

UNIVERSIDAD TECNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ESCUELA DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Régimen labral en el sector público.

**Tesis de Grado previo a la obtención del título de
Magister en Derecho Administrativo**

AUTOR: Edi Marcelo Suárez Ochoa
DIRECTOR: Lenin Patricio Baca Mancheno

Centro Universitario: Azogues

2011



Magister Patricio Baca Mancheno
DIRECTOR DE TESIS

CERTIFICA

Que el presente trabajo de investigación realizado por el estudiante Dr. Edi Marcelo Suárez Ochoa, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, ajustándose a las normas establecidas por la Universidad Técnica particular de Loja, por lo que autorizo su presentación.

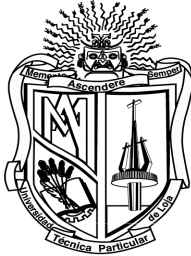
Loja, 26 de septiembre de 2011.

.....
Director

Autoría

Yo, Edi Marcelo Suárez Ochoa como autor del presente trabajo de investigación, soy responsable de las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el mismo.

.....
Autor de la Tesis
0301160826



CESION DE DERECHOS: Yo, Edi Marcelo Suárez Ochoa, declaro ser autor del presente trabajo y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales.

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.

Loja, 26 de septiembre de 2011.

.....
Edi Marcelo Suárez Ochoa
Autor de la Tesis



AGRADECIMIENTO

Sobre todo para la Universidad Técnica Particular de Loja. Para el Señor Doctor Patricio Baca Mancheno, Director de esta investigación.

Mi agradecimiento a mis compañeros de trabajo, quijotes en la defensa de los derechos de los seres humanos.

A mis hermanas y hermano, por impulsarme siempre a seguir adelante.

.....

AUTOR DE LA TESIS



DEDICATORIA

A mis tres hijas; mariposas preciosas. Ellas son azucenas, orquídeas y rosas.

A mi esposa, compañera siempre; en la salud y en la enfermedad, en la pobreza y en la necesidad.

A mi madre. La luz de mis ojos.

A mi padre, héroe que siempre inspira. Por su coraje ante la vida. Sus herramientas de carpintero no fueron limitante para aprender y superarse, para tener conciencia social y sobre todo para enseñar lo bello de la solidaridad para el que menos tiene.

Al Dr. Segundo Ignacio Serrano Serrano, mi eterno maestro, mi amigo. Su valentía y fidelidad ideológica son atributos que siempre admiré en él.

.....

AUTOR DE LA TESIS

INDICE DE CONTENIDOS

Certificación del Director	II
Autoría	II
Cesión de derechos	III
Agradecimiento	IV
Dedicatoria	V
Resumen	VI
Indice	VII
Introducción	IX

CAPITULO I

– Principios del Derecho del Trabajo	11
1.1 Distinción de los empleados y los obreros	12
1.2 Consideraciones de la OIT	13
1.3 Servidores Públicos	14
1.4 Libre Nombramiento y Remoción	14
1.5 Obreras u Obreros	15
1.6 Relaciones del D. De Trabajo con otras ramas	16
1.6.1 Con el Derecho Civil	16
1..6.2 Con el Derecho Mercantil	17
1.6.3 Con el Derecho Constitucional	18
1..6.4 Con el Derecho Administrativo	18
1.6.5 Con la Seguridad Social	19

CAPITULO II

a. Marco Constitucional previo a la Asamblea Constitucional	21
b. Propuestas en Torno a la Asamblea Constituyente de Mont.	22
c. Mandatos Constituyentes 2, 4 y 8	27
d. Marco Legal Post-Constitucional de Montecristi. Decretos Eje.	32
e. LOSSCCA Vigencia y Derogación	35
f. Ley Orgánica de Servicio Público	37
g. Principios, Objetivos y Disposiciones Fundamentales	38
h. Acceso al Servicio Público, Calificación, Incidencia	40

i. Del Nepotismo	43
j. Inhabilidades y Prohibiciones para el Servicio Público	45
2.10.1 Consecuencias de la Inhabilidades	46
k. Régimen Disciplinario	48
l. El Sumario Administrativo	50
m. Recursos del Servidor Público	53
2.13.1 Recurso de Reposición	54
2.13.2 Recurso de Alzada	54
2.13.3 Recurso de Revisión	54
2.13.3 Recursos en lo Contencioso Administrativo	55
2.13.3.1 Recurso Subjetivo o Plena Jurisdicción	55
1.13.3.2 Recurso Objetivo o de Anulación	55

CAPITULO III

3.1 Límites de edad en el Ejercicio del Servicio Público	56
3.2 Los Extranjeros en el Servicio Público	63
3.2.1 Características del Flujo Migratorio	64
3.2.2 Registro de Movimientos Migratorios	65
3.2.3 Registro de Visas de Residencia	66
3.2.4 Inmigración Laboral	66
3.2.5 Derecho al Trabajo y Seguridad Social	67
3.3 La Procuraduría General del Estado y sus pronunciamientos	69

CAPITULO IV

4 Derecho de Repetición	73
a. Silencio Administrativo	77
4.4.1 Jurisprudencia	80
Conclusiones	82
Recomendaciones	85
Bibliografía	86

RESUMEN

En este trabajo de investigación vamos a encontrar el proceso de construcción de la Carta Política del Estado, sobre todo en lo relacionado con los temas laborales, para lo cual analizamos las normas constitucionales del 98, los mandatos constituyentes, el proceso de discusión de la Mesa Constituyente 6, la aprobación de la Asamblea de los temas laborales y el marco jurídico post constitucional.

Dentro de la vigencia de un Estado Constitucional de derechos y justicia, es fundamental que se analice la vigencia de una Ley Orgánica de Servicio Público y sus disposiciones en torno a la edad de un servidor, aspecto que fue considerado por el legislador, como factores que inciden en la posibilidad de ascender o de terminar la dependencia laboral. Hago un seguimiento a la construcción de este cuerpo normativo, cuyo contenido fue parte de los hechos del llamado 30 de septiembre, que nuevamente puso en vilo el sistema democrático. A partir de este análisis, hemos visto el afán del Ejecutivo de incluir en este marco normativo, el concepto de la renuncia obligatoria; que buscó ser agregado a través del veto presidencial y ante la negativa del Legislativo, se lo ha agregado como Decreto Ejecutivo.

Otro tema que es analizado en esta investigación es lo relacionado al ingreso de los extranjeros en el servicio público y nos hemos podido dar cuenta que el impacto es mínimo y no hay ningún desplazamiento de mano de obra o talento ecuatoriano por esta disposición, para el estudio nos valemos de datos del 2007, proporcionados por el INEC, principalmente.

Se ha abordado el papel de la Procuraduría General del Estado en la determinación del régimen laboral en el sector público, mediante pronunciamientos vinculantes, dejando de lado al Ministerio Laboral y a quien le corresponde administrar su talento humano y fijar la normativa correspondiente. Finalmente, se ha insistido en la necesidad de legislar en torno al derecho de repetición.

INTRODUCCIÓN

Uno de los mayores cambios que registró el mundo las últimas décadas fue justamente el laboral. El triunfo del neoliberalismo buscó la desregulación económica con el objetivo de liberar a la acumulación del capital de todo control social; ello generó un retroceso en las condiciones de trabajo de los sectores populares, un cambio cualitativo del capitalismo y una reformulación en las relaciones políticas entre las clases sociales, y en estas condiciones actuó la Asamblea Constituyente en el año 2007-2008, con la intención de “*construir*” desde la sociedad civil una nueva Constitución, que haga posible un pacto social y genere nuevos principios y normas que permitan mayor inclusión, equidad, participación y justicia social.

Esta misma Asamblea Nacional a partir de su aceptación mediante consulta popular pretendía recoger el sentir ciudadano; miles de delegaciones la visitaron, para hacer conocer sus intereses y pretensiones. En el ámbito laboral, ante todo se buscaba terminar con figuras como la tercerización y la intermediación laboral, entendidas como expresiones mercantilistas de la mano de obra o nuevas formas de explotación, los trabajadores buscaban que sus conquistas se respeten y para ello generaron iniciativas, muchas de las cuales fueron atendidas, otras como veremos, no tuvieron tratamiento alguno y por ello hacía falta una investigación que redescubra muchos hechos que no han sido analizados con suficiencia. Conozco de la existencia de trabajos investigativos en torno al estudio de las relaciones laborales en el sector público, pero que enfoca el tema de la sindicalización, las utilidades, etc. Mi experiencia como Secretario Relator de la Asamblea Constituyente, permite un análisis desde otra óptica, si se quiere mucho más cercana a los hechos.

La revisión de actas de la Mesa Constituyente, de la Asamblea Constituyente; la entrevista personal con varios asambleístas, han sido las herramientas fundamentales para sacar conclusiones en torno a la determinación del régimen laboral en el sector público desde el marco constitucional y se ha podido determinar “omisiones” y posterior corrección, que seguramente obedecieron al cumplimiento de objetivos generales o a verificar la existencia de “*tribunales o instancias que estuvieron por encima de los constituyentes*”.

