, aquella es medida con reloj, y esta con la balanza...*” criterio que beneficio a los trabajadores en este momento, ya que las ideas de estos revolucionarios tuvieron impacto social – laboral y constituyó la base de la lucha de los trabajadores y la búsqueda de reconocimiento de derechos como la protección laboral; pero con la promoción de esta ideas también nació las ideas privatistas base del capitalismo, por las que se trata de disminuir las ideas del reconocimiento de derechos de los trabajadores; ideas que se expandieron hasta fines de los años 60 e inicio de los 70, donde se busca detener el avance ideológicos de la clase trabajadora e imponer el modelo económico neoliberal, impuesto en la mayoría de los países del mundo en lo que se incluye Ecuador, lo que afectó fuertemente los intereses de los trabajadores.

⁴⁷ *Ibidem... Pág. 2*

En Ecuador con la promulgación de la nueva constitución, nace un nuevo marco jurídico, en el cual se promueve el reconocimiento de derechos y un régimen del buen vivir, en el cual se reconocen principios y derechos a favor de los trabajadores.

El Art. 229 de la Constitución, señala que:

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, cuyo patrono lógicamente es el Estado, sea central o seccional. (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008).

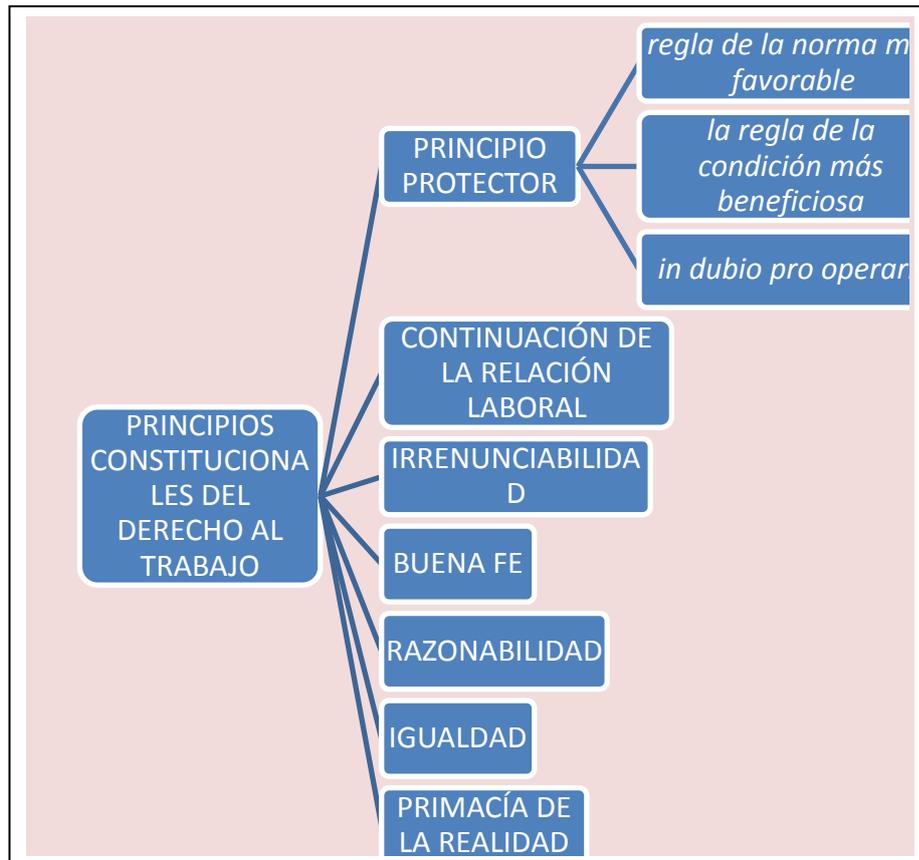
Pero en el mismo artículo se en el segundo y tercer inciso estipula hace una diferencia al normar por una parte a las servidoras y servidores públicos cuyos derechos y obligaciones se regirá por la ley Orgánica de Servicio público, mientras que como se indica en el inciso tercero ibídem *“Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo”*; esto es que sus derechos y obligaciones son aquellos para el trabajador en general; por lo tanto para estos clase de servidores también El Estado garantiza “... el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”, esto es que a más de los principios analizados en el acápite anterior, se respetaran además los principios establecidos en el Art. 326 de la Constitución, que dice:

Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

1. El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo.
2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.
3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras.
4. A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración.
5. Toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar.
6. Toda persona rehabilitada después de un accidente de trabajo o enfermedad, tendrá derecho a ser reintegrada al trabajo y a mantener la relación laboral, de acuerdo con la ley.

7. Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores.
8. El Estado estimulará la creación de organizaciones de las trabajadoras y trabajadores, y empleadoras y empleadores, de acuerdo con la ley; y promoverá su funcionamiento democrático, participativo y transparente con alternabilidad en la dirección.
9. Para todos los efectos de la relación laboral en las instituciones del
10. Estado, el sector laboral estará representado por una sola organización.
11. Se adoptará el diálogo social para la solución de conflictos de trabajo y formulación de acuerdos.
12. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.
13. Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje.
14. Se garantizará la contratación colectiva entre personas trabajadoras y empleadoras, con las excepciones que establezca la ley.
15. Se reconocerá el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias en estos casos. Las personas empleadoras tendrán derecho al paro de acuerdo con la ley.
16. Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios.
17. En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo. (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008)

Del contenido de estos artículos podemos resumir:



Los principios son ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídico-laboral; comprende la estructura básica para aplicar a varios factores o a una serie indefinida de situaciones, y así entender, redactar e interpretar la norma y si es necesario reemplazarla.

Los principios que integran la esencia del derecho laboral son: Protectorio, de Irrenunciabilidad o Imperatividad, de Continuidad, de Primacía de la Realidad, de Buena Fe, de Equidad, de **No** discriminación; en consecuencia estos principio se constituyen en la base de la estructura jurídico-normativa laboral, los mismos que cumplen tres específicas funciones:

- a) **Informadora:** inspiran al legislador sirviendo como fundamento del ordenamiento jurídico.
- b) **Normativa:** actúan como fuentes supletorias en caso de ausencia de ley. Integran el Derecho.
- c) **Interpretadora:** operan como criterios orientadores del juez.⁴⁸ (BEJARANO, 2001)

⁴⁸ BEJARANO Silvia.- PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL

1.3.1.- Principio protectorio.

Este principio es fundamental y su fin es dar un amparo preferente al trabajador, dicho de otra manera es el que permite estructurar normas laborales para proteger a los trabajadores, “*reduciendo al mínimo el juego de la autonomía de la voluntad*”⁴⁹; (HIDALGO ANDRADE, 2008), este principio permite corregir la desigualdad económica entre el empleador y su trabajador bajo dependencia laboral, a fin de equilibrarlos en sus derechos y obligaciones; este principio puede expresarse en tres formas:

1.3.1.1.- Principio "in dubio pro operario".

Este principio es de orden interpretativo, se refiere a que cuando una norma pueda entenderse de varias maneras, debe preferirse la interpretación más favorable al trabajador; constituyendo esto una regla de interpretación, mediante la cual en caso de dudas, la autoridad aplicará aquella que beneficie mejor al trabajador.

1.3.1.2.- El principio de "la norma más favorable".

Por este principio se determina ante casos en que haya más de una norma aplicable a una misma situación se aplique la que más beneficie al trabajador; esto es que cuando coexistan dos o más normas ante una situación de conflicto laboral, se aplicara aquella que mayores beneficios otorgue al o los trabajadores; es un principio adquirido por el trabajador, para el caso de promulgación de nuevas normas laborales de carácter general menos favorables. Sobre esto el Art. 326 No. 3 de la constitución ya transcrito en concordancia con el Art. 7 dispone que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las apliquen en el sentido más favorable a los trabajadores.

1.3.1.3.- Principio de la regla de la condición más beneficiosa.

Por este principio, se supone la existencia de un factor o situación concreta reconocida con anterioridad, por acuerdo individual, sujeto a la condición de ser respetada, pero siempre en la medida de ser más favorable al trabajador.

⁴⁹ HIDALGO Andrade, Gabriel. *Apuntes de Derecho Laboral ecuatoriano. Teoría y práctica. En wikilearning.com, 2008, desde Quito, Ecuador, acceso: (11/03/2012).*

1.3.2.- Principio de irrenunciabilidad.

Este principio consiste en la imposibilidad jurídica que tiene el trabajador de renunciar y privarse voluntariamente de sus derechos o de una o más ventajas concebidas por el derecho laboral en beneficio propio; esta norma es de carácter impositivo al sujeto pasivo de la relación laboral, porque va más allá de su voluntad y a pesar de ella; el numeral 2 del Art. 326 de la constitución así los reconoce e impone cuando dice: “*Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario*” (CÓDIGO DE TRABAJO ECUATORIANO, 2012); por ello la renuncia por el trabajador no está permitida, principio consagrado también en el Art. 4 del Código del Trabajo ecuatoriano, con el mismo tenor.

1.3.3.- Principio de continuidad.

Como sabemos es característica del contrato individual de trabajo ser de tracto sucesivo, por lo tanto no se agota con el pago de una prestación; sino que esta es obligatoria mientras haya prestación de servicios lícitos y personales bajo dependencia laboral; por lo que se mantiene en el tiempo.

Este principio está relacionado con la estabilidad laboral o seguridad en el trabajo, ante esta situación la “*tendencia doctrinaria basada en este principio entiende que se le debe atribuir a la relación laboral la más larga duración, desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos*”.⁵⁰ (FEVOLA)

1.3.4.- Principio de primacía de la realidad

Este principio protege los hechos acontecidos en su realidad; esto es, la primacía de los hechos por sobre las formalidades establecidas por la norma; dicho de otra manera en materia laboral lo importante es lo que ocurre en la práctica, más que lo pactado por las partes en el acto o contrato.

Por este principio cuando se utilizan métodos indirectos u oblicuos para presentar una autentica relación de trabajo como si fuera una figura jurídica tratando de

⁵⁰ FEVOLA, Cristina.- *Derecho del Trabajo*.- <http://www.monografias.com/trabajos30/derecho-laboral/derecho-laboral.shtml>.- cfevola@yahoo.com.ar.- fecha de consulta: 11/03/2012.

imponer apariencia distinta, la simulación o el fraude se corrige aplicando este principio⁵¹. (HIDALGO ANDRADE, 2008).

Por estas razones cabe hacer hincapié en la expresión jurídica de que el contrato laboral es un “*contrato realidad*” pues su naturaleza depende más de una situación objetiva como es el cumplimiento de la prestación de servicios antes de una situación subjetiva, que por las circunstancias puede variar.

1.3.5.- Principio de razonabilidad.

Este principio permite establecer el límite entre lo formal y lo flexible aplicable a las áreas del comportamiento donde la norma no puede prescribir límites rígidos, ni en un sentido ni en el otro, así como tampoco puede prever la infinidad de circunstancias posibles, es decir que por este principio la afirmación esencial de que todo ser humano en sus relaciones laborales, debe proceder y procede de acuerdo a su razón de ser.

Este principio actúa en dos sentidos:

1. Permite medir la verosimilitud de determinada explicación o solución, en virtud de los factores y situaciones que pueden darse en una relación laboral como es el pago de la remuneración ante la cual puede darse una infinidad de situaciones equívocas, confusas; e estas situaciones se conoce como las famosas “*zonas grises del Derecho Laboral*” es cuando se requiere un estudio para determinar si se trata o no de una relación laboral o civil; dado a que en varias ocasiones el empleador trata simular con otro tipo de contrato o formas legales la verdadera relación laboral para evadir sus responsabilidades de protección y dependencia al trabajador; entonces es hora de aplicar el principio de racionalidad para aplicar criterios valederos y distinguir la realidad de la simulación; de ahí que: este principio parte del supuesto de que el hombre común actúa generalmente conforme a la razón y encuadrado en ciertos patrones de conducta. Las excepciones deben justificarse y probarse especialmente y para descubrir la realidad de las cosas utilizamos los principios que hemos enunciado.
2. Además sirve como directriz y límite en la aplicación de ciertos factores y facultades cuya amplitud puede devenir en arbitrariedades; como es la existencia o no de contrato escrito por ejemplo; en esta relación de trabajo una persona pone al servicio

⁵¹ HIDALGO Andrade, Gabriel. *Apuntes de Derecho Laboral ecuatoriano. Teoría y práctica. En wikilearning.com, 2008, desde Quito, Ecuador, acceso: (11/03/2012).*

de otra sus servicios lícitos y personales por el lapso de tiempo, para que se le determine las actividades o servicios que debe prestar, así como la remuneración que se le ha de reconocer, ante esto lo que está entregando al patrono es el poder de dirección, por lo que después se ve obligado a sujetarse a ciertos tolerar límites y ser flexible; este poder de dirección del empleador frente al trabajador requiere de una discrecionalidad en el actuar de éste, pero en aras de esa discrecionalidad no podría aceptarse la arbitrariedad; por ello el principio de racionalidad es considerado para evitar las arbitrariedades que pueda adoptar el patrono en la toma de decisiones que involucren el desempeño de las funciones o tareas contratadas con el trabajador.

Este principio tiene gran aplicación en casos de:

- **JUS VARIANDI** que consiste en la posibilidad que tiene el empleador de modificar las condiciones del contrato de trabajo dependiendo de las necesidades de empresa, pero sin arbitrariedad de su parte, pues debe contar con el consentimiento del trabajador y debe ser justificado legalmente ese cambio.