Los objetivos que nos trazamos al inicio de la investigación, los hemos concretado, por cuanto se ha analizado desde los diferentes enfoques, el régimen laboral en el sector público; comenzando por establecer los mecanismos históricos que permitieron diferenciar entre obreros y funcionarios, los unos sujetos a las leyes laborales y los otros sujetos a las leyes del servicio público, para ello se ha recurrido al estudio de la Constitución, del Código Laboral, de la LOSSCCA y la actual Ley Orgánica de Servicio Público, sin dejar de lado, decretos y otras herramientas jurídicas.

A través del estudio de las relaciones del Derecho Laboral con otra ramas del derecho, se ha profundizado las características propias de esta rama, y se ha podido verificar que el texto constitucional en verdad recoge el sentir de que el Derecho al trabajo es uno de los derechos sociales más importantes. En la historia de los sistemas sociales puede señalarse que siempre los trabajadores han sido la parte más débil y explotada por parte de los empleadores privados y públicos. Pero esa manifestación espléndida de nuestra Revolución Social que es la Declaración de los derechos sociales, dio como origen el nacimiento de legislación social que estableció la desigualdad formal para tratar de establecer la igualdad económica y hacer realidad una justicia compensadora a favor de los que menos tienen en la vida social, los trabajadores públicos y privados, trabajadores agrícolas, los campesinos, indígenas los niños, adolescentes, personas con capacidades diferentes, etc. En esta óptica, se hace necesario analizar los principios laborales desde la mirada de un Estado Constitucional de derechos y justicia. El estudio de la Constitución y la ley que regula el servicio público, han sido básicos para establecer que las necesidades del Ejecutivo se han “topado”, con las barreras constitucionales y que en lugar de detener, han pretendido ser esquivadas a través de herramientas jurídicas que en teoría en nada afectarían los mandatos constitucionales y o legales, pero que en la práctica se han vuelto acciones generadas desde el poder y que se las ha empleado como formas de emprender en procesos de “*reingeniería laboral*”; así como hemos visto que la edad de una persona no determina el fin de su dignidad, esta se la revaloran. El estudio sobre la “*Determinación de las nuevas regulaciones emanadas vías decretos y su sostén en el marco constitucional, que podrían afectar derechos laborales.*”, se han concretado lamentablemente.

CAPÍTULO I

1 PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

En concordancia con el principal cometido de la Constitución de la República, se considera el trabajo como derecho humano fundamental, determinante para toda la legislación y hechos prácticos, por lo tanto, es un derecho y un deber social; un derecho económico, ajeno a los objetos mercantiles, especulativos y de subjetividades incompatibles a este texto (conviene recordar, que la prestación de servicio lícitos y personales, fue considerada una mercancía más, sujeta al comercio, a través de mecanismos como la tercerización y la intermediación laboral en todas las actividades posibles). Goza de la protección del Estado, el que le asegura al trabajador el respeto a su dignidad y una existencia decorosa, estableciendo como remuneración básica, la que cubra sus necesidades fundamentales y las de su familia.

La doctrina laboral abundante, encuentra varios principios en torno al derecho humano al trabajo,, por ello tomamos el criterio del Dr. Gabriel Hidalgo Andrade:

- **PRINCIPIO PROTECTORIO:** “Se sancionan a las normas laborales para proteger a los trabajadores, reduciendo al mínimo el juego de la autonomía de la voluntad. Este principio corrige la desigualdad economía existente entre el empleador y su dependiente, procurando así el necesario equilibrio, considera que no hay equidad en la relación y establece una medida de carácter afirmativa a favor del trabajador”.

- **EL PRINCIPIO DE "LA NORMAS MÁS FAVORABLE" (PRO OPERARIO):** “Que es cuando coexisten 2 o más normas, se aplicara aquella que contenga mayores beneficios para los trabajadores. Se refiere a la conservación de los derechos adquiridos por el trabajador, en el caso de sanción de nuevas normas laborales de carácter general menos favorable”.

-**PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD:** “Las normas laborales se imponen a los sujetos de la relación de trabajo más allá de su propia voluntad y a pesar de ella. De allí que su renuncia por el trabajador no está permitida. Será nula toda estipulación que diga o manifieste lo contrario, ya sea una manifestación contractual o no”.

- **PRINCIPIO DE CONTINUIDAD:** “El contrato individual de trabajo es de tracto sucesivo, y no se agota en una prestación. Se mantiene en el tiempo. Está relacionada con la seguridad en el trabajo, sin que ello signifique que su ejercicio no prescriba en el tiempo”.

- **PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD:** “Cuando se utilizan métodos indirectos u oblicuos para presentar una autentica relación de trabajo como si fuera una figura jurídica tratando de imponer apariencia distinta, la simulación o el fraude se corrige aplicando este principio”.

- **PRINCIPIO DE BUENA FE:** “Constituye una obligación y compromiso común de los sujetos del contrato individual de trabajo. Los seres humanos deben conducirse con criterio de colaboración, solidaridad y lealtad. Este principio exige conducta como buen empleador y buen trabajador, en otras palabras que exista confianza entre las partes”.

- **PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN:** “Significa que no caben tratos desiguales de los trabajadores, en idénticas situaciones y circunstancias. La base de este principio es la igualdad ante la ley”.

En el estudio de principios y de derechos constitucionales, debemos tener presente, el contenido del artículo 11 de la Constitución Política de la República¹, que se refiere a la no discriminación, la igualdad, entre otros.

1.1 DISTINCIÓN DE LOS SERVIDORES Y LOS OBREROS

Será calificado como empleado u obrero, según el elemento predominante en la prestación de un servicio, sea intelectual o material. Será empleado cuando sus servicios sean predominantes las intelectuales y obrero cuando su actividad fuere

¹ Constitución de la República del Ecuador. El **referéndum constitucional de Ecuador de 2008**, conocido simplemente como **Referéndum 2008** o erróneamente como **Consulta Popular 2008**. El objetivo de este **referéndum** fue la aprobación o rechazo del proyecto constitucional redactado por la **Asamblea Nacional Constituyente 2007** en reemplazo de la de 1998 . Este fue el último proceso electoral organizado por el antiguo Tribunal Supremo Electoral (TSE), antes de ser reemplazado por los actuales **Consejo Nacional Electoral**.

predominantemente material; propuesta inicial que en la actualidad resulta bastante conflictiva, pues no hay actividad humana que no lleve implícito el empleo de la intelectualidad y la acción física. La distinción entre obrero y servidor, se genera por el amparo de normas diferentes, los primeros por el Código de Trabajo y demás regulaciones laborales y los segundos por la Ley de Servicio Público, que tiene la calidad de orgánica. La categorización de obreros ha sido históricamente discriminada, como una categoría inferior, de trabajador manual, de pala, de pico, de carreteras, los estibadores, propias para una clase social baja; mientras que un burócrata hacía una labor de oficina, “enfundado en un uniforme”, cerca de las autoridades que asumen decisiones, aquellos que planifican el trabajo de los operarios. Las diferencias entre los cuerpos legales son claras, a manera de ejemplo: los obreros acceden a la contratación colectiva (en el sector público, bajo condiciones que miren el interés público), a la huelga (los servidores públicos, están impedidos de suspender el servicio público), en el Código de Trabajo no existen límites de edad para la dependencia, o para el ascenso, entre otras diferencias.

1.1.1 CONSIDERACIONES DE LA OIT.

Sobre el presente análisis la OIT considera que el derecho y la perspectiva son de la distinción y la clasificación en dos categorías laborales, con tratamiento diferente, para efectos de sus derechos laborales y sindicales.

Así ha señalado la OIT en el Convenio de No. 98 de 1949, y reiterado aclaratoriamente por su comisión de expertos, al afirmar la existencia de empleados de “*Alto Nivel que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos*” los que obviamente están excluidos de los convenios y los de “bajo nivel, auxiliares” hacía quienes dirige el Convenio. En igual sentido, la motivación y contenido del Convenio No. 154 sobre la protección del derecho de sindicalización y los procedimientos determinar para las condiciones de empleo en la Administración pública” (parte 1, numeral 20)²

²La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es un organismo especializado de las Naciones Unidas que se ocupa de los asuntos relativos al trabajo y las relaciones laborales. Fue fundada el 11 de abril de 1919, en el marco de las negociaciones del Tratado de Versalles.

1. 2 SERVIDORES PÚBLICOS

El artículo 229 la Constitución de la República, señala que son servidores públicos *“Todas las personas que en cualquier forma o a cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público., garantizando la irrenunciabilidad de sus derechos. Los obreros que trabajan en el sector público, estarán sujetos al Código del Trabajo.”*

En concordancia encontramos lo prescrito en el numeral 16 del artículo 326 de la tantas veces citada Constitución de la República, en la cual se establece que *“En las instituciones del Estado y en las entidades del derecho privado en las que exista participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetan a las leyes que regulan la administración pública, los demás se sujetan a las normas del Código del Trabajo...”*. A diferencia de la Constitución anterior, hoy podemos establecer en forma clara y sin posibilidades de equivocarnos y menos realizar interpretaciones antojadizas, cuales son las personas que trabajando para el sector público son obreros y cuáles no.

Por otro lado, el artículo 233 de la Constitución de la República, prescribe que no habrá servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones, siendo responsables de la administración de fondos, bienes o recursos públicos. Otra obligación que tiene el funcionario público según el artículo 231 de la Constitución, es la de presentar al inicio como al final de su gestión, la declaración patrimonial jurada de bienes en el que incluya activos y pasivos la autorización para el levantamiento del sigilo bancario, requisito previo a la posesión, sin el cual no podrá hacerlo, entre otras obligaciones.

1.3 LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Los funcionarios que tienen a su cargo la dirección política y administrativa del Estado, y no son parte de la Carrera Administrativa, entre ellos: Quienes tienen a su cargo la dirección política y administrativa del Estado; las o los ministros, viceministros y subsecretarios de Estado; las o los titulares de los organismos de Transparencia y Control Social, de Control y Regulación y las segundas autoridades de estos organismos; las o los secretarios y subsecretarios comprendidos en el nivel jerárquico superior; Las o los puestos de coordinadores y subcoordinadores nacionales; Las o los directores y gerentes, subdirectores y subgerentes en todas sus categorías y niveles; las o los presidentes y vicepresidentes ejecutivos; las o los secretarios generales y prosecretarios; las o los intendentes de control; las o los asesores; las o los procuradores síndicos; las o los gobernadores; etc.

1.4 OBRERAS U OBREROS

Son aquellos sujetos al Código de Trabajo y que de manera excluyente serían todas excepto aquellas que no ejerzan funciones de representación, dirección, administrativas o profesionales. - Mas adelante se analizará la ubicación de los profesionales.-

El decreto 225, 225 emitido por el Presidente de la República indica por ejemplo: *“Para efectos de la aplicación de los 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 artículo 326 de la Constitución Política de la República, lo que estarán sujetos a las leyes que regulan la administración pública. Las trabajadoras y trabajadores, empleados y técnicos que de manera directa formen parte de los procesos operativos y/o de especialización industrial, en cada institución o empresa pública, serán considerados obreros regulados por el Código de Trabajo. Las personas que realizan funciones de supervisión prioritariamente a nivel administrativo estarán sujetas al ámbito de la LOSSCCA y/o a las leyes que*

regulan la administración pública, los demás supervisores se regirán por las normas del Código de Trabajo.

Por la naturaleza de las actividades que realizan son trabajadores sujetos al Código de Trabajo: Conserjes, auxiliares de enfermería, auxiliares de servicios, telefonistas, choferes, operadores de maquinaria y equipo pesado e industrial, ayudantes de estas categorías indicadas, 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.”

1.5 RELACIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO

Toda rama del Derecho tiene vinculaciones con otras disciplinas legales. En el caso del Derecho Laboral indudablemente tiene vínculos con otras ramas, especialmente con el Derecho Civil, el Derecho Mercantil, Constitucional y otras que merecen su estudio y análisis.

1.5.1 CON EL DERECHO CIVIL

De lo que hemos analizado en la parte histórica y los inicios de este Derecho, debemos recordar que el Derecho Civil en sus inicios y por algún tiempo reguló las relaciones de trabajo con cierta confusión, puesto que, al no saber cómo regularlo se lo hacía como un contrato de arrendamiento de servicios. Hasta la actualidad existe en nuestro Código Civil la institución del arrendamiento de servicios inmateriales, que es una forma de trabajo intelectual y que al mantenerse por muchos años, se presta para confusiones e indebidas aplicaciones.

El afán de establecer normas propias, de lograr su total autonomía por ser notoriamente diferente, con el aporte de tratadistas y el esfuerzo de asesores de la clase trabajadora, se fueron estableciendo normas, sistemas e instituciones que permitieron a esta nueva rama de Derecho, el alejarse del Derecho Civil y adoptar su propia identidad.

Sin embargo es innegable la relación estrecha que existe entre estas dos disciplinas jurídicas, ya que los principios básicos del Derecho Civil son adoptados en la legislación laboral, especialmente en cuanto a las bases y principios para la celebración de contratos, sus efectos, los derechos y responsabilidades de las personas, pero también del Derecho Laboral se han aportado principios a la legislación civil, como al establecer en 18 años la mayoría de edad, que inicialmente fue reconocida por la legislación del trabajo y luego en base a ella se reformó el Código Civil, rebajando la mayoría de edad de 21 años a 18, norma que se aplicó también en normas electorales. Además, esta vinculación es expresa, ya que en el Art. 6 del Código del Trabajo,³ se la reconoce como norma supletoria, de aplicación complementaria sobre todo cuando no exista disposición laboral al respecto en determinada situación que derive del trabajo. Al efecto el referido artículo explícitamente dice:

“En todo lo que no estuviere expresamente prescrito en este Código se aplicarán las disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil”.

En el Código del Trabajo hay notorios vacíos en cuanto a normas procesales y en aspectos fundamentales de naturaleza civil especialmente sobre forma de contratación, la capacidad, el consentimiento, principios de sucesión etc. y por tanto en esos casos se aplican habitualmente las normas civiles. Estos vacíos procesales, han sido analizado y el Ejecutivo ha anunciado que propondrá al Legislativo una propuesta de normas laborales, en las que se señale el proceso laboral administrativo y contencioso y sobre todo se determine claramente el régimen laboral para el sector público.

1.5.2 CON EL DERECHO MERCANTIL

El trabajo y el comercio han sido las actividades humanas primarias y paralelas que

³El primer Código del Trabajo fue promulgado en noviembre de 1938. La segunda codificación en noviembre de 1961; la tercera en julio de 1971; La cuarta en agosto de 1978; la quinta en septiembre de 1997 y la sexta fue publicada en el suplemento del registro oficial No. 167 del 16 de diciembre del año 2005

han permitido el desarrollo de los pueblos, que han marcado la diferencia entre las distintas culturas. El éxito de ciertos pueblos y civilizaciones se debieron al trabajo, la riqueza o pobreza de los países o sociedades tienen estrecha vinculación a las actividades creativas, por tanto el Derecho del Trabajo, con otra rama que mantuvo estrecha vinculación en sus inicios fue con el Derecho Mercantil, por ser actividades complementarias, pero a medida que fue adoptando sus propias instituciones y logrando su identidad y autonomía, se fue distanciando para tener sus propias características. Los comerciantes, los empresarios están regulados por la legislación mercantil, y sus relaciones con sus empleados o dependientes, se encuentran reguladas por la legislación laboral.

1.5.3 CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Todo ordenamiento legal tiene su base fundamental en las normas constitucionales. Los estados, las repúblicas al establecer las bases de sus instituciones, fijan en su constitución los principios rectores de los derechos y obligaciones de sus ciudadanos. De allí que las normas laborales nacen y se encuentran protegidas por las constituciones políticas, aún más, el Estado se ve obligado a dictar leyes específicas para regular los principios que se recogen en las normas constitucionales.

Nuestra última Carta Constitucional, tiene una sección dedicada exclusivamente al trabajo, en los que se determina los principios rectores de la legislación laboral, en base a los cuales el Estado, han ido adaptando las normas del Código del Trabajo. Esta estructura constitucional, ha determinado que en la actualidad se trabaje en una base legal laboral, que unifique la regulación a los dependientes del servicio público y establezca las normas para los obreros del sector privado, que establezca procedimientos ágiles y considere sobre todo al no trabajador y la necesidad de implementar fórmulas para el enrolamiento, como mecanismo de redistribución de la riqueza.

1.5.4 CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Administración etimológicamente se deriva del latín ADMINISTRARE que significa

gobernar, dirigir. Sus raíces son: AD que representa a y MINISTRAR que representa a servir, entonces, administrar es la acción de servir, por medio del gobierno, de la organización, la regulación, el control, la prevención y la sanción. La Administración Pública, no es otra cosa que la actividad permanente, irrenunciable y concreta del Estado para lograr sus objetivos. Para Rafael Bielsa,⁴ Derecho Administrativo, tomo I) define a la administración pública como *“un conjunto de servicios públicos organizados para realizar los fines del Estado”*

Es innegable que el Derecho Administrativo y el Derecho Civil, son los pilares de donde emanan las principales disposiciones que rigen al Derecho del Trabajo, basta tener en cuenta que el Ministerio de Relaciones Laborales, que es parte de la Administración Pública especializada, es la cartera del Estado que regula, controla y maneja la justicia laboral administrativa, a parte de la Función Judicial. Ministerio que está totalmente controlado por las normas del Derecho Administrativo, y que es la institución especializada que dictamina las políticas, normas, controles y reformas en materia laboral.