- **PODER DISCIPLINARIO**; la norma le otorga el poder disciplinario al empleador, pero ese poder llegar hasta donde empieza el derecho del trabajador; toda medida correctiva debe ser aplicada en proporcionalidad a la falta cometida y de acuerdo a la Ley.

1.3.6.- Principio de buena fe (bona fe).

La buena fe, consiste en el deber de obrar correctamente, como lo haría una persona honorable y diligente.

El principio de buena fe, es un principio general del derecho en toda materia, y en especial para el otorgamiento y cumplimiento de las obligaciones contraídas a través de la celebración de todo acto o contrato.

En materia laboral constituye una obligación y compromiso común de los sujetos del contrato individual de trabajo, manifestada en el consentimiento y en su manera de obrar, que será como un buen padre de familia sea como trabajador o patrono, de ahí que uno de los efectos del contrato según el Código Civil, aplicable a materia laboral es:

Art. 1562.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella..

La buena fe, puede ser considerada desde dos puntos de vista, una como creencia y otra como lealtad. La buena fe por lo tanto a más de ser una norma general de los contratos constituye un principio jurídico fundamental, en todo ordenamiento jurídico, porque la mala fe es indicio de dolo.

Hay que considerar además que la relación laboral nace de un contrato individual o colectivo de trabajo, una de sus características también es ser “intuite personae” es decir de confianza, toda vez que en toda relación laboral no se limita a lograr solo fines meramente económicos, o patrimoniales, sino también establece relaciones personales, que exige confianza recíproca, en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas contraídas, en las que se buena fe, que supone además solidaridad y honestidad.

1.3.7.- Principio de no discriminación.

El Art. 11 de la Constitución en el No.2 dice:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

... 2. Todas las personas son iguales y gozaran 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.

En materia laboral significa que no caben tratos desiguales a las trabajadoras y los trabajadores por su condición de tal, todas y todos serán tratadas y tratados en igual e idénticas circunstancias.

La base de este principio es la igualdad ante la ley consagrado por la Constitución; la antítesis es decir, el trato desigual negativo es indicio de discriminación y arbitrariedad, sean por razón de: sexo, raza, religión, discapacidad etc.; pero no cuando se trate de tratamientos necesarios para el bien común de empleadores y trabajadores como es cumplir con los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía y se requiera de su laboriosidad, contracción de tareas o aceptación de obligaciones o responsabilidades nuevas.

De lo analizado se concreta que el principio de no discriminación en el trabajo implica la prohibición de la existencia de conductas y actuaciones de desigualdad en el trato a los trabajadores por razón de sexo, edad, raza, condición social, religión o políticas, filiación, discapacidad, etc.; esta discriminación no puede manifestarse ni directamente a través de actos o decisiones concretas; ni indirectamente como adoptar disposiciones legales, reglamentarias, convenios colectivos o pactos individuales que la implique, porque a más de nulos y carecen de efectos legales por la vigencia de los principios antes anotados; esto es que, toda normativa provenga de contratos individuales o colectivos de trabajo, así como cualquier decisión empresarial no pueden ser discriminatorios; hay que aclarar además que es obligación del empleador evitar el acoso sea del empresario u otro trabajador a otro por cualquiera de las razones antes indicadas.

CAPITULO II

2.- RÉGIMEN LABORAL DE LOS SERVIDORES Y SERVIDORAS PÚBLICOS DE ACUERDO A LA LOSEP

2.1.- El servicio público

Para (JARAMILLO ORDOÑEZ, 1994), el servicio público es toda actividad que ejerce directa e indirectamente la Administración Pública para satisfacer necesidades colectivas, sujeto a un régimen jurídico especial y al control de autoridad competente.

La administración pública, es el conjunto de organismos estatales que realizan las funciones administrativas del Estado para su organización y funcionamiento son una gama importante de formas jurídicas, que aspiran a garantizar de mejor manera la satisfacción de los servicios a ella encargada.

Dentro de estas formas encontramos a las entidades públicas, que son creadas para viabilizar el interés social, órganos dotados de atribuciones, medios materiales, económicos y jurídicos que permitan el cumplimiento de sus fines.

El sector público en el Ecuador según la Constitución en su artículo 225 comprende:

- “1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”⁵². (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008)

Como primer punto el artículo señala a los poderes del estado que la actual Constitución los definió en cinco: Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

En La Función Ejecutiva está integrada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones necesarios para cumplir, en el ámbito de Su competencia, las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales”

⁵² Constitución de la República del Ecuador.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Art. 225

La Función Legislativa se ejerce por la Asamblea Nacional, que se integrará por asambleístas elegidos para un periodo de cuatro años y sus respectivos asesores.

La Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales (La Corte Nacional de Justicia, Las cortes provinciales de justicia, Los tribunales y juzgados que establezca la ley y Los juzgados de paz), órganos administrativos (El Consejo de la Judicatura), órganos auxiliares (el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley) y Órganos autónomos (La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado)

La Función Electoral estará conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral.

La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias.

Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado se refieren a los Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales, Municipales y Parroquiales.

Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado como son las empresas eléctricas o el servicio de rentas internas.

Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos como son las empresas de aseo o recolección de basura.

Estos Organismos Anunciados anteriormente tienen como fin asumir competencias de desarrollo de la buena administración Pública con el fin de dar un mejor servicio a la colectividad, y se rigen por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

2.1.1.- Objeto de la administración pública.

El objeto de la administración es prestar servicios permanentes, regulares, continuos, iguales, eficientes y eficaces para satisfacer las necesidades e intereses generales.

El servicio evoca una acción y efecto de servir pero también es la piedra de choque por los criterios políticos que se tienen sobre la buena o mala prestación.

Eustorgio Sarría, en su obra "Derecho Administrativo" sostiene que;

Servicio Público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del Derecho Público, bien que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios, de administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas. (SARRÍA, 1974).

Los servicios públicos pueden ser:

- a) **Servicios Públicos Esenciales.-** Se vinculan con la existencia como el agua potable, luz eléctrica, vivienda; y,
- b) **Servicios Públicos No-esenciales.-** Son de carácter secundario, como museos, teatros estadios, etc.

La Asamblea Nacional del Ecuador, con el apoyo mayoritario de los bloques, aprobó el miércoles 11 de agosto de 2010, la Ley Orgánica de Servicio Público, con el voto a favor de 108 legisladores, dos en contra y nueve abstenciones. Cuerpo legal que está compuesto por 137 artículos y 38 disposiciones, distribuidas en doce títulos y un total de 24 capítulos y cuya finalidad responde a la necesidad de brindar un servicio público eficiente a la ciudadana.

Dicha norma, que reemplaza a la antigua Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa (LOSCCA), busca el desarrollo profesional de los servidores públicos para mejorar la calidad de la atención a los ciudadanos y la productividad del Estado. Evaluaciones anuales, ascensos por méritos e ingreso por concurso de oposición son parte de las nuevas reglas que rigen el servicio público.

La figura del despido intempestivo planteada inicialmente por el Poder Ejecutivo, fue reconsiderada y en su lugar consta que un servidor público que sea separado de su cargo deberá gozar del debido proceso.

Se contempla también que en los casos de supresión de partidas o de jubilación voluntaria se concederá una liquidación correspondiente a siete salarios unificados por cada año de trabajo, con un límite de 210 salarios.

En cuanto a las evaluaciones, la LOSEP establece que los funcionarios podrán ser calificados con sobresaliente, muy buenos, regulares o insuficientes; siendo el Ejecutivo quien reglamente la calificación. Como incentivo, se prevé que quienes obtengan sobresaliente y muy buena sean considerados para un ascenso. En contraparte, las personas cuya evaluación resulte insuficiente tendrán seis meses para rendir una nueva prueba que, de no mejorar, será causal para el despido.

La Ley Orgánica de Servicio Público obliga a las instituciones estatales a contratar personas con discapacidad en un porcentaje progresivo del 1% anual hasta llegar al 5% del total de su plantilla laboral.

2.2.- Del nombramiento o contrato de trabajo como servidora o servidor público

2.2.1.- Naturaleza jurídica.

Según el artículo 229, inciso primero, de la Constitución de la República del Ecuador son servidoras y servidores públicos:

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 público⁵³. (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008).

El servidor público es toda persona que presta servicios al Estado y recibe una remuneración del mismo por tales servicios. El recurso humano que cuentan las instituciones estatales es su principal motor de desarrollo, puesto que los servidores de

⁵³ *Constitución de la República del Ecuador.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Art. 229*

sector público deben de responder a criterios de eficiencia y eficacia que garantice que el servicio que prestan a la ciudadanía sea de calidez y calidad.

El servidor público es la cara de la institución por lo que su selección debe realizarse mediante un escogimiento de las mejores personas que posean los perfiles más idóneos.

Los derechos de los servidores públicos son irrenunciables, puesto que estos derechos son intrínsecos del empleado público y los podrá hacer valer ante cualquier juzgado competente en cualquier momento que sienta que sus derechos han sido violentados. El ingreso, asenso y remuneración se encuentra regulado en la Ley Orgánica de Servicio Público.

Para ingresar al servicio público los principales requisitos que debe cumplir el aspirante son:

- a) Ser mayor de 18 años
- b) No encontrarse en interdicción civil
- c) No estar comprendido en alguna de las causales de prohibición para ejercer cargos públicos
- d) Cumplir con los requerimientos de preparación académica
- e) Haber sufragado
- f) No encontrarse en mora del pago de créditos establecidos a favor de entidades u organismos del sector público
- g) Presentar la declaración patrimonial juramentada

En cuanto a las prohibiciones que se estipula para el ejercicio de un puesto público tenemos:

1. Desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita.
2. El nepotismo.
3. Solo la docencia universitaria es la es la única actividad pública que está permitida que un servidor público la ejecute, puesto que el docente universitario tiene una flexibilización de horarios que le permite que las funciones que desempeña el empleado público no se vean afectadas, además que su experiencia en el sector público le ayudará en el momento de transmitir sus conocimientos a los alumnos. Igual excepción se aplicará a los músicos profesionales de las orquestas sinfónicas del país, quienes también podrán desempeñar la docencia en los conservatorios de música.

Otra inhabilidad que señala la carta suprema es el nepotismo que es ser familiar consanguíneo de la autoridad nominadora hasta en cuarto grado de consanguineidad y en afinidad hasta el segundo grado, y la última inhabilidad se refiere a actos de segregación de cualquier tipo que cometa el empleado público.

Tal como lo dispone el Art. 2 de la LOSEP, el servicio público y la carrera administrativa tienen por objetivo propender al desarrollo profesional, técnico y personal de las y los servidores públicos, para lograr el permanente mejoramiento, eficiencia, eficacia, calidad, productividad del Estado y de sus instituciones, mediante la conformación, el funcionamiento y desarrollo de un sistema de gestión del talento humano sustentado en la igualdad de derechos, oportunidades y la no discriminación.

De conformidad a lo estipulado en el artículo 4 de la LOSEP, se consideran servidoras y servidores públicos a 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. Sus trabajadoras y trabajadores estarán sujetos al Código del Trabajo.

La LOSEP dispone que para desempeñar un puesto público se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora, debiendo posesionarse del cargo público dentro de quince días, contados a partir de la notificación y en caso de no hacerlo, caducarán.

Referente a las clases de nombramiento existentes la ley prevé que pueden ser permanentes, provisionales, de libre nombramiento y remoción; y, de período fijo.

- a) Permanentes:** Aquellos que se expiden para llenar vacantes mediante el sistema de selección previsto en esta Ley;
- b) Provisionales,** aquellos que se expiden para ocupar:
 - b.1)** El puesto de un servidor que ha sido suspendido en sus funciones o destituido, hasta que se produzca el fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo u otra instancia competente para este efecto;
 - b.2)** El puesto de una servidora o servidor que se hallare en goce de licencia sin remuneración. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada licencia;
 - 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;

- b.4)** Quienes ocupen puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior; y,
- b.5)** De prueba, otorgado a la servidora o servidor que ingresa a la administración pública o a quien fuere ascendido durante el periodo de prueba. El servidor o servidora pública se encuentra sujeto a evaluación durante un periodo de tres meses, superado el cual, o, en caso de no haberse practicado, se otorgará el nombramiento definitivo; si no superare la prueba respectiva, cesará en el puesto. De igual manera se otorgará nombramiento provisional a quienes fueron ascendidos, los mismos que serán evaluados dentro de un periodo máximo de seis meses, mediante una evaluación técnica y objetiva de sus servicios y si se determinare luego de ésta que no califica para el desempeño del puesto se procederá al reintegro al puesto anterior con su remuneración anterior;
- c)** **De libre nombramiento y remoción**, los expedidos a favor de personas que van a ocupar puestos de dirección política, estratégica o administrativa en las instituciones del Estado. Que en el lenguaje burocrático significa que el funcionario público está sujeto a ser despedido, cancelado o "renunciado" en cualquier momento, por la sola e inapelable decisión de la "autoridad nominadora". Esto ocurre bajo el entendido de que determinadas funciones, de alto nivel por supuesto, deben ser desempeñadas por personas que gocen de plena confianza de quien les designa y con quien colaboran estrechamente; y,
- d)** **De período fijo**, entendiéndose por tales aquellos cuyos titulares son nombrados para ejercer un puesto en el servicio público por un período determinado por mandato legal.

Los nombramientos provisionales señalados en los literales b.1) y b.2) podrán ser otorgados a favor de servidoras o servidores públicos de carrera que prestan servicios en la misma institución; o a favor de personas que no tengan la calidad de servidores públicos.

Los nombramientos que se emitan, deberán registrarse en el plazo de quince días, en la Unidad de Administración de Talento Humano de la entidad. En el caso de los contratos de servicios ocasionales no se requerirá de acción de personal, basta con el registro que debe efectuarse en la Unidad de Administración de Talento Humano.

2.3.- Elementos indispensables del servicio público

Al margen de sus caracteres jurídicos esenciales, el servicio público se integra mediante un conjunto de elementos indispensables, sin cualquiera de los cuales no es posible su existencia y prestación.

Sin una necesidad de carácter general que satisfacer, el servicio público es un absurdo, porque de ser erigido como tal por una ley sería solo la evidencia de un capricho o de un error del legislador, consistente en denominar con ese rótulo a algo distinto al servicio público que invariablemente se debe destinar a satisfacer una necesidad de carácter general. Por ello, dicha necesidad es elemento indispensable en el servicio público.

La actividad mediante la cual se satisface la necesidad de la que nace es otro elemento indispensable del servicio público, porque evidentemente esta no puede satisfacerse sin realizarse la actividad indicada para ello, la cual debe ser técnica y satisfactoria.

También figuran como elemento indispensable del servicio público los recursos requeridos para tal efecto, desglosables en recursos humanos, materiales y financieros, cuya obviedad no requiere comentarios adicionales.

Otro elemento indispensable del servicio público son los usuarios, por ser ellos quienes tienen la necesidad cuya satisfacción constituye su finalidad; sin usuarios, la actividad sería estéril y, por tanto, el servicio injustificado.

El servicio público requiere indispensablemente de la intervención estatal, porque solo mediante ella se puede crear el régimen jurídico especial –que también es elemento indispensable del servicio público–, al que debe someterse la prestación del servicio para que puedan darse sus caracteres esenciales de generalidad, regularidad, uniformidad, y continuidad.

Un elemento obviamente indispensable del servicio público es el sujeto a cuyo cargo está su prestación, porque no puede haber servicio sin alguien que lo preste.

Los servicios públicos están integrados por:

2.3.1.- Los servidores públicos.

Son recursos humanos calificados que prestan servicios personales a la administración central, institucional o seccional para satisfacer necesidades generales. Los servidores públicos llamados también "agentes públicos" se los ha llegado a identificar como "funcionarios" y "empleados".

El Funcionario.- Es una persona natural que ejerce constitucional, legal y reglamentariamente una "función", y que se encuentra investido de un poder de decisión y de mando.

El Empleado.- Es una persona natural, que debido a la jerarquía administrativa cumple órdenes de los funcionarios mediante la ejecución de determinadas actividades. Tanto el "funcionario" como el "empleado" se encuentran incorporados legalmente en los cuadros de la organización Administrativa. La organización y disciplina administrativa impone la obediencia y subordinación jerárquica.

2.3.2.- Bienes.

El Estado y las demás entidades del sector público para satisfacer necesidades de carácter general requieren contar con bienes y recursos financieros. Todos los bienes del Estado integran el patrimonio. La tenencia y conservación de los bienes patrimoniales del Estado les corresponde a los servidores públicos caucionados, legalmente designados, que se les haya entregado inventariados. Es obligación de la máxima autoridad velar por la conservación y uso de los bienes para los fines que estén destinados.

2.3.3.- Recursos financieros.

Los recursos financieros son ingresos que el Estado prescribe de los contribuyentes en forma de impuestos, tasas y contribuciones especiales, para financiar servicios públicos.

Para atender servicios públicos se requieren recursos económicos, que entre otras maneras se logra obtener directa o indirectamente de la riqueza de las personas naturales o jurídicas del sector público y privado, mediante el pago de tributos.

2.3.4.- Necesidad de carácter general.

No basta que existan servidores públicos, bienes y un régimen jurídico especial para prestar servicios públicos, es indispensable una necesidad de carácter general, con dimensión social.

Son las necesidades sociales, las demandas colectivas, los reclamos populares, los que protagonizan el nacimiento, la creación y el funcionamiento de tal o cual servicio. Todo lo que sea necesario, provechoso y pertinente para la sociedad, determina la creación de un servicio. La necesidad expresa deseos, inquietudes y aspiraciones de la colectividad de proveerse de todo aquello que le pueda producir satisfacción. A medida que satisface una necesidad social, como educación, trabajo, transporte se va ampliando la gama de nuevas necesidades.

2.3.5.- Régimen jurídico especial.

Para la prestación de servicios por parte del Estado en favor de la Sociedad, se requiere la adopción de un régimen jurídico especial, que proteja y garantice el uso de los servicios. En este caso las leyes especiales que se relacionan con los servicios públicos tienen por objeto señalar los rasgos generales sobre la creación, organización, funcionamiento y extinción de los servicios; y establecer los derechos, deberes, prohibiciones y garantías de los servidores; y determinar que tienen que ser eficientes, transparentes, simples, económicos y racionales.

2.4.- Características

Se identifica el servicio público por estar dotado de ciertos caracteres jurídicos esenciales sin los cuales se desnaturaliza o desvirtúa; ellos son los de generalidad, uniformidad, regularidad, continuidad, y obligatoriedad, los cuales han merecido el consenso general de la doctrina.

Consiste la generalidad o universalidad del servicio público, en la posibilidad de que toda persona lo use, previa satisfacción de los requisitos señalados en su normativa jurídica, sin más límite que la capacidad del propio servicio.

La igualdad o uniformidad estriba en el trato igual o uniforme que debe darse indiscriminadamente a todos los usuarios del servicio público, sin que ello impida establecer

diversas clases o categorías de usuarios, siempre y cuando, dentro de cada categoría se dé el mismo trato a todos los comprendidos en la misma. Tanto la generalidad como la igualdad del servicio público son reconocidas y apoyadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a través de diversos instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de tortura.

En virtud del carácter esencial de regularidad, el servicio público se debe prestar conforme a la normativa jurídica que lo regula, la cual debe ser exorbitante del derecho ordinario.

Merced al carácter esencial de la continuidad, el servicio público no debe interrumpirse dentro de los horarios o circunstancias previstos en su propia regulación, o sea, prestarse conforme al calendario-horario predeterminado para su prestación.

Algunos autores señalan otros presuntos caracteres esenciales del servicio público, que en rigor no lo son, entre los que mencionan el carácter de gratuidad, que, en mi opinión, no puede considerarse como tal, porque el servicio público a cargo de particulares, por definición, está animado por el propósito de lucro, lo cual es antinómico de la gratuidad.

2.5.- Requisitos

El artículo 5 de la Ley Orgánica de Servicio Público, señala los requisitos para ingresar al mismo, los cuales me permito transcribir:

- a) Ser mayor de 18 años y estar en el pleno ejercicio de los derechos previstos por la Constitución de la República y la Ley para el desempeño de una función pública;
- b) No encontrarse en interdicción civil, no ser el deudor al que se siga proceso de concurso de acreedores y no hallarse en de estado insolvencia fraudulenta declarada judicialmente;
- c) No estar comprendido en alguna de las causales de prohibición para ejercer cargos públicos;
- d) Cumplir con los requerimientos de preparación académica y demás competencias exigibles previstas en esta Ley y su Reglamento;
- e) Haber sufragado, cuando se tiene obligación de hacerlo, salvo las causas de excusa previstas en la Ley;

- f) No encontrarse en mora del pago de créditos establecidos a favor de entidades u organismos del sector público, a excepción de lo establecido en el Artículo 9 de la presente Ley;
- g) Presentar la declaración patrimonial juramentada en la que se incluirá lo siguiente:
 - g.1.- Autorización para levantar el sigilo de sus cuentas bancarias;
 - g.2.- Declaración de no adeudar más de dos pensiones alimenticias;
- y,
- g.3.- Declaración de no encontrarse incurso en nepotismo, inhabilidades o prohibiciones prevista en la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente.
- h) Haber sido declarado triunfador en el concurso de méritos y oposición, salvo en los casos de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción; e,
- i) Los demás requisitos señalados en la Constitución de la República y la Ley”.
(LOSEP, 2012)

2.6.- Formas de extinguirse

El artículo 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público referente los casos de cesación definitiva de los servidores públicos, manifiesta:

“La servidora o servidor público cesará definitivamente en sus funciones en los siguientes casos:

- a) Por renuncia voluntaria formalmente presentada;
- b) Por incapacidad absoluta o permanente declarada judicialmente;
- c) Por supresión del puesto;
- d) Por pérdida de los derechos de ciudadanía declarada mediante sentencia ejecutoriada;
- 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;
- f) Por destitución;
- g) Por revocatoria del mandato;
- h) Por ingresar al sector público sin ganar el concurso de méritos y oposición;
- i) Por acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización;

- j) Por acogerse al retiro por jubilación;
- k) Por compra de renunciaciones con indemnización;
- l) Por muerte; y,
- m) En los demás casos previstos en esta ley⁵⁴.

Como causales para la destitución, el Art. 48 del mismo cuerpo de leyes señala:

- a) Incapacidad probada en el desempeño de sus funciones, previa evaluación de desempeño e informes del jefe inmediato y la Unidad de Administración del Talento Humano;
- b) Abandono injustificado del trabajo por tres o más días laborables consecutivos;
- c) Haber recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de: cohecho, peculado, concusión, prevaricato, soborno, enriquecimiento lícito y en general por los delitos señalados en el Artículo 10 de esta Ley;
- d) Recibir cualquier clase de dádiva, regalo o dinero ajenos a su remuneración;
- e) Ingerir licor o hacer uso de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en los lugares de trabajo;
- f) Injuriar gravemente de palabra u obra a sus jefes o proferir insultos a compañeras o compañeros de trabajo, cuando éstas no sean el resultado de provocación previa o abuso de autoridad;
- g) Asistir al trabajo bajo evidente influencia de bebidas alcohólicas o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas;
- h) Incurrir durante el lapso de un año, en más de dos infracciones que impliquen sanción disciplinaria de suspensión, sin goce de remuneración;
- i) Suscribir, otorgar, obtener o registrar un nombramiento o contrato de servicios ocasionales, contraviniendo disposiciones expresas de esta Ley y su reglamento;
- j) Incumplir los deberes impuestos en el literal f) del Artículo 22 de esta Ley o quebrantar las prohibiciones previstas en el literal d) a la n) del Artículo 24 de esta Ley;
- k) Suscribir y otorgar contratos civiles de servicios profesionales contraviniendo disposiciones expresas de esta Ley y su reglamento;
- l) Realizar actos de acoso o abuso sexual, trata, discriminación o violencia de cualquier índole en contra de servidoras o servidores públicos o de cualquier

⁵⁴ Ley Orgánica del Servicio Público.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Art. 47

otra persona en el ejercicio de sus funciones, actos que serán debidamente comprobados;

- m) Haber obtenido la calificación de insuficiente en el proceso de evaluación del desempeño, por segunda vez consecutiva;
- n) Ejercer presiones e influencias, aprovechándose del puesto que ocupe, a fin de obtener favores en la designación de puestos de libre nombramiento y remoción para su cónyuge, conviviente en unión de hecho, parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
- ñ) Atentar contra los derechos humanos de alguna servidora o servidor de la institución, mediante cualquier tipo de coacción, acoso o agresión; y,
- o) Las demás que establezca la Ley⁵⁵. (LOSEP, 2012).

⁵⁵ Ley Orgánica del Servicio Público.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Art. 48

CAPITULO III

3.- EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

3.1.- Definición

"El contrato de trabajo, como cualquier otro contrato, nace del acuerdo de voluntades entre trabajador y empresario, los servicios que en cumplimiento del mismo aquél presta son consecuencia de la previa manifestación de su consentimiento, manifestación que puede hacerse de forma expresa o tácita".

El Código de Trabajo Ecuatoriano al respecto manifiesta:

"Art. 8.- Contrato individual.- Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre". (CÓDIGO DE TRABAJO ECUATORIANO, 2012).

Esta normativa que habla sobre el tópico en mención, habla desde cuando se da inicio la relación laboral, y, desde allí se puede dar una definición del tópico Contrato de Trabajo. En si en base a esta normativa, la relación laboral son las relaciones que existen entre una persona que da su mano de obra hacia otra persona que se aprovecha para su favor de la mano de obra ofrecida y, por la que deberá dar una remuneración especificada en la Ley.

La Legislación Internacional, en específico la Chilena, dispone que habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicios a favor de otra, bajo la dependencia de esta, en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le de origen.

El Código de Trabajo determina que deben obligatoriamente celebrarse por escrito los contratos de trabajo en los siguientes casos:

Art. 19.- Contrato escrito obligatorio.- Se celebrarán por escrito los siguientes contratos:

- a) Los que versen sobre trabajos que requieran conocimientos técnicos o de un arte, o de una profesión determinada;
- b) Los de obra cierta cuyo valor de mano de obra exceda de cinco salarios mínimos vitales generales vigentes;
- c) Los a destajo o por tarea, que tengan más de un año de duración;
- d) Los a prueba;
- e) Los de enganche;

- f) Los por grupo o por equipo;
- g) Los eventuales, ocasionales y de temporada;
- h) Los de aprendizaje;
- i) Los que se estipulan por uno o más años;
- j) Nota: Literal derogado por Decreto Legislativo No. 8, publicado en Registro Oficial Suplemento 330 de 6 de Mayo del 2008; y,
- k) Los que se celebren con adolescentes que han cumplido quince años, incluidos los de aprendizaje; y
- l) En general, los demás que se determine en la ley.