1.5.5 CON LA SEGURIDAD SOCIAL

Si recordamos que históricamente la seguridad social como tal, nació en la Edad Media en forma paralela a las acciones del trabajo, como una finalidad de las corporaciones ya que fue precisamente en los talleres, gremios y cofradías en donde sus miembros al tener situaciones y calamidades frecuentes, buscaron sistemas de ayuda mutua, de apoyo comunitario, con los cuales establecieron las normas iniciales y básicas de esta rama del derecho, siendo por tanto el trabajo su origen, su vínculo y razón de ser, motivo por el cual esta disciplina legal se ha desarrollado en forma lineal al Derecho Laboral; Es decir el Derecho de la Seguridad Social nació en forma paralela, dependiente y vinculado al Derecho del Trabajo, resultando en ciertos casos, difícil dividirlos o separarlos y peor aún pensar que son ramas diferentes o que no se encuentran estrechamente vinculadas por lo que se los asimila o confunde, cuando la doctrina y la ley en la actualidad les ha separado por

⁴Rafael Bielsa. Derecho administrativo. Tomo I. D. Administrativo. Legislación Administrativa Argentina. Bueno Aires. El Ateneo. 1947. **Rafael Bielsa** (n. [Rosario, Argentina, 15 de febrero de 1953](#)) es un [abogado](#), [político](#), [escritor](#) y [poeta](#) argentino. Fue [Ministro de Relaciones Exteriores](#) de la Nación desde el [25 de mayo de 2003](#), cuando asumió el presidente [Néstor Kirchner](#), hasta [diciembre de 2005](#).

sus propias finalidades.

La globalización no es patrimonio de los mercados, lo es también de los conjuntos jurídicos, de tal suerte que una rama del derecho, mantiene relación abierta con los demás componentes del derecho y del mundo jurídico, mucho más en el paso de un régimen legalista a uno donde la aplicación de los principios requiere la atención al contexto jurídico general, sobre todo que mira a la Constitución como norma mandatoria de aplicación inmediata, sin que se requiera de norma secundaria, que da paso a un sistema que deja abierto la posibilidad que de haber legislación más favorable a la dignidad humana se la incluya en la legislación interna.

El Derecho Laboral, no solo que guarda relación con las materias antes explicadas sino con otras muchas, como con el derecho internacional, con las normas sanitarias, etc.

CAPÍTULO II

2.1 MARCO CONSTITUCIONAL PREVIO A LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

La determinación entre obreros y servidores públicos siempre ha sido anárquica y en no pocos casos contradictoria, por la falta de políticas públicas que determinen con claridad esta condición de tal suerte que cada una de las instituciones calificaba el régimen laboral a su gusto y sabor, en otros casos, organismos como la Procuraduría General del Estado, han confluído con sus pronunciamientos. La Constitución Política llamada de 1998,⁵ determinaba en torno al régimen laboral, lo siguiente:

“Art. 35. Numeral 9. Se garantizará el derecho de organización de trabajadores y empleadores y su libre desenvolvimiento, sin autorización previa y conforme a la ley. Para todos los efectos de las relaciones laborales en las instituciones del Estado, el sector laboral estará representado por una sola organización.

Las relaciones de las instituciones comprendidas en los numerales 1, 2, 3 y 4, del Art. 118 y de las personas jurídicas creadas por ley para el ejercicio de la potestad estatal, con sus servidores, se sujetarán a las leyes que regulan la administración

⁵Constitución Política del Ecuador 1998. Se instaló como Asamblea Constitucional pero luego se autodenominó Constituyente. Redactó una nueva Constitución y legalizó el gobierno de Fabián Alarcón. Trabajo en Ambato, Quito, Sangolquí, Riobamba.

pública, salvo las de los obreros, que se regirán por el derecho del trabajo.

Cuando las instituciones del Estado ejerzan actividades que no puedan delegar al sector privado, ni éste pueda asumir libremente, las relaciones con sus servidores, se regularán por el derecho administrativo, con excepción de las relacionadas con los obreros, que estarán amparadas por el derecho del trabajo.

Para las actividades ejercidas por las instituciones del Estado y que pueden ser asumidas por delegación total o parcial por el sector privado, las relaciones con los trabajadores se regularán por el derecho del trabajo, con excepción de las funciones de dirección, gerencia, representación, asesoría, jefatura departamental o equivalentes, las cuales estarán sujetas al derecho administrativo.”

En torno a la determinación del régimen laboral al que estaban sujetos los dependientes públicos; habíamos dicho, que no existían políticas públicas únicas claras y cada institución tenía sus propias políticas, por ejemplo, un chofer para el Gobierno Provincial del Cañar estaba y está sujeto al Código del Trabajo; un chofer del Municipio de Azogues, desde el 2005, estaba sujeto a la LOSSCA y en la actualidad a la Ley Orgánica de Servicio Público, razones y motivos que los desarrollaremos más adelante, ejemplo que nos demuestra la anarquía y la falta de presencia del Estado a través del Ejecutivo, para fijar las normas necesarias para su determinación y en base a ello asumir las políticas para cada uno de los sectores. Este caos contribuyó a la generación de abusos de cierta dirigencia, que con los recursos de todos asumían canonjías denominadas “conquistas laborales”, en las que participaban los gerentes de las empresas públicas.

2.2 PROPUESTAS EN TORNO A LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE MONTECRISTI. TRABAJO DE LA MESA 6

La Asamblea Constituyente se erigió como una oportunidad para que el pueblo se pronuncie y haga conocer sus visiones en torno a la nueva Constitución, de tal suerte que la Mesa Constituyente de Trabajo, recibió más de 467 delegaciones de trabajadores ⁶ sobre todo, que exigían poner fin a la tercerización, respeto a sus derechos a la sindicalización, a la contratación colectiva, etc.

⁶ Certificación de Secretario Relator de la Mesa Const.

Organizaciones como el FUT; UGTE; CEOLS, FENACLE, en torno al régimen laboral ⁷ proponían que “*quienes mantengan relación de dependencia con el Estado, deben estar sujetos al Código de Trabajo, y únicamente quienes cumplan labores directivas, de representación deben sujetarse a las leyes administrativas*”. Propuesta que tenía el respaldo de varios asambleístas de la Mesa Constituyente sobre todo de Eduardo Alcivar (PAIS) y Guillermo Touma (PAIS), pero que tenía sus detractores en la misma Mesa Constituyente y de la misma agrupación política. En concreto, la propuesta conjunta de los trabajadores organizados en torno a las centrales sindicales indicaba:

“Art. 2.- El Trabajo no es ni puede ser tratado como mercancía. En cuanto derecho y deber social gozará de la protección del Estado, el que promoverá empresas socialmente responsables, en donde el trabajo prevalezca sobre los factores de la producción meramente instrumentales y asegurará al trabajador el respeto a su dignidad y una existencia decorosa para sí para su familia.

Las relaciones de quienes prestan servicios personales al Estado y a sus instituciones se regirán:

- 1.- Por el Derecho Administrativo, salvo las siguientes excepciones que se regirán por el Derecho del Trabajo:
 - A.- Las de los obreros del Estado y de todas sus instituciones;
 - B.- Las de los empleados de las instituciones del sector público que realizan actividades que pueden delegar a los otros sectores de la economía;
 - C.- Las de los empleados y obreros de las empresas públicas y mixtas.

Los funcionarios y empleados que, en las instituciones y empresas mencionadas en los numerales 3 y 4 de este precepto, desempeñen funciones de dirección, gerencia, jefatura departamental y que, en general tengan facultades de decisión atribuidas en la Constitución o en la ley, se regirán por el Derecho Público y serán responsables de conformidad con los principios y reglas de este derecho.”

⁷ Certificación de Secretario Relator de la Mesa Const.

“Art. 3.- Los principios y normas siguientes serán aplicables a todos los trabajadores sujetos al derecho al trabajo y, a los servidores del Estado y de sus instituciones, en cuanto fueren compatibles con su condición de órganos y agentes del Estado...” ;

En cambio los planteamientos de Buró Político del Movimiento País era diferente. Tal fue la tensión que se creó en torno a este principio, que la Mesa no determinó propuesta alguna en torno al régimen laboral.

La Mesa Constituyente de Trabajo, o Mesa Constituyente 6, no trató el tema de las relaciones laborales en el sector público,⁸; ni en el informe para primer debate, ni en el informe para segundo debate (informes de mayoría), y recién en el debate del Pleno de la Asamblea, se incluye la determinación de quienes estarían sujetos a las normas del servicio público y quienes al Código de Trabajo, y esto por iniciativa de los Asambleístas : Sergio Chacón, Mauro Andino y Roberto Ponce (acta 42 de la Asamblea Constituyente). El A. Francisco Cisneros, denuncia alteración de los textos de la Mesa Constituyente 6 (acta 46 de la Asamblea Constituyente), insisten en la inclusión ilegal de los profesionales, quienes estarían sujetos a la Ley de Servicio Público. El Asambleísta Cesar Rhon, a nombre de su bloque pide una investigación. El Asambleísta Holger Chavez, desarrolla la necesidad de que la nueva Constitución determine un principio en torno al régimen laboral en el sector público (Acta 46 de la Asamblea Constituyente), lo que generó aún más controversia en el debate, de tal suerte que el Asambleísta Constituyente León Roldos, pidió la reconsideración de los textos aprobados en materia de trabajo, pues “no se podía incluir textos que no habían sido aprobados por la Mesa Constituyente respectiva”, reconsideración que no prosperó, por no contar con los votos suficientes. El pedido apuntaba a demostrar que la inclusión de la palabra “...profesionales...”; por cuanto no había sido tratada ni por la Mesa Constituyente, ni se había verificado el pronunciamiento de ningún asambleísta en el Pleno en torno a su inclusión; pero que al final, los profesionales fueron agregados dentro de las normas que regulan la relación laboral de los servidores públicos. En la sesión del pleno 49, el Asambleísta León Roldos Aguilera, apela de la Presidencia de Alberto Acosta y luego de la deliberación y al no haber los votos, la Asamblea se allana a esta inclusión.⁹

⁸ Certificación de Secretario Relator y estudio de actas de la Mesa Const.