Sin embargo, si los contratos indicados no se hubieren celebrado por escrito, el empleador no podrá alegar su invalidez o nulidad, ni exigir al trabajador el cumplimiento de las obligaciones contraídas. En cambio, el trabajador si podrá hacer lo uno o lo otro.

En los demás casos en que la ley no exige la formalidad de que el contrato se celebre por escrito, las partes podrán hacerlo o no libremente, sin ningún otro requisito. En todos los casos que el contrato Individual de Trabajo deba celebrarse por escrito, también deberá registrarse dentro de los treinta días siguientes a su celebración, en la Inspección del Trabajo del lugar en que el trabajador preste sus servicios. Si en el lugar no hubiere Inspector, se registrará ante un Juez del Trabajo.

Todo Contrato debe poseer elementos esenciales:

- a) El acuerdo de las partes;
- b) La prestación por parte del trabajador de servicios lícitos; es decir no prohibidos por la ley y personales es decir por sí mismo.
- c) La relación dependencia o subordinación, que significa la obligación del trabajador de someterse a las ordenes e instrucciones del empleador. Esto significa que el empleador determinara el horario, lugar de trabajo, forma en que éste se debe realizar, etc.;
- d) El pago de una remuneración, pues no hay ningún trabajo que sea gratuito. La remuneración puede ser convenida libremente por las partes. Si no lo han hecho, puede ser fijada a través de los mecanismos regales por las resoluciones de las comisiones sectoriales de salarios mínimos o por el contrato colectivo, si lo hubiere en la empresa contratante. O, en último caso, se determinará por la costumbre. Si el contrato reúne estos elementos será del trabajo, aun cuando las partes hubieren adoptado otra denominación. Siendo esta una materia en que se requiere

especialmente proteger al trabajador, lo importante es la realidad de la relación laboral, antes que las formalidades externas que pudieron o no haberse seguido.

En cambio, la falta de uno de estos elementos determinará que no haya un contrato de trabajo. En la práctica el elemento que más conflictos puede producir es la existencia o no de una relación de dependencia, pues en algunos casos puede ser dudoso el que una persona esté prestando sus servicios bajo la dependencia de propia cuenta.

El Código Civil ecuatoriano se refiere al contrato de trabajo en los siguientes términos:

"Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con la otra, a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas..." (CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, 2012).

Entonces en el contrato de trabajo implica el acuerdo de dos partes, donde lógicamente el trabajador es quien tiene que aceptar las condiciones impuestas por el empleador.

El contrato de trabajo, si bien desde el principio no estuvo regulado como tal, fue posteriormente que fue tomando forma hasta alcanzar la categoría que tiene hoy en día como producto de la evolución y el cambio que ha tenido el Derecho Social en el mundo y particularmente en nuestro país.

El Dr. Jorge Montero Maldonado, al referirse al Contrato de trabajo manifiesta:

"Con la expresión Contrato de Trabajo, en un primer momento y hasta principios de este siglo, se consideró a unos de los contratos innominados en el Código Civil; posteriormente se lo individualizó y aparece regulado de modo especial a través de preceptos legales propios e imperativos del Derecho Social "... Esta acepción nos demuestra que el Contrato de Trabajo es reconocido como tal una vez incorporado en el Código del Trabajo. (MONTERO MALDONADO, 1974)

Guillermo Cabanellas define al contrato de trabajo en los siguientes términos:

Aquel que tiene por objeto la prestación retribuida de servicios de carácter económico, ya sean industriales, mercantiles o agrícolas. Mas técnicamente cabe definirlo así: el que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico, y por el cual una de las partes da una remuneración o

recompensa a cambio de disfrutar o de servirse, bajo su dependencia o dirección de la actividad profesional de otra. (CABANELLAS, 1981).

Esta definición, se refiere a la prestación de servicios, la relación de dependencia y a la remuneración como elementos importantes en la celebración de un contrato de trabajo.

También se podría definir al Contrato de Trabajo como: "acuerdo de voluntades en virtud de lo cual el trabajador se compromete a prestar sus servicios por cuenta ajena, bajo la dirección y dentro de la entidad que corresponde a la persona a la persona física o jurídica que le contrata, a cambio de una remuneración" . En la actualidad y sobre la base de la constatada disparidad de fuerzas entre empresario y trabajador, las normas reguladoras del referido contrato tienden a ser normas imperativas en su mayoría y como tales, sustraídas a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, de las que resultan condiciones laborables más dignas en el ámbito de lo posible.

Está claro que existe una gran diferencia entre el trabajador y el empleador, sin embargo; en todo tipo de contrato al trabajador vende sus servicios por una remuneración, aceptando lógicamente las reglas imperativas por parte del patrono.

3.2.- Partes que intervienen en el contrato individual de trabajo

Para que exista la relación laboral por medio de un contrato de trabajo, debe haber dos partes: el empleador y el trabajador.

Por empleador entendemos "a la persona, entidad o empresa de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual el trabajador ejecuta la obra o a quien preste el servicio o quien presta el servicio". Nace esta figura jurídica de empleador cuando existen relaciones laborales entre dos personas, en el cual el uno es el patrono o empleador y el otro es trabajador o empleado.

Por trabajador entendemos el que trabaja o presta sus servicios a las órdenes o bajo relación de dependencia de otro, llamado empleador.

3.2.1.- Patrono.

Al patrono se la conoce como empleador. Al respecto, el Código de Trabajo ecuatoriano, manifiesta:

Art. 10.- Concepto de empleador.- La persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario o empleador.

El Estado, los consejos provinciales, las municipalidades y demás personas jurídicas de derecho público tienen la calidad de empleadores respecto de los obreros de las obras públicas nacionales o locales. Se entiende por tales obras no sólo las construcciones, sino también el mantenimiento de las mismas y, en general, la realización de todo trabajo material relacionado con la prestación de servicio público, aun cuando a los obreros se les hubiere extendido nombramiento y cualquiera que fuere la forma o período de pago. Tienen la misma calidad de empleadores respecto de los obreros de las industrias que están a su cargo y que pueden ser explotadas por particulares.

También tienen la calidad de empleadores: la Empresa de Ferrocarriles del Estado y los cuerpos de bomberos respecto de sus obreros. (CÓDIGO DE TRABAJO ECUATORIANO, 2012).

El empleador es la persona o entidad a quien se presta los servicios. Se le llama también empresario.

El empleador puede ser una persona natural o jurídica de cualquier clase. Su capacidad, entonces, se determinará según cada caso:

- a) Persona natural: tendrá plena capacidad para contratar, según las reglas del Código Civil; es decir si es mayor de 18 años y no está sujeto a ninguna clase de interdicción legalmente establecida.
- b) Persona Jurídica: necesita contratar mediante la intervención de sus representantes que pueden ser los directores, gerentes, administradores y, en general las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección y administración, aunque no tengan poder escrito y suficiente. La Naturaleza social del Derecho del Trabajo determina que, en este caso, el empleador y sus representantes sean solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador.
- c) Si se tratare de una asociación de hecho, sin personería jurídica, a la cual el trabajador va a prestar sus servicios, cualquiera, de sus integrantes podrá contratar, pero todos serán responsables para con el trabajador.

3.2.2.- Trabajador.

Por trabajador se entiende el que trabaja o presta sus servicios a las órdenes o bajo relación de dependencia de otro, llamado empleador.

El Código de Trabajo, al respecto manifiesta:

"Art. 9.- Concepto de trabajador.- La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero." (CÓDIGO DE TRABAJO ECUATORIANO, 2012).

El trabajador es la persona física que presta a otra, sus servicios personales por virtud de un contrato sea éste expreso o tácito.

En sí, trabajador "es la persona natural que se compromete a la realización del trabajo o la prestación de servicio materia de contrato". Se habla de persona natural puesto que únicamente en ella está la posibilidad material, física de realizar un trabajo, ejecutar una obra o de prestar un servicio.

No se debe olvidar que toda legislación protege al trabajador con la finalidad de proporcionarle como dice la constitución una vida digna, es decir una vida de esperanza, de un mejor porvenir, y esto se lo puede lograr con el trabajo respetado por el empleador. Nuestra constitución garantiza el trabajo con una remuneración justa y sobre todo estabilidad en el mismo, así:

Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno derecho a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido y aceptado. (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008).

3.3.- Clasificación de los contratos individuales de trabajo

El Código de Trabajo Ecuatoriano da una clasificación del contrato de Trabajo,

Art. 11.- clasificación.- El contrato de trabajo puede ser:

- a) Expreso o tácito, y el primero, escrito o verbal;

- b) A sueldo, a jornal, en participación y mixto;
- c) Por tiempo fijo, por tiempo indefinido, de temporada, eventual y ocasional;
- d) A prueba;
- e) Por obra cierta, por tarea y a destajo;
- f) Por enganche;
- g) Individual, de grupo o por equipo; y,
- h) Nota: Literal derogado por Decreto Legislativo No. 8, publicado en Registro Oficial Suplemento 330 de 6 de Mayo del 2008. (CÓDIGO DE TRABAJO ECUATORIANO, 2012)

El código Trabajo Ecuatoriano clasifica a los contratos de trabajo por las personas que intervienen, el modo, la dependencia, la remuneración y, el plazo.

Realizando un estudio de los Art. 12 y siguientes del Código de Trabajo, los contratos de trabajo individuales se clasifican de la siguiente forma:

Por la forma de celebración: estos contratos de trabajos se encuentran normados en el art. 12 del Código de Trabajo y se clasifican en:

- a) El contrato de trabajo es tácito cuando no ha habido ninguna estipulación expresa.
- b) Es expreso cuando patrono y trabajador acuerdan las condiciones, sea de palabra o por escrito.

El contrato expreso es verbal "si el acuerdo ha sido de palabra". (CÓDIGO DE TRABAJO ECUATORIANO, 2012)

“Es escrito cuando las estipulaciones constan en un documento (escritura pública o instrumento privado), que se registra ante el inspector de Trabajo o, a falta de éste, ante el Juez de Trabajo, quienes pueden otorgar copias certificadas del contrato. Para cierto tipo de contratos es obligatorio que consten por escrito, solo para los que requieren de conocimientos técnicos, o de un arte o profesión; los de obra cierta que excedan de cinco salarios mínimos vitales; los contratos a destajo o por tarea con más de un año de duración; los de prueba; los de enganche; los de grupo y equipo; los eventuales, ocasionales y de temporada; los de aprendizaje; los que se estipulan por uno o más años; los que se pactan por horas; los contratos colectivos y los demás que determine la ley” . Si estos contratos no constan por escrito son nulos, más la nulidad sólo puede alegarla el trabajador y no el patrono.

Los contratos escritos que se celebran ante una autoridad de trabajo se registran en un libro especial que se lleva para el efecto. Deben contener, además del lugar, fecha y nombre de los contratantes:

- a) Clase de trabajo
- b) Forma de ejecución
- c) Remuneración
- d) Tiempo de duración
- e) Lugar de trabajo,
- f) Sanciones, en caso de haberse convenido.

Por la forma de remuneración: Encontramos los siguientes contratos:

Art. 13.- Formas de remuneración.- En los contratos a sueldo y a jornal la remuneración se pacta tomando como base, cierta unidad de tiempo.

Contrato en participación es aquel en el que el trabajador tiene parte en las utilidades de los negocios del empleador, como remuneración de su trabajo.

La remuneración es mixta cuando, además del sueldo o salario fijo, el trabajador participa en el producto del negocio del empleador, en concepto de retribución por su trabajo. (CÓDIGO DE TRABAJO ECUATORIANO, 2012)

Por el tiempo de duración del contrato: Los contratos de trabajo, por esta característica, se clasifican en:

a) Duración Mínima: La ley ha establecido el tiempo de 1 año como duración mínima de los contratos de trabajo, con las siguientes excepciones:

- * Contratos de obra cierta que no sean habituales de la empresa
- * Contratos eventuales, ocasionales y de temporada
- * Contratos de servicio doméstico
- * De aprendizaje
- * De artesanos con sus operarios
- * Contratos de prueba
- * Los demás que determine la ley.

b) Contrato a tiempo fijo: Es aquél en el cual se establece un límite de duración, el cual no podrá ser menor de 1 año. Tampoco puede ser por más de 2 años, porque concluido este plazo el contrato a tiempo fijo se convierte en contrato a tiempo indefinido.

Para que el contrato a tiempo fijo se termine legalmente y no se convierta en contrato a tiempo indefinido, el empleador deberá notificar al trabajador 30 días antes del plazo fijado, mediante desahucio. Si es el trabajador el que desahucia, la notificación se hará al patrono 15 días antes del plazo fijado para la terminación del contrato.

c) Contrato a tiempo indefinido: Es aquel en el cual o no se establece el tiempo de duración o se dice expresamente que se estipula a tiempo indefinido". Este contrato tiene también el mínimo de un año de duración. (CÓDIGO DE TRABAJO ECUATORIANO, 2012).

CONTRATOS ESPECIALES POR LA FORMA DE EJECUTARSE

Hay cinco contratos que son especiales por la forma de ejecución o el tiempo de duración. Estos contratos son:

a) Contrato por obra cierta, que se encuentran normados en el art. 16 del código de Trabajo.

El contrato es por obra cierta cuando el trabajador toma a su cargo la ejecución de una labor determinada, por una remuneración que comprende la totalidad de la misma, sin tomar en consideración el tiempo que se invierta en ejecutarla.

Cuando el pintor se compromete a pintar una casa por una cantidad determinada de dinero trabaja mediante contrato por obra cierta. El precio se paga por la pintura del inmueble y no cuenta, para fines de la remuneración, el tiempo que tome el pintor para concluir su obra.

Hay que recordar que este contrato no está sujeto al tiempo mínimo de duración (un año); por tanto, puede ejecutarse en un día, un mes, o en el tiempo que requiera la ejecución de la obra. Terminada la obra, termina el contrato.

Los trabajadores por obra cierta están amparados por las disposiciones referentes al salario básico unificado, pago de horas suplementarias y extraordinarias, descanso semanal y vacaciones. Sin embargo, es difícil controlar la aplicación de estos derechos en el caso de obra cierta, pues como el patrono no regula directamente el horario del trabajador, no se puede verificar si el trabajo se hizo en día ordinario o en día feriado, en jornada ordinaria o en jornada suplementaria. De allí la dificultad de aplicar los principios referentes a vacaciones, jornada máxima de trabajo, salario mínimo, recargo por horas suplementarias, etc.

b) Contrato por tarea: En el contrato por tarea, "el trabajador se compromete a ejecutar una determinada cantidad de obra o trabajo en la jornada o en un período de tiempo previamente establecido". Se entiende concluida la jornada, por el hecho de cumplirse la tarea.

En este tipo de contrato se combinan los dos elementos: el tiempo y la obra cierta.

En el contrato por tarea, sí se pueden aplicar los derechos del trabajador respecto a salario mínimo, horas extras y descansos.

c) Contrato a destajo: En el contrato a destajo el trabajo "se realiza por piezas, trozos o medidas de superficie y, en general, por unidades de obra. La remuneración se pacta para cada una de ellas, sin tomar en cuenta el tiempo invertido en la labor". (CÓDIGO DE TRABAJO ECUATORIANO, 2012)

Volviendo al ejemplo del pintor que se compromete a pintar una casa, si el contrato es por toda la casa, es contrato de obra cierta; pero si el contrato se pacta por metro cuadrado de pintura, el contrato es a destajo.

d) Contratos eventuales, ocasionales y de temporada: No están sujetos a la duración mínima de un año. ..Eventuales son los que se realizan para satisfacer exigencias circunstanciales de la empresa, tales como reemplazar al personal en vacaciones o con licencia, con enfermedad o maternidad; también para atender los incrementos de trabajo motivados por una mayor demanda de trabajo o de servicios en actividades habituales de la empresa o del empleador o relacionados con las mismas. Su duración no excederá de 6 meses en el período de un año".

e) Ocasionales son los que "tienen por objeto la atención de necesidades emergentes o extraordinarias, no habituales de la empresa y cuya duración no excederá de 30 días en un año".

f) De temporada son los que, "por costumbre o por contratación colectiva, se celebran para trabajos cíclicos o periódicos". Los trabajadores serán llamados en cada temporada en que se los requiera; de lo contrario, se considerará que hay despido.

g) Contrato a prueba: "Es aquél en el cual patrono y trabajador inician la relación de trabajo sin comprometerse todavía a mantener la estabilidad de un año y quedan en libertad de darlo por terminado", por este entendimiento, el contrato de prueba puede concluirse por voluntad del trabajador o del empleado en cualquier momento, sin que sea necesaria la notificación de desahucio ni pago de indemnización.

El contrato a prueba tiene una duración máxima de 90 días, si transcurrido este lapso no se lo da por terminado, se convierte en contrato definitivo sujeto al año mínimo de duración. Muchas empresas acostumbran incluir en un solo documento el contrato de prueba y el contrato definitivo de trabajo. De esta manera, los 90 primeros días de servicio del trabajador se consideran período de prueba, concluido el cual, el contrato es definitivo. (CÓDIGO DE TRABAJO ECUATORIANO, 2012).

Contratos a tiempo parcial

El trabajador se obliga a laborar sábados, domingos y días festivos, como si fueran jornadas ordinarias, o sea sin recargo. Se permite este contrato cuando los trabajadores permanentes de una empresa no desean prestar servicios estos días y cuando el trabajador a tiempo parcial no tiene otro trabajo permanente. Se puede pactar, a más de las 8 horas de jornada ordinaria, hasta 4 horas suplementarias.

Se respetarán todos los derechos del trabajador, adaptándolos a esta modalidad.

También se permite el trabajo por jornada parcial, o sea, por lo menos de 8 horas diarias, que se pagará en proporción a la jornada completa

Maquila

"La maquila es un proceso industrial o de servicio que consiste en una elaboración, transformación, perfeccionamiento o reparación de bienes extranjeros que ingresan al país bajo el régimen de admisión temporal. Elaborado el producto, no se queda en el país, pues necesariamente tiene que exportarse".

La ventaja de la maquila es que crea puestos de trabajo, por eso el estado ecuatoriano dictó la Ley No. 90, promulgada el 3 de agosto de 1990, que reglamenta la operación maquiladora.

Los trabajadores de esta modalidad de trabajo gozan de las garantías básicas que contempla el Código del Trabajo, con las siguientes características especiales:

- a) No rige la estabilidad mínima de un año los contratos de maquilado pueden pactarse por plazos menores.
 - b) Cumplido el plazo convenido se termina el contrato sin más formalidad.
 - c) Se puede dar por terminado este contrato por causas justificadas no imputables al empleador y por concluirse la operación de la maquiladora.
 - d) En desabastecimiento de materia prima (que se importa), puede dar lugar a la suspensión del contrato de trabajo.
 - e) Se puede estipular jornadas parciales, diarias o semanales.
- El contrato de maquila se celebra por escrito ante el Inspector de Trabajo, que interviene también para autorizar la terminación de los contratos.

Contrato de prueba

"Con el objeto de conocer la eficacia del trabajador, antes de celebrar los contratos a plazo fijo o a plazo indefinido la ley permite establecer un período inicial de prueba de hasta noventa días durante el cual cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato sin lugar a indemnización alguna".

Al respecto, el código de Trabajo, sobre el contrato a prueba norma:

Art. 15.- contrato a prueba.- En todo contrato de aquellos a los que se refiere el inciso primero del artículo anterior, cuando se celebre por primera vez, podrá señalarse un tiempo de prueba, de duración máxima de noventa días. Vencido este plazo, automáticamente se entenderá que continúa en vigencia por el tiempo que faltare para completar el año. Tal contrato no podrá celebrarse sino una sola vez entre las mismas partes.

Durante el plazo de prueba, cualquiera de las partes lo puede dar por terminado libremente.

El empleador no podrá mantener simultáneamente trabajadores con contrato a prueba por un número que exceda al quince por ciento del total de sus trabajadores. Sin embargo, los empleadores que inicien sus operaciones en el país, o los existentes que amplíen o diversifiquen su industria, actividad o negocio, no se sujetarán al porcentaje del quince por ciento durante los seis meses posteriores al inicio de operaciones, ampliación o diversificación de la actividad, industria o negocio. Para el caso de ampliación o diversificación, la exoneración del porcentaje no se aplicará con respecto a todos los trabajadores de la empresa sino exclusivamente sobre el incremento en el número de trabajadores de las nuevas actividades comerciales o industriales.

La violación de esta disposición dará lugar a las sanciones previstas en este código, sin perjuicio de que el excedente de trabajadores del porcentaje arriba indicado, pasen a ser trabajadores permanentes, en orden de antigüedad en el ingreso a labores.”

El período de prueba puede acordarse por una sola vez y debe constar expresamente en el contrato. Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba. De hacerlo, se considerará de pleno derecho, que el empleador ha renunciado al período de prueba y el contrato está protegido en su vigencia por un año.

Por otra parte se considerará como un abuso si el empleador contratare sucesivamente a distintos trabajadores en periodos de prueba para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente, así como es prohibido que se cambie al trabajador de actividad, esto es de una dependencia a otra a base de contratos de prueba, privando en esta forma de estabilidad.

El empleador debe registrar al trabajador que comienza su relación laboral en dicho período. Las partes tienen los derechos y obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones establecidas y están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social.

El trabajador tiene derecho, durante el período mencionado, a las prestaciones por accidente o enfermedad de trabajo. El empleador no puede mantener al mismo tiempo más del quince por ciento de sus trabajadores con este tipo de contratos. Esta limitación no se aplica para empleadores que inicien sus operaciones, durante un período de seis meses. El

contrato de prueba no procede en actividades que son de naturaleza transitoria u ocasional, temporales, servicio doméstico, aprendizaje, etc.

CAPITULO IV

4.- ANÁLISIS COMPARATIVO DEL ÁMBITO LABORAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS CONTENIDO EN LA LOSEP Y EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO.

4.1.- Semejanzas y diferencias

El artículo 22 de la Ley de Servicio Público contempla como **deberes de las o los servidores públicos**, los siguientes:

- a) Respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución de la República, leyes, reglamentos y más disposiciones expedidas de acuerdo con la Ley;
- b) Cumplir personalmente con las obligaciones de su puesto, con solicitud, eficiencia, calidez, solidaridad y en función del bien colectivo, con la diligencia que emplean generalmente en la administración de sus propias actividades;
- c) Cumplir de manera obligatoria con su jornada de trabajo legalmente establecida, de conformidad con las disposiciones de esta Ley;
- d) Cumplir y respetar las órdenes legítimas de los superiores jerárquicos. El servidor público podrá negarse, por escrito, a acatar las órdenes superiores que sean contrarias a la Constitución de la República y la Ley;
- e) Velar por la economía y recursos del Estado y por la conservación de los documentos, útiles, equipos, muebles y bienes en general confiados a su guarda, administración o utilización de conformidad con la ley y las normas secundarias;
- f) Cumplir en forma permanente, en el ejercicio de sus funciones, con atención debida al público y asistirlo con la información oportuna y pertinente, garantizando el derecho de la población a servicios públicos de óptima calidad;
- g) Elevar a conocimiento de su inmediato superior los hechos que puedan causar daño a la administración;
- h) Ejercer sus funciones con lealtad institucional, rectitud y buena fe. Sus actos deberán ajustarse a los objetivos propios de la institución en la que se desempeñe y administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas de su gestión;
- i) Cumplir con los requerimientos en materia de desarrollo institucional, recursos humanos y remuneraciones implementados por el ordenamiento jurídico vigente;
- j) Someterse a evaluaciones periódicas durante el ejercicio de sus funciones; y, Custodiar y cuidar la documentación e información que, por razón de su empleo, cargo o comisión tenga bajo su responsabilidad e impedir o evitar su uso indebido, sustracción, ocultamiento o inutilización.

El artículo 45 del Código del Trabajo contempla como **obligaciones del trabajador** las siguientes:

- a) Ejecutar el trabajo en los términos del contrato, con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, en la forma, tiempo y lugar convenidos;
- b) Restituir al empleador los materiales no usados y conservar en buen estado los instrumentos y útiles de trabajo, no siendo responsable por el deterioro que origine el uso normal de esos objetos, ni del ocasionado por caso fortuito o fuerza mayor, ni del proveniente de mala calidad o defectuosa construcción;
- c) Trabajar, en casos de peligro o siniestro inminentes, por un tiempo mayor que el señalado para la jornada máxima y aún en los días de descanso, cuando peligren los intereses de sus compañeros o del empleador. En estos casos tendrá derecho al aumento de remuneración de acuerdo con la ley;
- d) Observar buena conducta durante el trabajo;
- e) Cumplir las disposiciones del reglamento interno expedido en forma legal;
- f) Dar aviso al empleador cuando por causa justa faltare al trabajo;
- g) Comunicar al empleador o a su representante los peligros de daños materiales que amenacen la vida o los intereses de empleadores o trabajadores;
- h) Guardar escrupulosamente los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurra, directa o indirectamente, o de los que él tenga conocimiento por razón del trabajo que ejecuta;
- i) Sujetarse a las medidas preventivas e higiénicas que impongan las autoridades; y,
- j) Las demás establecidas en este Código.