⁹ Actas de la Asamblea Constituyente de Montecristi

Hay que dejar en claro, que la Asamblea Constituyente conoció el informe para segundo y definitivo debate de los temas laborales, en fecha 1 de mayo de 2008, y a ese tiempo, no existía posibilidad de que el Pleno de la Asamblea pueda asumir cambios a los informes de las mesas constituyentes, cuando en la práctica se palpó que existían aportes importantes que se generaban en el segundo debate, por lo que desde la Presidencia de la Asamblea, se recogían algunos criterios, que eran introducidos en los textos definitivos. Lo que hemos comprobado del estudio es que, ni uno solo de los asambleístas pidió la exclusión de los profesionales de las normas del Código de Trabajo y que esta inclusión fue promovida por “espíritu alguno”. Además hay que considerar, que el texto definitivo de la Constitución (posterior al trabajo de la Comisión de Redacción), fue puesto en consideración del pleno de la Asamblea Constituyente y que ellos la aprobaron y que luego fue el pueblo ecuatoriano el que mediante consulta popular aprobó la Carta Política.

Para abundar describo parte del desarrollo de la sesión 48 del 13 de mayo de 2008, en la que se aprueba el informe de la Mesa de Trabajo.

A. Irina Cabezas: *“...a partir del segundo debate, tenemos nosotros la responsabilidad de asumir como Mesa, los aportes, y que son valorados para la Mesa de los diferentes asambleístas, de cualquier tienda política, y agradecemos el aporte de cada uno de ellos...”*

A. Roldos León: *“...aquí se está contraviniendo el artículo 45 del Reglamento, que dice -de la pertinencia del debate. Todo asunto a debatirse debe constar en el informe o referirse al articulado propuesto-. Aquí se ha agregado, señor Presidente y puedo probarlo, tengo organizado todos los documentos, se ha agregado el literal I, que nunca estuvo en los proyectos que se debatieron aquí, por el cual se castiga a los profesionales que trabajan en las entidades del sector público, al convertirlos en sujetos fuera de la relación del Código de Trabajo. Este tema lo tratamos en el Mandato, y en el Mandato la votación fue unánime fue en contra que se excluya a los profesionales. Hoy, el literal I, nunca fue tratado, nunca se consideró en el debate . Tengo todos los documentos...”*

A. Irina Cabezas: *“...en el segundo debate reunimos los aportes de todos los compañeros y es el compañero Mauro Andino quien presentó por escrito la*

propuesta que se incluya este artículo....”

A. Roldos León: “...el año 1949, la OIT estableció el principio de la igualdad de los trabajadores en el sector público, a excepción de los funcionarios de la potestad exclusiva del Estado. Eso se incorporó en todas las constituciones del Ecuador, y lo incorporó al Ecuador, Camilo Ponce. Esta es la forma regresiva, se castiga a quien se vuelve profesional...”.

Pero veamos cual fue la propuesta del A. Mauro Andino en la sesión 42 de la Asamblea Constituyente, de 1 de mayo de 2008: “...así mismo señor Presidente, es necesario incluir en el artículo 3 un literal que diga: En las instituciones del Estado, sin excepción alguna , incluidas las entidades de derecho privado en las cuales tales instituciones tienen participación mayoritaria de recursos públicos, las relaciones de trabajo con sus servidores, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública, salvo la de los obreros que se regirán por el Código de Trabajo”

Para la votación del artículo 3 del informe. Bajo el título: Principios y normas del trabajo, el literal I, indicaba: “En las instituciones del Estado y en las entidades de Derecho Público, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Aquellas que no se incluyan en esta categorización estarán amparadas por el Código de Trabajo”.

La votación fue la siguiente: 83 a favor. Un voto en contra. (Acta 48. pág. 39)

Posterior a ello, el A. León Roldós pide la reconsideración de la aprobación a este artículo; pedido que como explicamos no prosperó.

Es importante señalar que la actual Constitución ha definido el derecho al trabajo de la siguiente manera:

“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 respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.”

Ya en torno a la determinación del régimen laboral en el sector público, el Pleno de la Asamblea, suplió la omisión de la Mesa Constituyente 6 y en el artículo 326 de la Constitución de la República se estableció:

“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.”

2.3 MANDATOS CONSTITUYENTES 2, 4 Y 8.

La Asamblea Constituyente aprobada por el pueblo ecuatoriano en consulta popular, venía a representar la soberanía popular que radica en el pueblo y por su propia naturaleza estaba dotada de plenos poderes, de tal suerte que los poderes constituidos se encontraban en sumisión a las decisiones del poder constituyente.

En uso de estas facultades absolutas (único límite, la vigencia de los derechos humanos), el artículo 2, numeral 2 del Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente¹⁰, disponía: "En el ejercicio de sus poderes, la Asamblea Constituyente aprobará:...2. Mandatos Constituyentes: Decisiones y normas que expida la Asamblea Constituyente para el ejercicio de sus plenos poderes. Estos mandatos tendrán efecto inmediato, sin perjuicio de su publicación en el órgano respectivo;". Ejerciendo las atribuciones conferidas por el pueblo, la Asamblea Constituyente de Montecristi, emite 23 mandatos¹¹, que en la actualidad tienen la categoría de Ley Orgánica, que aborda diferentes problemáticas y sobre las cuales

¹⁰Mandatos Constituyentes. Artículo 1 del Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente de 11 de diciembre de 2007, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 236 de 20 de diciembre de 2007, dispone: "La Asamblea Constituyente representa a la soberanía popular que radica en el pueblo ecuatoriano, y por su propia naturaleza está dotada de plenos poderes";El artículo 2, numeral 2 del Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, dispone: "En el ejercicio de sus poderes, la Asamblea Constituyente aprobará:...2. Mandatos Constituyentes: Decisiones y normas que expida la Asamblea Constituyente para el ejercicio de sus plenos poderes. Estos mandatos tendrán efecto inmediato, sin perjuicio de su publicación en el órgano respectivo"

¹¹ Archivos de la Asamblea Constituyente.

no nos vamos a detener en su estudio o análisis, sino determinar su vigencia y su impacto al momento de su promulgación.

El Mandato Constituyente 2, establece como Remuneración Mensual Unificada Máxima, el valor equivalente a veinticinco salarios básicos unificados del trabajador privado, para los dignatarios, magistrados, autoridades, funcionarios, delegados o representantes a los cuerpos colegiados, miembros de la Fuerza Pública, servidores y trabajadores del sector público, tanto financiero como no financiero. Deja claro, que no considera parte de la Remuneración Mensual Unificada: el décimo tercero y décimo cuarto sueldos o remuneraciones, viáticos, movilizaciones y subsistencias, horas suplementarias y extraordinarias, subrogación de funciones o encargos, compensación por residencia, el aporte patronal al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y los fondos de reserva.

Uno de los grandes problemas del régimen laboral en el sector público, era el sistema de remuneraciones, cada poder del Estado, cada institución tenía sus propias políticas, que no siempre miraban el interés colectivo, sino los acuerdos a los que llegaban casa adentro, que establecía diferencias remunerativas impresionantes, que hacían ver, la ninguna aplicación del principio “Igual trabajo, igual remuneración”.

Disponiendo además que, “Todas aquellas personas sujetas a este Mandato que a la fecha reciban bonificaciones, complementos y beneficios económicos adicionales, que sumadas a las que componen su remuneración mensual unificada, den un total superior al límite fijado en el artículo uno, deberán reducir este total al máximo fijado en el presente Mandato. En ninguna de las entidades sujetas a este Mandato se pagará utilidades a las autoridades, funcionarios o trabajadores”.

El artículo 8, del Mandato establece límites a las indemnizaciones, que por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público, con excepción del perteneciente a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, estableciendo un valor a la fecha de hasta “siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total”.

Se pone límites en el sistema remunerativo, dejando en claro que bajo ninguna condición o institución jurídica, se pueden establecer beneficios complementarios a

la remuneración máxima unificada mensual, y además niega la posibilidad de acceder a las utilidades a los trabajadores del sector público. Este Mandato Constituyente ha sufrido dos variaciones: la determinada por la Ley Orgánica reformativa al Mandato Constituyente Nro. 2, publicada en el suplemento del Registro Oficial Nro. 517 de 29 de enero del 2009 y la Ley Interpretativa del Artículo 5 del Mandato Constituyente Nro. 2.

El Mandato 4, regula de mejor forma el límite de las indemnizaciones y por lo tanto, el monto de estas no podrán ser superiores a los 300 salarios básicos unificados del trabajador privado, insistiendo que los acuerdos establecidos en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito o cualquier otra forma de acuerdo, y no podrán ser modificada, ni por Juez o por Tribunal; tampoco se podrá alegar derecho adquirido. Como todo Mandato Constituyente este fue de inmediato cumplimiento y no será susceptible de queja, impugnación, acción de amparo, demanda, reclamo o cualquier acción administrativa.

El Mandato 8, prohíbe la tercerización e intermediación laboral, además la contratación laboral por horas, pudiéndola hacer a través de los contratos por jornada parcial. En lo que interesa a nuestro estudio, establece límites a la Contratación Colectiva en el sector público, de tal suerte, que en el proceso de revisión de los contratos colectivos de trabajo, que señala la disposición transitoria tercera del Mandato 8, indica que la los contratos colectivos en su negociación serán públicos y establecerá restricciones en las cláusulas que consagren privilegios y excesos, en este sentido se indica que, “Las cláusulas de los contratos colectivos de trabajo que se encuentran vigentes y que fueron suscritos por las instituciones del sector público, empresas públicas estatales, organismos seccionales y por las entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza o estructura jurídica, el Estado o sus Instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos de recursos públicos, serán ajustadas de forma automática a las disposiciones de los Mandatos Constituyentes y regulaciones que dicte el Ministerio de Trabajo y Empleo, en el plazo de ciento ochenta días.”

Los contratos colectivos de trabajo a los que se refiere esta disposición transitoria, no ampararán a aquellas personas que desempeñen o ejerzan cargos directivos, ejecutivos y en general de representación o dirección, ni al personal que por la naturaleza de sus funciones y labores está sujeto a las leyes de orden público, y en

especial a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, Homologación y Unificación de las Remuneraciones del Sector Público.

Los acuerdos ministeriales, los decretos ejecutivos subsiguientes han tratado de regular estos excesos, abusos, beneficios desmedidos y exagerados, que como pasamos a ver, fue “observado por la Corte Constitucional”, luego de la presentación de las acciones de inconstitucionalidad de los actos normativos, promovido por Santiago Yagual de la CTE, Mesías Tatamuez de la CEDOCUT, Eduardo Valdéz de la CEOLS, Nelson Erazo, de la UGTE y varios sindicatos de instituciones públicas; acción de inconstitucionalidad, que pretendía se analice y determine sobre la vulneración de derechos a la contratación pública fundamentalmente a través de acuerdos ministeriales y decretos ejecutivos.

Con fecha 30 de marzo de 2008, se expide el Mandato 8, en el que establece que el Presidente de la República en el plazo de 60 días dictará la reglamentación sobre los criterios que regirán la contratación colectiva del sector público, además se establece que en 180 días de entrada en vigencia el Mandato se revisen y ajusten los contratos colectivos del sector público. Mediante Decreto Ejecutivo 1121 de 3 de julio de 2008, el Presidente Reglamenta el Mandato 8.

Mediante Acuerdo Ministerial 0080, de 1 de agosto de 2008, el Ministerio de Trabajo y Empleo establece regulaciones de ajuste económico y revisión de cláusulas que contienen excesos en los contratos colectivos. Con el Acuerdo Ministerial 0155A, de 14 de octubre de 2008, el Ministerio dicta las normas para la revisión de los contratos colectivos. Mediante Decreto 1396, de 16 de octubre de 2008, el Presidente de la República reforma el Decreto 1121 y el Mandato 8, estableciendo, en lugar de 180 días, un año para la revisión. El Decreto 1701 de 30 de abril de 2009, el Presidente establece criterios para los contratos colectivos y sobre todo señala que la SENRES, será la encargada de calificar quienes deben ser considerados obreros en el sector público por lo tanto sujetos al Código de Trabajo y quienes servidores sujetos a la LOSSCCA, mediante Decreto 225, el Presidente reforma algunas cláusulas del Decreto 1701.

Pero veamos algunas partes del contenido del Decreto 1701:

En los contratos colectivos del sector público se eliminarán 21 privilegios de forma automática con la firma del Decreto Ejecutivo N° 1701, del 30 de abril. Esa contratación solo ampara a los obreros (no servidores) y esa calificación la hará la Secretaría Nacional de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público

(Senres).

Así, queda prohibida la transferencia de cargos a familiares por jubilación o fallecimiento (si hay vacantes se convocará a concurso de merecimientos); las horas extraordinarias no trabajadas y cobradas; indemnizaciones por cambios de empleador; contribuciones patronales extralegales para fondos complementarios, a excepción de las establecidas para los actuales jubilados. El pago de vacaciones y beneficios para la familia del trabajador, y gratificaciones adicionales por retiro voluntario. Se elimina la entrega gratuita de productos y servicios que genere la empresa; pago de vacaciones y décimos en cuantías que exceden la ley. No se reconocerán días de descanso no establecidos en la ley; permisos sindicales a tiempo completo, permanentes y remunerados (solo los dirigentes tendrán licencias remuneradas si no afectan sus actividades); días adicionales y de vacaciones fuera de los señalados en el Código del Trabajo y pagos no justificados por subsidios y compensaciones sociales. El cálculo de horas suplementarias, sin considerar la semana integral, por debajo de las 240 horas al mes; las jornadas inferiores a ocho horas diarias y el pago de recargo de las que superan lo establecido por la ley, también serán eliminadas. Quedan prohibidas las alzas salariales y beneficios sociales que superen los techos de la Senres; bonificaciones y entrega de joyas y obsequios por años de servicio, aniversarios y por el Día del Trabajo; contribuciones patronales para contratar seguros privados de salud y la injerencia sindical en el ingreso de personal y en la administración de bienes institucionales. Al estar incorporados en la remuneración mensual el pago de subsidios de transporte, antigüedad, familiar, comisariato y educación y bonificaciones quedarían extinguidos, etc.

La Corte Constitucional en su sentencia 009-10-SIN-CC, de la acción planteada por los sectores sindicales del país, en fecha 9 de septiembre de 2010, a través del juez ponente EDGAR ZARATE ZARATE, señala en lo principal:

“Declarar la inconstitucionalidad con efecto diferido del Decreto Ejecutivo Nro. 1396, por ser contrario al principio de reserva de ley.

Declarar la constitucionalidad del primer inciso del artículo , primer y segundo inciso del numeral 1.1 del artículo 1; primer inciso del artículo 2 y disposición transitoria

segunda del Decreto Ejecutivo 1701, por no contravenir disposición constitucional alguna.

Declarar la inconstitucionalidad con efecto diferido de los números 1.2, 1.2.7, 1.2.9, 1.2.12, 1.2.14 del artículo 11, artículos 3 y 4 y disposición transitoria primera del Decreto Ejecutivo 1701, por cuanto viola el principio de reserva de ley previsto en el artículo 133 de la Constitución. Los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad se difieren por el plazo de 12 meses, en los cuales la Asamblea expedirá la normativa que establezca el procedimiento y el plazo para el proceso de revisión de los contratos colectivos.

Así mismo la sentencia declara inconstitucionales los acuerdos ministeriales 0080 y 0155A con excepción de la disposiciones normativas previstas en el artículo 8 y 9 del Acuerdo Ministerial 0080 y numeral 4 del acuerdo 0155A, por vulnerar principios constitucionales de reserva de ley y debido proceso, respectivamente.

El proceso de revisión de contratos colectivos que la Corte ha dispuesto al Legislativo, indica deberá seguirse por varios principios, entre ellos:

- Participación democrática de todos los actores con mecanismos de transparencia y control social;*
- Reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva*
- Respeto a la estabilidad laboral y demás derechos fundamentales*
- Promoción de políticas de empleo y protección social.”*

2.4 MARCO LEGAL POST CONSTITUCIÓN DE MONTECRISTI.

DECRETO EJECUTIVO 813

Pese a trabajo de la Asamblea Constituyente y el contexto normativo constitucional, los intereses del gobierno en materia laboral en el sector público en no pocos casos supera los principios, garantías y normas positivas.

Esta política de restricciones en el derecho laboral, no es propio del actual gobierno. Resulta contradictorio que un gobierno, que ha venido a recomponer la balanza de poder, hasta ayer en manos de unos pocos, para beneficiar principalmente a trabajadores; determine regulaciones que limite la contratación colectiva en el sector

público, la huelga, como mecanismo de reclamo, etc. Hemos analizado el decreto 1701 y otros elementos normativos; ahora veamos la otra parte de la acción generada desde el Ejecutivo, pues en materia laboral, los hechos no quedan allí, pues a través de decretos ejecutivos se intenta “emprender procesos de reingeniería del Estado” y lo hace implementado o haciendo uso de instrumentos legales, muchos de ellos, han merecido la petición de declaratoria de inconstitucionalidad:

El Decreto Ejecutivo 813, de fecha 7 de julio de 2011, publicado en el Registro Oficial Nro. 489 de 12 de julio de 2011¹², frontalmente diríamos adolece de inconstitucionalidad por la forma, al trasgredir el orden jerárquico de la aplicación de las normas establecido en la Constitución de la República sentado que una Ley Orgánica se encuentra por encima de los decretos y reglamentos.