El artículo 23 de la LOSEP contempla como **derechos de las servidoras y los servidores públicos** los que se enuncian a continuación:

- a) Gozar de estabilidad en su puesto;
- b) Percibir una remuneración justa, que será proporcional a su función, eficiencia, profesionalización y responsabilidad. Los derechos y las acciones que por este concepto correspondan a la servidora o servidor, son irrenunciables;
- c) Gozar de prestaciones legales y de jubilación de conformidad con la Ley;
- d) Ser restituidos a sus puestos luego de cumplir el servicio cívico militar; este derecho podrá ejercitarse hasta treinta días después de haber sido licenciados de las Fuerzas Armadas;
- e) Recibir indemnización por supresión de puestos o partidas, o por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, por el monto fijado en esta Ley;
- f) Asociarse y designar a sus directivas en forma libre y voluntaria;
- g) Gozar de vacaciones, licencias, comisiones y permisos de acuerdo con lo prescrito en esta Ley;

- h) Ser restituidos en forma obligatoria, a sus cargos dentro del término de cinco días posteriores a la ejecutoria de la sentencia o resolución, en caso de que la autoridad competente haya fallado a favor del servidor suspendido o destituido; y, recibir de haber sido declarado nulo el acto administrativo impugnado, las remuneraciones que dejó de percibir, más los respectivos intereses durante el tiempo que duró el proceso judicial respectivo si el juez hubiere dispuesto el pago de remuneraciones, en el respectivo auto o sentencia se establecerá que deberán computarse y descontarse los valores percibidos durante el tiempo que hubiere prestado servicios en otra institución de la administración pública durante dicho periodo;
- i) Demandar ante los organismos y tribunales competentes el reconocimiento o la reparación de los derechos que consagra esta Ley;
- j) Recibir un trato preferente para reingresar en las mismas condiciones de empleo a la institución pública, a la que hubiere renunciado, para emigrar al exterior en busca de trabajo, en forma debidamente comprobada;
- k) Gozar de las protecciones y garantías en los casos en que la servidora o el servidor denuncie, en forma motivada, el incumplimiento de la ley, así como la comisión de actos de corrupción;
- l) Desarrollar sus labores en un entorno adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar;
- m) Reintegrarse a sus funciones después de un accidente de trabajo o enfermedad, contemplando el período de recuperación necesaria, según prescripción médica debidamente certificada;
- n) No ser discriminada o discriminado, ni sufrir menoscabo ni anulación del reconocimiento o goce en el ejercicio de sus derechos;
- ñ) Ejercer el derecho de la potencialización integral de sus capacidades humanas e intelectuales;
- o) Mantener su puesto de trabajo cuando se hubiere disminuido sus capacidades por enfermedades catastróficas y/o mientras dure su tratamiento y en caso de verse imposibilitado para seguir ejerciendo efectivamente su cargo podrá pasar a desempeñar otro sin que sea disminuida su remuneración salvo el caso de que se acogiera a los mecanismos de la seguridad social previstos para el efecto. En caso de que se produjere tal evento se acogerá al procedimiento de la jubilación por invalidez y a los beneficios establecidos en esta ley y en las de seguridad social;
- p) Mantener a sus hijos e hijas, hasta los cuatro años de edad, en un centro de cuidado infantil pagado y elegido por la entidad pública;
- q) Recibir formación y capacitación continua por parte del Estado, para lo cual las instituciones prestarán las facilidades; y,

- r) Los demás que establezca la Constitución y la ley.

El artículo 24 de la LOSEP contempla las **prohibiciones a las servidoras y los servidores públicos**, así:

- a) Abandonar injustificadamente su trabajo;
- b) Ejercer otro cargo o desempeñar actividades extrañas a sus funciones durante el tiempo fijado como horario de trabajo para el desempeño de sus labores, excepto quienes sean autorizados para realizar sus estudios o ejercer la docencia en las universidades e instituciones politécnicas del país, siempre y cuando esto no interrumpa el cumplimiento de la totalidad de la jornada de trabajo o en los casos establecidos en la presente Ley;
- c) Retardar o negar en forma injustificada el oportuno despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que está obligado de acuerdo a las funciones de su cargo;
- d) Privilegiar en la prestación de servicios a familiares y personas recomendadas por superiores, salvo los casos de personas inmersas en grupos de atención prioritaria, debidamente justificadas;
- e) Ordenar la asistencia a actos públicos de respaldo político de cualquier naturaleza o utilizar, con este y otros fines, bienes del Estado;
- f) Abusar de la autoridad que le confiere el puesto para coartar la libertad de sufragio, asociación u otras garantías constitucionales;
- g) Ejercer actividades electorales, en uso de sus funciones o aprovecharse de ellas para esos fines;
- h) Paralizar a cualquier título los servicios públicos, en especial los de salud, educación, justicia y seguridad social; energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, procesamiento, transporte y distribución de hidrocarburos y sus derivados; transportación pública, saneamiento ambiental, bomberos, correos y telecomunicaciones;
- i) Mantener relaciones comerciales, societarias o financieras, directa o indirectamente, con contribuyentes o contratistas de cualquier institución del Estado, en los casos en que el servidor público, en razón de sus funciones, deba atender personalmente dichos asuntos;
- j) Resolver asuntos, intervenir, emitir informes, gestionar, tramitar o suscribir convenios o contratos con el Estado, por sí o por interpuesta persona u obtener cualquier beneficio que implique privilegios para el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Esta prohibición se aplicará también

- para empresas, sociedades o personas jurídicas en las que el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan interés;
- k) Solicitar, aceptar o recibir, de cualquier manera, dádivas, recompensas, regalos o contribuciones en especies, bienes o dinero, privilegios y ventajas en razón de sus funciones, para sí, sus superiores o de sus subalternos; sin perjuicio de que estos actos constituyan delitos tales como: peculado, cohecho, concusión, extorsión o enriquecimiento ilícito;
 - l) Percibir remuneración o ingresos complementarios, ya sea con nombramiento o contrato, sin prestar servicios efectivos o desempeñar labor específica alguna, conforme a la normativa de la respectiva institución;
 - m) Negar las vacaciones injustificadamente a las servidoras y servidores públicos; y,
 - ñ) Las demás establecidas por la Constitución de la República, las leyes y los reglamentos.

El Art. 46 del Código Laboral, al referirse a las **prohibiciones al trabajador** señala:

- a) Poner en peligro su propia seguridad, la de sus compañeros de trabajo o la de otras personas, así como de la de los establecimientos, talleres y lugares de trabajo;
- b) Tomar de la fábrica, taller, empresa o establecimiento, sin permiso del empleador, útiles de trabajo, materia prima o artículos elaborados;
- c) Presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la acción de estupefacientes;
- d) Portar armas durante las horas de trabajo, a no ser con permiso de la autoridad respectiva;
- e) Hacer colectas en el lugar de trabajo durante las horas de labor, salvo permiso del empleador;
- f) Usar los útiles y herramientas suministrados por el empleador en objetos distintos del trabajo a que están destinados;
- g) Hacer competencia al empleador en la elaboración o fabricación de los artículos de la empresa;
- h) Suspender el trabajo, salvo el caso de huelga; e,
- i) Abandonar el trabajo sin causa legal

Referente a las **jornadas legales de trabajo** el Art. 25 de la LOSEP establece que las jornadas de trabajo para las entidades, instituciones, organismos y personas jurídicas señaladas en el artículo 3 del mismo cuerpo legal, pueden tener las siguientes modalidades:

- a) Jornada Ordinaria: Es aquella que se cumple por ocho horas diarias efectivas y continuas, de lunes a viernes y durante los cinco días de cada semana, con cuarenta horas semanales, con períodos de descanso desde treinta minutos hasta dos horas diarias para el almuerzo, que no estarán incluidos en la jornada de trabajo; y,
- b) Jornada Especial: Es aquella que por la misión que cumple la institución o sus servidores, no puede sujetarse a la jornada única y requiere de jornadas, horarios o turnos especiales; debiendo ser fijada para cada caso, observando el principio de continuidad, equidad y optimización del servicio, acorde a la norma que para el efecto emita el Ministerio de Relaciones Laborales.

Las servidoras y servidores que ejecuten trabajos peligrosos, realicen sus actividades en ambientes insalubres o en horarios nocturnos, tendrán derecho a jornadas especiales de menor duración, sin que su remuneración sea menor a la generalidad de servidoras o servidores.

Las instituciones que en forma justificada, requieran que sus servidoras o sus servidores laboren en diferentes horarios a los establecidos en la jornada ordinaria, deben obtener la aprobación del Ministerio de Relaciones Laborales. En el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, esta facultad será competencia de la máxima autoridad.

Sobre las **jornadas y descansos** el Código del Trabajo establece:

Art. 47.- De la jornada máxima.- La jornada máxima de trabajo será de ocho horas diarias, de manera que no exceda de cuarenta horas semanales, salvo disposición de la ley en contrario.

El tiempo máximo de trabajo efectivo en el subsuelo será de seis horas diarias y solamente por concepto de horas suplementarias, extraordinarias o de recuperación, podrá prolongarse por una hora más, con la remuneración y los recargos correspondientes.

Art. 48.- Jornada especial.- Las comisiones sectoriales y las comisiones de trabajo determinarán las industrias en que no sea permitido el trabajo durante la jornada completa, y fijarán el número de horas de labor.

La jornada de trabajo para los adolescentes, no podrá exceder de seis horas diarias durante un período máximo de cinco días a la semana.

Art. 49.- Jornada nocturna.- La jornada nocturna, entendiéndose por tal la que se realiza entre las 19H00 y las 06H00 del día siguiente, podrá tener la misma duración y dará derecho a igual remuneración que la diurna, aumentada en un veinticinco por ciento.

Art. 50.- Límite de jornada y descanso forzosos.- Las jornadas de trabajo obligatorio no pueden exceder de cinco en la semana, o sea de cuarenta horas hebdomadarias.

Los días sábados y domingos serán de descanso forzoso y, si en razón de las circunstancias, no pudiere interrumpirse el trabajo en tales días, se designará otro tiempo igual de la semana para el descanso, mediante acuerdo entre empleador y trabajadores.

Art. 51.- Duración del descanso.- El descanso de que trata el artículo anterior lo gozarán a la vez todos los trabajadores, o por turnos si así lo exigiere la índole de las labores que realicen. Comprenderá un mínimo de cuarenta y ocho horas consecutivas.

Art. 52.- Trabajo en sábados y domingos.- Las circunstancias por las que, accidental o permanentemente, se autorice el trabajo en los días sábados y domingos, no podrán ser otras que éstas:

1. Necesidad de evitar un grave daño al establecimiento o explotación amenazado por la inminencia de un accidente; y, en general, por caso fortuito o fuerza mayor que demande atención impostergable. Cuando esto ocurra no es necesario que preceda autorización del inspector del trabajo, pero el empleador quedará obligado a comunicárselo dentro de las veinticuatro horas siguientes al peligro o accidente, bajo multa que será impuesta de conformidad con lo previsto en el artículo 628 de este Código, que impondrá el inspector del trabajo.

En estos casos, el trabajo deberá limitarse al tiempo estrictamente necesario para atender al daño o peligro; y,

2. La condición manifiesta de que la industria, explotación o labor no pueda interrumpirse por la naturaleza de las necesidades que satisfacen, por razones de carácter técnico o porque su interrupción irroque perjuicios al interés público.

Art. 53.- Descanso semanal remunerado.- El descanso semanal forzoso será pagado con la cantidad equivalente a la remuneración íntegra, o sea de dos días, de acuerdo con la naturaleza de la labor o industria. En caso de trabajadores a destajo, dicho pago se hará tomando como base el promedio de la remuneración devengada de lunes a viernes; y, en ningún caso, será inferior a la remuneración mínima.

4.2.- Necesidad o no de reformas a las normas vigentes

La Constitución de la República del Ecuador, como se ha indicado, en el tercer inciso del Art. 229 señala que Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo; mientras que el Art. 4 inciso segundo de la Ley Orgánica del Servicio Público estipula que: "*Las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo*".

El Art. 9 del Código del Trabajo al referirse al trabajador señala que es la persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero.

El Código Laboral ecuatoriano, conserva una distinción si se quiere alejada a la realidad actual, pues el diferenciar al "obrero" del "empleado" por el hecho de que en el primero prevalece una actividad material sobre la intelectual, es inadecuado, y así la doctrina lo manifiesta: "...Esta diferencia no se ajusta a la realidad del trabajo moderno, pues en todas las actividades existe, por lo menos, una cierta labor intelectual, ya que la actitud totalmente manual es completamente limitada, y aun en la puramente intelectual no puede dejar de preverse la posibilidad de alguna tarea manual."⁵⁶ (MARTÍNEZ VIVOT, 1999).

Art. 9 de la Ley de Seguridad Social ecuatoriana, define al trabajador en relación de dependencia como empleado, obrero, servidor público, y toda persona que presta un servicio o ejecuta una obra, mediante un contrato de trabajo o un poder especial o en virtud de un nombramiento extendido legalmente, y percibe un sueldo o salario, cualquiera sea la naturaleza del servicio o la obra, el lugar de trabajo, la duración de la jornada laboral y el plazo del contrato o poder especial o nombramiento.

4.3.- Trabajadores y obreros, semejanzas y diferencias

4.3.1.- Trabajador

Un trabajador o trabajadora es la persona física que con la edad legal suficiente presta sus servicios retribuidos subordinados a otra persona, a una empresa o institución. Cuando no tiene la edad suficiente, se considera trabajo infantil. Si no presta los servicios de forma voluntaria, se considera esclavitud o servidumbre.

⁵⁶ Julio Martínez Vivot, *Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Sexta Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 52

Estos servicios pueden ser prestados dentro del ámbito de una organización y bajo la dirección de otra persona física o persona jurídica, denominada empresario (si tiene ánimo de lucro) o empleador, normalmente institucional (si no lo tiene); o bien como trabajador independiente o autónomo, cuando éste tiene afán lucrativo, no mantiene relación contractual sino mercantil y realiza personalmente la actividad o el servicio.

El concepto moderno de trabajador, como el de empresario, surge con la revolución industrial del siglo XIX y se consolida durante la denominada segunda revolución industrial. Esta dicotomía social, económica y productiva establecería las diferentes clases sociales: clase capitalista (el concepto de burguesía se utiliza desde el siglo XVII) y clase obrera (proletariado o clase baja). En el manifiesto comunista, Marx y Engels, definen al conjunto de trabajadores dependientes como proletariado:

Por proletarios se comprende a la clase de trabajadores asalariados modernos, que, privados de medios de producción propios, se ven obligados a vender su fuerza de trabajo para poder existir.

En la teoría marxista, frente a la burguesía, el trabajador es la clase social que no tiene la propiedad de los medios de producción. Por lo tanto, la única fuente de ingresos para los proletarios es la venta de su trabajo, de su fuerza de trabajo.

La 'Sociedad Capitalista' se define como aquella sociedad política y jurídica basada en una organización específica del trabajo, el dinero y la utilidad de los recursos de producción, caracteres propios del capitalismo. En el orden capitalista, la sociedad está formada por clases socioeconómicas en vez de estamentos como son propios del feudalismo y otros órdenes pre-modernos. Se distingue de éste y otras formas sociales por la posibilidad de movilidad social de los individuos, por una estratificación social de tipo económica, y por una distribución de la renta que depende casi enteramente de la funcionalidad de las diferentes posiciones sociales adquiridas en la estructura de producción.

La dicotomía burgués-obrero, capitalista-trabajador, empresario-asalariado articulará la historia social y política de los países occidentales durante la segunda mitad del siglo XIX y el siglo XX. Sin embargo la complejización de los procesos productivos, su mecanización, la aparición de trabajadores cualificados y altamente cualificados, el desarrollo del sector servicios frente al sector industrial, la aparición de nuevas figuras jurídicas y laborales -como trabajador autónomo, a veces difícil de distinguir de empresario-, el taylorismo digital y las consecuencias de la tercera revolución

industrial, hacen que la realidad en las décadas finales del siglo XX y principios de siglo XIX sea mucho más compleja en su análisis y teorización⁵⁷. (BAILÓN, 2004)

4.3.2.- Clase Obrera

En sociología, la clase obrera muchas veces designa o es asimilada al proletariado y a la clase baja. En los medios de comunicación en países como España, es común nombrar a la clase media y no nombrar a la clase obrera, lo que da lugar a la confusión de identificarla con la clase media. (MOVIMIENTO OBRERO ARGENTINO, 2013).

Clase obrera o proletariado designa al conjunto de trabajadores que, desde la revolución industrial, aportan básicamente el factor trabajo en la producción y a cambio reciben un salario o contraprestación económica, sin ser propietarios individuales de los medios de producción. El término se contrapone así a clase capitalista o sector social que acapara el capital, así como al artesanato, sector en donde por lo general los trabajadores son propietarios de los útiles de producción.

En un sentido sociológico más vago y a la vez más restringido, también se entiende por clase obrera, el grupo de trabajadores industriales asalariados. Con este alcance se la diferencia de otros grupos de trabajadores como los campesinos, los esclavos, los trabajadores autónomos o los empleados de servicios. Este significado del término es equivalente al término inglés de «blue collar workers» (trabajadores de cuello azul).

El término clase obrera empezó a utilizarse en castellano durante la segunda mitad del siglo XIX como traducción de la expresión inglesa "working class" (clase trabajadora), que adquirió importancia en los primeros escritos socio-económicos de Karl Marx y Federico Engels. Sociólogos posteriores redefinieron el término usándolo con sentidos ligeramente diferentes, y que ha permanecido en uso hasta nuestros días, aunque evolucionando en sus matices y generalidad del uso.

En castellano, el término ha dejado de ser puramente descriptivo y es usado o evitado con finalidades políticas. Su uso es frecuente dentro del marxismo, el anarquismo, el socialismo, el comunismo y el sindicalismo y es evitado, ignorado o marginado, en la terminología de la derecha política así como en la de la izquierda institucional.

⁵⁷ <http://es.wikipedia.org/wiki/Trabajador>

Por el contrario su equivalente inglés, "working class", es de uso generalizado tanto en los estudios sociológicos y económicos como en la conversación cotidiana, distinguiéndose a su vez entre "blue collar workers" (trabajadores de cuello azul) y "white collar workers" (trabajadores de cuello blanco) para referirse a los obreros y empleados respectivamente⁵⁸. (CLIFF, 2013).

Con el Decreto Ejecutivo No. 225, publicado en el Registro Oficial No. 123 de fecha 04 de febrero de 2010, el Presidente Rafael Correa Delgado reformó a su vez el Decreto Ejecutivo Nro. 1701, que regula la contratación colectiva en el Ecuador, señalando disposiciones como las siguientes:

"La calificación de obreras y obreros sujetos al Código del Trabajo y, por ende, a la contratación colectiva de trabajo, estará a cargo del Ministerio de Relaciones Laborales. Las organizaciones sindicales nacionales legalmente reconocidas podrán realizar veedurías al proceso de clasificación"⁵⁹. (R.O. 123, 2010)

"1.1.1 PARÁMETROS DE CLASIFICACIÓN DE SERVIDORES Y OBREROS:

1.1.1.1.- Para efectos de la aplicación de lo previsto en este decreto, serán considerados como servidoras y servidores, aquellas personas que realicen actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, de conformidad a lo establecido en el número 16 del Art. 326 de la Constitución de la República, los que estarán sujetos a las leyes que regulan la administración pública; los trabajadores y trabajadoras, empleados y técnicos que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y/o de especialización industrial, en cada institución o empresa pública, serán considerados obreros regulados por el Código del Trabajo.

1.1.1.2.- Las personas que desempeñen funciones de Jefatura al realizar actividades directivas, serán considerados como servidores, sujetos a la LOSCCA y/o a las leyes que regulan la Administración Pública.

1.1.1.3.- Las personas que realizan funciones de supervisión prioritariamente de nivel administrativo estarán sujetos al ámbito de la LOSCCA y/o a las leyes que regulan la administración pública, los demás supervisores se registrarán por las normas del Código de Trabajo.

⁵⁸ http://es.wikipedia.org/wiki/Clase_obrera

⁵⁹ Decreto Ejecutivo No. 225.- Registro Oficial No. 123 04/02/2010

1.1.1.4.- Por la naturaleza de las actividades que realizan, son trabajadores sujetos al Código del Trabajo: conserjes, auxiliares de enfermería, auxiliares de servicios, telefonistas, choferes, operadores de maquinaria y equipo pesado e industrial, ayudantes de las categorías indicadas en este numeral, guardias, personal de limpieza, mensajeros, técnicos en relación a las actividades descritas en este párrafo, recaudadores de recursos económicos del sistema de transporte y otros de similar naturaleza.

1.1.1.5.- Las personas que en función de la clasificación de servidor y obrero que realice el Ministerio de Relaciones Laborales, con sujeción a este decreto, pasen de ser considerados bajo el régimen del Código del Trabajo a ser servidores bajo el amparo de la LOSCCA y/o las leyes que regulan la Administración Pública, mantendrán los derechos que hubieren adquirido en la contratación colectiva en lo referente a remuneraciones, retiro y jubilación patronal, esta última siempre que hubieren laborado al menos 13 años en la misma institución, los mismos que se contabilizarán para efectos de ésta. Los derechos económicos que se mantendrán serán aquellos que no hayan sido eliminados o excluidos en virtud de este decreto ejecutivo, con los límites establecidos en los mandatos constituyentes. Para el caso de retiro para acogerse a la jubilación se aplicará un solo beneficio, o el establecido en el contrato colectivo o el que se pague en la institución pública, el que sea más favorable a la persona....⁶⁰. (R.O. 123, 2010).

⁶⁰ Decreto Ejecutivo No. 225.- Registro Oficial No. 123 04/02/2010

CAPITULO V

5.- DISEÑO METODOLOGICO

Esta investigación fue de carácter documental, orientada a consultar normas nacionales e internacionales sobre el régimen vigente del servicio público; constitución, códigos, leyes, reglamentos, textos de doctrina y jurisprudencia. El estudio se direccionó al análisis crítico, reflexivo, y descriptivo sobre cada tema que permitirá explorar y después con análisis crítico describir la idea. Se realizó en periodos de tiempo horizontales, esto fue a medida que se obtuvieron los conocimientos, se los comprendió y encajó en el tema posterior, para así dominar el tema, métodos y técnicas.

Los métodos que se utilizó fueron: el **Inductivo**, que desde lo particular a lo general desarrolló habilidades y estrategias en el aprendizaje de la institución objeto del estudio que luego fueron transmitidas; el **Deductivo**, que permitió realizar distintas presunciones, sostenidas en las ventajas y desventajas de la aplicación de las diferentes normas, llegando a hechos particulares que permitió entender mejor la investigación, y sobre estas bases levantar el proyecto de reformas planteado; y, el **Comparativo**, que asintió hacer un análisis comparativo de las normas y los efectos que producen en su correcta aplicación.

Las técnicas que se emplearon en el desarrollo del presente trabajo investigativo fueron: recolección, procesamiento y análisis de datos. Se utilizaron fichas bibliográficas y de transcripción textual para organizar el conocimiento gradualmente, y fichas de textos jurídicos para establecer la referencia y competencia de la norma, el nombre de la ley o decreto y el año.

Los datos fueron procesados tomando como punto de partida el análisis crítico de las normas que aplican en el derecho administrativo público en los diferentes instrumentos legales como son Constitución, códigos, leyes, reglamentos, jurisprudencia y doctrina y luego proyectados a examinar la necesidad o no una reforma a la Ley Orgánica de Servicio Público.

CAPITULO VI

6.- DISCUSIÓN DE RESULTADOS Y ANÁLISIS

A lo largo de la investigación se ha efectuado un estudio analítico, jurídico y doctrinario a través de las diferentes teorías, definiciones en relación con el régimen laboral de las y los servidores públicos, donde se emplearon los medios necesarios para llegar a determinar la necesidad de reformar dicho régimen.

Es así que efectuada la temática doctrinaria, jurídica y empírica puedo señalar que logré estudiar críticamente la problemática que formule al iniciar al iniciar la investigación, por lo cual presento a continuación la discusión de resultados y análisis.

6.1 Verificación de objetivos

El objetivo general planteado al inicio del proyecto de investigación fue “Determinar el régimen jurídico laboral que rige a los servidores públicos señalados en los Arts. 229 de la Constitución y 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, a través del análisis de los principios, normas, doctrina y jurisprudencia aplicable a cada uno, para establecer la existencia o no de un vacío legal y proponer una reforma de ley”.

El objetivo general planteado al inicio del presente trabajo de investigación, se verifica en forma total y satisfactoria en el presente estudio, y con el correspondiente sustento analítico, doctrinario y crítico, que se lo ha determinado en el contenido del trabajo, logrando establecerlo en base a todo el estudio minucioso que se ha realizado en nuestra legislación laboral, principalmente de la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica del Servicio Público y el Código del Trabajo.

El primer objetivo específico consistió en “Conocer sobre los principios, normas, doctrina, jurisprudencia que rige a los servidores públicos en nuestra legislación”.

Verificación.- El objetivo específico planteado se verifica con el desarrollo del marco teórico en el que se encuentra incluida la literatura, análisis doctrinario y jurídico en el presente trabajo, realizado a la legislación laboral ecuatoriana y fundamentalmente con el desarrollo de los capítulos uno, dos tres y cuatro del trabajo de tesis.

El segundo objetivo específico refería en “Fundamentar teóricamente las instituciones del derecho del Trabajo aplicables a los obreros del sector público”.

Verificación.- El objetivo específico dos, se logró determinar con el análisis a la parte objetiva a la legislación laboral ecuatoriana, específicamente el Código del Trabajo y la Ley

Orgánica del Servicio Público, que principalmente se encuentran analizados en los capítulos tres y cuatro del marco teórico, en donde se encuentran temas como el contrato individual de trabajo con definiciones y partes que intervienen en su celebración, su clasificación, semejanzas y diferencias entre obreros y servidores, etc.

El tercer objetivo específico fue “Identificar si la LOSEP contiene normas aplicables a las obreras y obreros del servicio público”.

Verificación.- El tercer objetivo específico se logró verificar negativamente, pues la Ley Orgánica de Servicio Público, contiene normas que son aplicables al trabajador en general, más no al obrero u obrera, esto según lo dispuesto por el inciso segundo del artículo cuatro de la LOSEP.

Finalmente el cuarto objetivo específico rezaba “Analizar si cabe un proyecto de reforma a la LOSEP, que establezcan la jurisdicción y competencia del servidor público obrera u obrero”.

Verificación.- El cuarto objetivo específico se logró verificar con el análisis realizado principalmente a los cuerpos legales de la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica del Servicio Público, EL Código Laboral, en donde se evidencia que existe una contradicción o confusión de términos utilizados en el inciso segundo del Art. 4 de la LOSEP, con lo preceptuado en la Constitución de la República de nuestro país en el inciso tercero del Art. 229 y lo dispuesto en el art. 9 del Código Laboral.

6.2.- Contrastación de hipótesis

La hipótesis que se sostuvo desde el planteamiento del proyecto investigativo refería a que “Es necesaria una reforma a la Ley Orgánica del Servicio Público para establecer los principios y normas aplicables al contrato de trabajo de las obreras y obreros del sector público o estas se encuentran plenamente establecidas en el Código del Trabajo”.

La hipótesis planteada en el proyecto de investigación, se ha confirmado a través del presente estudio, y lo he estructurado en los siguientes términos:

En general los trabajadores tanto públicos como privados de nuestro país, cuentan con un sistema integral de protección a sus derechos, estipulados en las leyes y cuya fundamentación se encuentra determinada en la misma Constitución de la República, pero más allá de aquello, la realidad es que es necesario delimitar el régimen laboral que rige al sector público por la confusión de términos utilizados en el inciso tercero del Art. 229 de la

Constitución que dice: Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo” y el Art. 4 inciso segundo de la Ley Orgánica del Servicio Público, que estipula: “Las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo”, si bien es cierto estos artículos coinciden en la clasificación de los servidores públicos, hay error de conceptos respecto a singularizar a las obreras y obreros como trabajadoras y trabajadores, singularizando a los segundos con términos genéricos; trabajadores dice art. 9 del Código de Trabajo son los empleados y obreros; esta aplicación errada tiene como efecto ampliar el ámbito de la LOSEP para los servidores públicos sujetos al Código del trabajo, por existir esta confusión, de considerar a las obreras y obreros como trabajadoras y trabajadores; por ello es necesario un estudio comparativo de las instituciones jurídicas que protegen a los servidores públicos en su legal clasificación según la LOSEP y las normas contenidas en el Código del Trabajo para las obreras y obreros del sector público y así identificar sus semejanzas y diferencias y analizadas que sean establecer si cabe o no una reforma a la LOSEP o si es suficiente la prevalencia de la norma constitucional contenida en el Art. 229 inciso tercero por ser la carta magna del Estado ecuatoriano cuyas normas fundamentales prevalecen sobre las demás conforme lo señala el Título IX de la Constitución Art, 424 que señala “la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso de carencia de eficacia jurídica”.