Además hay que tener presente que el 2 de julio de 2009, el Presidente de la República remite a la Asamblea Nacional el proyecto de Ley de Servicio Público, reformatorio a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación Salarial en el Sector Público – LOSSCCA (iniciativa que se la presentó con mora, pues la transitoria primera numeral 6, disponía que en el plazo de 360 días, se debía tratar una ley de Servicio Público y no una mera reforma).

La propuesta de ley ¹³, contenía temas “polémicos”, como la del despido intempestivo para los servidores públicos, la obligación de retirarse del servicio público a los 65 años. La Comisión de los derechos de los trabajadores resolvió la elaboración de un texto alternativo que no signifique una mera reforma a la LOSSCCA, sino la construcción de un nuevo articulado, que vaya a regular el servicio público de forma efectiva y sobre todo “dejando de lado las inconstitucionalidades e ilegalidades plasmadas en la iniciativa del Ejecutivo”

El 13 de octubre de 2009 y el 7 de julio de 2010, la Comisión emite los informes para

¹²Decretos 813. El Decreto Ejecutivo 813, de fecha 7 de julio de 2011, publicado en el Registro Oficial Nro. 489 de 12 de julio de 2011

¹³ Archivos de la Asamblea Nacional.

primer y segundo debate. El 11 de agosto de 2010 se aprueba en segundo y definitivo debate el informe preparado por la comisión con 106 votos a favor, es decir mostraba el consenso alcanzado por las diferentes bancadas. El 3 de septiembre de 2010 el Presidente Rafael Correa objeta parcialmente la Ley de Servicio Público, incluye en el veto temas que no habían sido tratados ni en el primer, ni en el segundo informe para el debate (Al parecer el Gobierno se enteró que su propuesta inicial no le alcanzaba introducir los cambios que había aspirado). El veto presidencial generó inquietud en los servidores públicos, porque establecía por ejemplo que las jubilaciones y/o supresiones de partidas se pagarían con bonos del Estado y se insiste en la figura de la renuncia voluntaria, como mecanismo "...que permita viabilizar y aplicar los principios y preceptos establecidos en la nueva Carta Magna". El 29 de septiembre de 2010 se realiza la votación respecto al veto a la Ley Orgánica de Servicio Público, muchas de los temas que abarcaba el veto, fueron allanados por la mayoría, pero en el caso de la transitoria décima que hacía relación a la compra de renunciaciones obligatorias, el pleno de la Asamblea lo rechazó con 95 votos positivos -¹⁴-

Veamos el texto de la polémica normas establecidas en el Decreto 813:

Artículo 8.- A continuación del artículo 108, añádase el siguiente artículo innumerado.

"Artículo...- Cesación de funciones por compra de renunciaciones con indemnización.- Las instituciones del Estado podrán establecer planes de compras de renunciaciones obligatorias con indemnización conforme a lo determinado en la letra k) del artículo 47 de la LOSEP, debidamente presupuestados, en virtud de procesos de reestructuración, optimización o racionalización de las mismas.

El monto de la indemnización que por este concepto tendrán derecho a recibir las o los servidores, será de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta por un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, el cual se pagará en efectivo.

Las servidoras y servidores públicos deberán cumplir obligatoriamente estos procesos aplicados por la administración.

¹⁴ Archivos de la Asamblea Nacional

En el caso de la Provincia de Galápagos, el valor de la indemnización será calculado conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 de la Disposición General Primera de la LOSEP.

Se considerará para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar.

La compra de renunciaciones con indemnización no es aplicable para las y los servidores de libre nombramiento y remoción; con nombramientos provisionales, de período fijo, contratos de servicios ocasionales, ni para los puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior.”

2.5 LEY ORGÁNICA DE SERVICIO CIVIL Y CARRERA ADMINISTRATIVA Y DE UNIFICACIÓN Y HOMOLOGACIÓN DE LAS REMUNERACIONES DEL SERVICIO PÚBLICO. VIGENCIA Y DEROGACIÓN.

En la exposición de motivos de la propuesta de Ley Orgánica de Servicio Público, reformativa a la LOSSCA, se establecen los justificativos para esta iniciativa: *“Las actuales circunstancias del país y la permanente evolución de la sociedad ecuatoriana requieren promover reformas integrales a su legislación para armonizar con sus demandas más sustanciales, especialmente en el servicio público”.*

“La administración pública en general, evidencia actualmente una proliferación de regímenes de personal, derivado de la anterior constitución política, que ha vuelto caótica la aplicación de la normas vinculadas con los procesos de recursos humanos...en este sentido, es necesario que en la administración pública se establezca un régimen de personal, que permita alcanzar la profesionalización del servidor público, con la implementación de un sistema integrado de recursos humanos, tendientes a elevar los niveles de eficiencia, eficacia y productividad en función del usuario. El sistema remunerativo en el país ha venido siendo

administrado de forma anárquica, a través de la proliferación de escalas, sistemas de pagos, beneficios complementarios excesivos y dispersos, que varían de una institución a otra, a pesar de ejecutar funciones y responsabilidades similares (olvidan la vigencia del Mandato Constituyente 2, que elimina los bonos o beneficios complementarios).”

Las razones para introducir cambios en la LOSSCA, fueron varios y muchos de ellos generaron respaldo, de tal manera que la Comisión Laboral de la Asamblea Nacional, casi de manera unánime defendía el proyecto que luego se transformaría en ley y que por cierto determinó los sangrientos hechos del 30S, que cegó vidas y puso en inestabilidad (nuevamente) el sistema democrático nacional.

Con lo señalado se puede establecer que no todas las personas que trabajan o prestan servicios en el sector público están amparadas por la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, sino que existen personas que laborando en entidades o instituciones de derecho público, se encuentran amparados por sus propias leyes, generando de esta manera desigualdades

Sobre todo la presidenta de la Comisión de Derechos de los Trabajadores y de la Seguridad Social y en consenso, todos los integrantes de esta instancia, defendieron el proyecto de ley que regulará múltiples defectos e incorrecciones en el servicio público que han subsistido desde hace décadas. El ingreso de una gran cantidad de empleados se ha dado sin concurso de méritos, solamente en base a las simpatías políticas y compadrazgos; no ha existido un real proceso de carrera en el servicio, los ascensos se han producido de acuerdo a los clásicos palanqueos, como privilegios o a modo de dádivas.

La desigualdad en las remuneraciones en muchos casos ha sido abismal; la capacitación ha sido nula o en su defecto débil y desordenada; las evaluaciones se han efectuado sin ninguna base real y técnica, por lo general sin conocimiento del servidor, de ahí que se han prestado para manipulaciones e inclusive despidos.

Los traslados o cambios han funcionado en base a favoritismos, chantajes y en varios casos como despidos; recientemente se han establecido límites a las remuneraciones máximas, pero no se ha hablado de las mínimas. Por lo dicho anteriormente se justificaba más que nunca la aprobación de la ley bajo cuyo control

estarán el Gobierno Central y todas sus dependencias e instancias; las diferentes Funciones del Estado; los Gobiernos Autónomos descentralizados; las Corporaciones, Fundaciones y Empresas Públicas o Mixtas que tengan mayoría de acciones del Estado; las personas jurídicas creadas para la prestación de servicios públicos.

Otra propuesta fundamental fue que los servicios profesionales u ocasionales se vayan eliminando de una vez por todas porque ha sido una forma de mantener la inestabilidad en el servicio público.

En la propuesta y en la ley se establece la igualdad de condiciones en los procesos de ingreso, ascenso y promoción, a través de los concursos de méritos y la capacitación; un sistema único de remuneraciones; jornadas especiales para quienes lo requieren, como los que tienen a su cargo el cuidado de personas con enfermedades catastróficas. Pese a lo agrio y difícil del debate, sobre todo por la posición del Gobierno de pretender mantener esta figura, el Pleno de la Asamblea no se allanó al veto presidencial e insistió en su legislación. Recordar también que previo a la consulta y referéndum último, el Presidente anunció que consultaría sobre el tema de la renuncia voluntaria a la ciudadanía, que la final fue desechada e incluida en el Decreto 813.

2.6 LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO

La Ley de Servicio Público es una ley propuesta como obligatoria y determinada en la Constitución de Ecuador. Fue aprobada por la Asamblea Nacional del Ecuador el 11 de agosto de 2010 con 108 votos, 2 negativos y 9 abstenciones en el pleno y sustituir a la LOSCCA, después de que la Comisión de los Derechos de los Trabajadores y la Seguridad Social realizara un informe, que el Pleno de la Asamblea Nacional lo discutió y lo aprobó, con las incidencias conocidas por el país.

La ley de Servicio Público contiene 137 artículos, 23 disposiciones generales, 10 transitorias, 4 finales, una derogatoria, artículo final. Doce títulos distribuidos en 24 capítulos. Según la ley tiene establecida como 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.