Por tanto, el supuesto hipotético planteado al inicio de la presente investigación, ha sido verificado a través del análisis minucioso y esmerado que he realizado a nuestra legislación laboral, determinando que amerita una reforma a la Ley Orgánica de Servicio Público, en la cual se determine claramente los servidores públicos que en su calidad de obreros se encuentren amparados bajo el régimen del Código Laboral.

CONCLUSIONES

La clase obrera en el mundo a través de la lucha perseverante ha conseguido una serie de conquistas laborales que han sido necesarias para eliminar abusos como trabajo infantil, largas jornadas de trabajo, falta de protección social, salarios insuficientes, prohibición de asociarse, entre otras; lo cual ha traído como consecuencia a través de la historia, las reformas del derecho laboral y se han plasmado como triunfos de la clase obrera, que han sido alcanzados con el sacrificio de muchas vidas humanas que creyeron en una verdadera revolución laboral.

Nuestra Carta Magna preceptúa como irrenunciables e intangibles los derechos laborales, sin embargo todavía resulta una verdadera conquista laboral poder hacerlos respetar, en el derecho privado como público, lo cual es evidente con la suscripción de renunciaciones anticipadas que firma el trabajador al momento de suscribir su contrato de trabajo, la compra de renunciaciones a la cual no puede oponerse el servidor público y que se practican a diario en nuestro país, es decir que aun hoy en día el derecho al trabajo continua siendo un sueño por alcanzar.

La igualdad ante la ley que preceptúa nuestra Constitución, dentro del ámbito laboral es inaplicable e inalcanzable, ya que los obreros que trabajan 8 horas diarias, de lunes a viernes por un mes en una empresa privada, reciben menos remuneración que si lo realizan en una entidad pública, desempeñando las mismas labores. A esto debe tomarse en consideración que en el sector público siempre gozará de una remuneración mayor y de mejores beneficios. Igual cosa sucede si hablamos de los profesionales cuyos ingresos poseen una notable diferencia, entonces el principio de a igual trabajo, igual remuneración, en nuestro país es inalcanzable.

En nuestro país existen básicamente dos cuerpos legales que regulan las relaciones laborales, conforme lo hemos analizado durante el desarrollo del presente trabajo investigativo, la Ley Orgánica de Servicio Público y el Código de Trabajo; la primera regula las relaciones de trabajo existentes entre las servidoras o servidores públicos que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público; y, el segundo regula las relaciones entre empleadores y trabajadores y se aplican a las diversas modalidades y condiciones de trabajo, tanto en el ámbito público como privado.

El artículo 4 de la Ley Orgánica de Servicio Público en su segundo inciso establece que las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán sujetas al Código del Trabajo, lo cual

entra en contradicción con lo establecido en el Art. 9 del Código del Trabajo y el Art. 229 de la Constitución de la República, al no precisar la clase de trabajadores que se amparan en el Código Laboral.

Es necesario reformar el artículo 4 de la Ley Orgánica de Servicio Público, incorporando disposiciones que clarifiquen quiénes son los servidores públicos sujetos al Código del Trabajo.

RECOMENDACIONES

El Estado ecuatoriano a través de sus diversas instituciones, debe proteger al trabajador sea obrero o empleado y respetar sus derechos, ya que de nada serviría modificar cuerpos legales incorporando disposiciones que regulen relaciones laborales, si nuestro Estado los vulnera, como en la actualidad ocurre con la aplicación del decreto 813 por ejemplo o con la criminalización del derecho a la huelga.

La Asamblea Nacional debe reformar las normas que rigen las relaciones laborales en nuestro país, pues con una Constitución absolutamente garantista como la que poseemos, no es admisible las contradicciones existentes entre la Ley Orgánica de Servicio Público, la Carta Magna y el Código de Trabajo.

Recomiendo finalmente a la Asamblea Nacional que acoja la propuesta de reforma que presento a continuación para que de ser considerada pertinente sea puesta en vigencia con la finalidad de garantizar una correcta aplicación de las normas relacionadas con los derechos laborales.

PROYECTO DE REFORMAS A LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO

La Honorable Asamblea Nacional de la República del Ecuador

CONSIDERANDO:

Que en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador se establece como más alto deber del Estado el respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución;

Que el artículo 325 del texto constitucional garantiza el derecho al trabajo, reconociendo todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores;

Que el segundo inciso del artículo 4 de la Ley Orgánica de Servicio Público establece que las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo;

Que el artículo 9 del Código del Trabajo conceptúa o define al trabajador como la persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra, pudiendo ser empleado u obrero;

Que el artículo 229 de la Constitución de la República del Ecuador en su tercer inciso establece que las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo;

Que en el artículo 424 del texto constitucional, se establece la supremacía que tiene la Constitución sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, pero es necesario armonizar y clarificar los contenidos legales a efecto de evitar ambigüedades;

Que la Constitución de la República del Ecuador, en el numeral 6 del artículo 120, preceptúa entre las atribuciones y deberes de la Asamblea Nacional, el expedir, codificar, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio;

En uso de sus atribuciones, resuelve expedir la siguiente:

LEY REFORMATORIA A LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO

ARTÍCULO UNO: En el segundo inciso del artículo 4 de la Ley Orgánica de Servicio Público sustitúyase la frase “las trabajadoras y trabajadores” por “las obreras y obreros”.

ARTÍCULO DOS: Como tercer inciso del artículo 4 de la Ley Orgánica de Servicio Público incorpórese el siguiente: “Por la naturaleza de las actividades que realizan, son obreras u obreros sujetos al Código del Trabajo: conserjes, auxiliares de enfermería, auxiliares de servicios, telefonistas, choferes, operadores de maquinaria y equipo pesado e industrial, ayudantes de las categorías indicadas en este numeral, guardias, personal de limpieza, mensajeros, técnicos en relación a las actividades descritas en este párrafo, recaudadores de recursos económicos del sistema de transporte y otros de similar naturaleza.

DISPOSICIONES GENERALES.- Queda derogadas todas las disposiciones legales que se opongan a la presente ley.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS.- La presente ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la República del Ecuador, Distrito Metropolitano de San Francisco de Quito, en la Sala de Sesiones del Plenario de las Comisiones Legislativas de la H. Asamblea Nacional, a los días del mes dede dos mil trece.

f) El Presidente

f) El Secretario

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELLÁN, M. G., & GARCÍA FIGUEROA, A. (2005). *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra.
- ÁVILA, S. R. (2009). *Neoconstitucionalismo y Sociedad.- Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad.- Copyright.- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*.
- BAILÓN, R. (2004). *wikipedia*. Recuperado el 08 de agosto de 2012, de <http://es.wikipedia.org/wiki/Trabajador>
- BEJARANO, S. (2001). *PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL*. Costa Rica: OIT.
- BIELSA, R. (1980). *Derecho Administrativo. Sexta Ed., tomo II*. Buenos Aires - Argentina: s.e.
- CABANELLAS, G. (1981). *Diccionario*. Heliasta S.R.L: Buenos Aires - Argentina.
- CANO RAMÍREZ, A. (2006). Recuperado el 10 de octubre de 2012, de http://www.ulpgc.es/hege/almacen/download/38/38196/tema_5_elementos_para_una_definicion_de_evaluacion.pdf .-
- CLIFF, T. (30 de diciembre de 2013). *wikipedia*. Obtenido de http://es.wikipedia.org/wiki/Clase_obrera
- CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO. (2012). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- CÓDIGO DE TRABAJO ECUATORIANO. (2012). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. (2009). Quito - Ecuador: Ediciones Legales del Ecuador.
- *Const. Past. Gaudium et Spes, Nº 68*. (s.f.).
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. (2008). Quito - Ecuador: Corporación de Ediciones y Publicaciones.
- CORREA DELGADO, R. (21 de enero de 2007). *Voltairenet.org*. Obtenido de <http://www.voltairenet.org/Rafael-Correa-nivelar-por-arriba>
- CRETELLA, J. J. (1967). *Curso de derecho administrativo*. Río de Janeiro: Compañía Editora Forense.
- DE OTTO, I. (1997). *Derecho Constitucional sistema de fuentes*. Barcelona, 1997: Ariel,.

- Escuela de Administración Regional. (2009). Recuperado el 03 de abril de 2012, de http://empleopublico.jccm.es/empleopublico/c/document_library/get_file?uuid=82d6ad7c-3b75-4d80-a0d8-60b2ac70305f&groupId=10129
- FEVOLA, C. (s.f.). *Derecho del Trabajo*. Recuperado el 11 de noviembre de 2012, de <http://www.monografias.com/trabajos30/derecho-laboral/derecho-laboral.shtml>
- FIORAVANTI, M. (1998). *Los Derechos Fundamentales, Apuntes de Historia de las Constituciones*. Madrid: Trotta.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ, T. R. (1998). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas.
- GUERRERO, O. (1968). *Principios de Administración Pública*. Obtenido de <http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/sites/csa/principio/leccion5.html>
- GUERRERO, O. (2007). *Principios de Administración Pública*. Obtenido de <http://www.omarguerrero.org/libros/papp200.pdf>
- HAMILTON, A. (1987). *A. El Federalista. Carta 78*. México: FCE.
- HIDALGO ANDRADE, G. (2008). *Apuntes de Derecho Laboral ecuatoriano. Teoría y práctica. desde Quito, Ecuador*. Recuperado el 11 de Noviembre de 2012, de wikilearning.com.
- JARAMILLO ORDOÑEZ, H. (1994). *Manual de Derecho Administrativo*. Quito: Cámara Ecuatoriana del Libro - Núcleo de Pichincha.
- JARAMILLO, O. H. (2008). *LA ADMINISTRACION PUBLICA.- Revista Judicial Derecho Ecuador.- Fecha de Publicación Jueves*.
- JELLINEK. (2000). *Teoria general del Estado*. México: FCE.
- Ley 30 España. (21 de febrero de 1992). [scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx). Recuperado el 2012, de http://www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Becarios/Becarios_033.pdf
- LOSEP. (2012). *Ley Orgánica de Servicio Público*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería, Sentencia C-864 (07 de septiembre de 2004).
- MARTÍNEZ VIVOT, J. (1999). *Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sexta Edición*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

- MERKL, A. (1975). *Teoría general del derecho administrativo*. México: Nacional.
- MONTERO MALDONADO, J. A. (1974). *El Derecho Laboral Ecuatoriano*. Quito - Ecuador: Universitaria - Universidad Central.
- MORALES VITERI, J. (2008). *Democracia Sustancial: Sus elementos y conflicto en la práctica, en Neoconstitucionalismo y Sociedad, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, refiriéndose a Ricardo Guasti*. Quito.
- MOVIMIENTO OBRERO ARGENTINO. (30 de julio de 2013). Obtenido de <http://movimientoobreroargentino.blogspot.com/2013/11/clase-obrera-explotacion-laboral.html>
- NEVADO, P. T. (07 de julio de 2006). *Análisis jurídico del principio de eficacia en la actuación pública.- Profesor Titular de Derecho Administrativo.- Universidad de Salamanca*. Recuperado el 21 de febrero de 2012, de <http://www.acuentascanarias.org/Maspalomas2006/PonenciaPNevado.pdf>
- R.O. 16 . (2005). *Ley Orgánica de Servicio Público*. Quito - Ecuador: Ediciones Legales.
- R.O. 123. (2010). *Decreto Ejecutivo 225*. Quito: Ediciones Legales.
- R.O. 451. (2008). *Registro Oficial.- Suplemento No. 451 de 22 de Octubre de 2008. Resolución aprobada por el Pleno del Tribunal Constitucional*. Quito - Ecuador: Ediciones Legales.
- RODRÍGUEZ, L. (2000). *Derecho administrativo*. Bogotá: Editorial Temis.
- SANTOFIMIO, J. O. (1994). *Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SARRÍA, E. (1974). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Publicaciones C.E.I.D.A.
- SILVA, P. C. (2008). *Las Garantías de los Derechos, en Neoconstitucionalismo y Sociedad, Serie Justicia y Derechos Humanos*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos,.
- SS JUAN PABLO II. (1988). *Carta enc. Sollicitudo rei socialis*.
- SUARDÍAZ, J. H. (2008). *REVISTA ÉTICA Y SOCIEDAD .-El principio de participación*. Recuperado el 03 de Agosto de 2012, de <http://www.cbioetica.org/revista/81/812728.pdf>

- UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA. (2012). .- *ÁREA JURÍCA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA.- Carrera De Derecho.-Módulo 11.- Régimen Jurídico De La Adminstración Pública.- 2011-2012.* Quito - Ecuador.
- ZAGREBELSKY, G. (1995). *El derecho dúctil.* Madrid: Trotta.
- ZAVALA, E. J. (2009). *Apuntes sobre neoconstitucionalismo acciones de protección y ponderación acción de inconstitucionalidad proceso constitucional.- Única Edición.* Guayaquil: Edilex S.A.