Para la comisión el propósito de la ley era regular "la relación de los servidores públicos con el Estado responde a la necesidad de brindar un servicio público eficiente a la ciudadana, así como a los nuevos preceptos consagrados en la Constitución, priorizando el desarrollo de la carrera enfocado hacia la dignidad, transparencia, eficacia y vocación de servicio del Estado y sus instituciones, en el ejercicio de la función pública".

Entre las novedades de la ley, permite que extranjeros puedan trabajar como servidores públicos después de 5 años de ser residentes, da beneficios a discapacitados y los que trabajan para discapacitados. Contiene beneficios para los profesores universitarios, conservatorios y orquestas sinfónicas, bono de jubilación, concursos de meritocracia para entidades del Estado, garantías para carrera pública y la evaluación anual como único mecanismo de acceso. La Policía y los militares fueron integrados a la Ley de Servicio Público. Las Instituciones Educativas de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Aviación Civil y Comisión de Tránsito del Guayas, fueron asignadas a la rectoría del Ministerio de Educación y sus servidores administrativos adscritos al sistema educativo público ecuatoriano.

2.7 PRINCIPIOS, OBJETIVOS Y DISPOSICIONES FUNDAMENTALES DE LA LEY DE SERVICIO PUBLICO

Artículo 1.- Principios.- La presente Ley se sustenta en los principios de: calidad, calidez, competitividad, continuidad, descentralización, desconcentración, eficacia, eficiencia, equidad, igualdad, jerarquía, lealtad, oportunidad, participación, racionalidad, responsabilidad, solidaridad, transparencia, unicidad y universalidad que promuevan la interculturalidad, igualdad y la no discriminación.

Artículo 2.- Objetivo.- 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.

Art. 3.- **Ámbito.**- Las disposiciones de la presente ley son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Justicia Indígena, Electoral, Transparencia y Control Social, Procuraduría General del Estado y la Corte Constitucional;
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales;
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; y,
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales para la prestación de servicios públicos.

Todos los organismos previstos en el artículo 225 de la Constitución de la República y este artículo se sujetarán obligatoriamente a lo establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales en lo atinente a remuneraciones e ingresos complementarios.

Las escalas remunerativas de las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales, se sujetarán a su real capacidad económica y no excederán los techos y pisos para cada puesto o grupo ocupacional establecidos por el Ministerio de Relaciones Laborales, en ningún caso el piso será inferior a un salario básico unificado del trabajador privado en general.

De conformidad con lo establecido en los artículos 160, 170 y 181 numeral 3 de la Constitución de la República, los miembros activos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y el personal de carrera judicial se regirán en lo previsto en dichas disposiciones por sus leyes específicas y subsidiariamente por esta ley en lo que fuere aplicable.

En razón de las especificidades propias de la naturaleza de sus actividades, y la implementación de regímenes particulares que su actividad implica, el Ministerio de Relaciones Laborales establecerá y regulará lo atinente a remuneraciones y supervisará y controlará la aplicación de los regímenes especiales de administración

de personal establecidos en las leyes que regulan a la Función Legislativa, Magisterio, Servicio Exterior y a los miembros activos de la Comisión de Tránsito del Guayas; en lo relacionado con el personal ocasional la Función Legislativa observará lo previsto en su ley específica; los docentes del Magisterio y docentes universitarios se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas, excluyéndose de dichos procesos al personal técnico docente y administrativo que se regulará por esta ley al igual que se regulará por las disposiciones de este cuerpo normativo el personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración y de la Comisión de Tránsito del Guayas.

Estarán comprendidos en el ámbito de esta ley a efecto de remuneraciones, derechos y obligaciones en lo que fuere aplicable, nepotismo y procedimientos disciplinarios en lo que fuere aplicable, las corporaciones, fundaciones, sociedades civiles o mercantiles, con o sin fines de lucro, con o sin finalidad social o pública, cuya participación en el capital o patrimonio esté compuesto por más del cincuenta por ciento por aporte de las instituciones del Estado, de los gobiernos autónomos descentralizados o de recursos públicos. Respecto de los organismos establecidos en la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación se observará lo previsto en la misma y esta ley en lo que fuere aplicable.

En las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocio, se aplicará lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

2.8 ACCESO AL SERVICIO PÚBLICO, CALIFICACIÓN E INCIDENCIA.

Para ingresar al servicio público se requiere:

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;

Con la presente Ley Orgánica de Servicio Público, se eliminó la condición para acceder al servicio público, de ser ciudadano ecuatoriano, es más, los extranjeros pueden ejercer el servicio público de acuerdo a las condiciones establecidas en la ley y en el reglamento de la Ley de Servicio Público.

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,

Exigencia que no estaba considerada en la anterior LOSSCA

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;

El Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público, determina algunas particularidades en torno al ingreso al sector público, veamos algunas de ellas:

Art. 3.- Del ingreso.- Para ocupar un puesto en el servicio público, debe cumplirse con los requisitos establecidos en el artículo 5 de la LOSEP, a cuyo efecto las personas deben cumplir con lo siguiente:

1.- Presentar la certificación de no tener impedimento legal para ingresar al servicio público emitida por el Ministerio de Relaciones Laborales, la cual comprenderá:

- a) No haber sido sancionado con destitución por el cometimiento de delitos de cohecho, peculado, concusión, prevaricato, soborno, enriquecimiento ilícito y en general, por defraudación y mal manejo de fondos y bienes públicos;
- b) No haber sido condenado por: delitos aduaneros, tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, lavado de activos, acoso sexual, explotación sexual, trata de personas, tráfico ilícito o violación;
- c) No haber recibido directa o indirectamente créditos vinculados contraviniendo el ordenamiento jurídico vigente;

2.- Declaración juramentada en la que conste no encontrarse incurso en causales legales de impedimento, inhabilidad o prohibición para el ejercicio de un puesto público, prevista en la LOSEP y el ordenamiento jurídico vigente, la cual se hará constar en la respectiva acción de personal;

3.- Presentar la correspondiente declaración patrimonial juramentada ante Notario en la que constará además, en caso de encontrarse en mora de obligaciones para con el sector público, legalmente exigibles, el detalle de la deuda con el convenio de pago suscrito, entre la persona que aspira ocupar un puesto en el sector público y la institución en la cual mantiene la obligación y señalar el lugar de su domicilio y residencia.

4.- Los ciudadanos extranjeros deberán cumplir a más de los requisitos establecidos en el artículo 5 de la LOSEP, con los requisitos establecidos por el Ministerio de Relaciones Laborales para el efecto y lo dispuesto en este Reglamento General.

A más de los requisitos establecidos en esta disposición, las UATH no solicitarán otro u otros documentos, salvo los que se encuentren establecidos en otros cuerpos legales en razón de la naturaleza de los puestos. En el caso de renovación de contratos de servicios ocasionales, no se solicitará la presentación de los documentos señalados en los incisos anteriores.

El Ministerio de Relaciones Laborales mantendrá un registro actualizado en el cual consten los impedimentos y prohibiciones para ejercer un puesto público, el mismo que proporcionará información adecuada a fin de verificar aquella proporcionada por la persona que ocupe un puesto en el sector público, de conformidad con las disposiciones que expida para el efecto. Uno de los puntales de las reformas introducidas en la Ley Orgánica de Servicio Público es la determinación de que únicamente se podrá acceder al servicio público a través de concurso de méritos y oposición, principio que guarda relación con el texto constitucional del artículo 228.

“Art. 228.- El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora.”

2.9 DEL NEPOTISMO

Antaño, cuando el papado era una verdadera casta que rivalizaba en poder con reyes y emperadores; los pontífices se sentían muy inclinados a favorecer a sus allegados íntimos y particularmente a sus sobrinos a quienes se les otorgaba cargos, prebendas y honores. De ahí proviene la palabra "nepote" cuyo origen latino significa sobrino y la voz derivada "nepotismo" que según el diccionario (Real Academia de la Lengua).¹⁵ significa: *"desmedida preferencia que algunos dan a sus parientes para las concesiones o empleos públicos"*.

Desde el punto de vista jurídico, el diccionario de derecho usual de Cabanellas -¹⁶- califica al nepotismo como *"corruptela política caracterizada por el favoritismo familiar, por la dispensa de honores, dignidades, cargos y prebendas a los parientes y amigos"*. El nepotismo como figura jurídica se ha

¹⁵Diccionario de la REAL ACADEMIA DE LA LENGUA www.rae.es

¹⁶Diccionario Enciclopédico de derecho Usual de Guillermo Cabanellas. www.dedu.cab.es

incorporado en forma prohibitiva a nuestra constitución, en la reforma del año 1995 que dice: "*Prohíbese el nepotismo en la forma señalada por la Ley*". Ahora bien, la ley que concreta esta prohibición no es otra que la Ley Orgánica de Servicio Público la cual están en la obligación de sujetarse todos los ciudadanos, cualquiera que fuera su calidad, condición o jerarquía. En esta ley se establece que para desempeñar una función pública se requiere de nombramiento extendido por la autoridad nominadora, que debe ser registrado como requisito para el ingreso al servicio público.

Como se puede observar, las normas legales que condenan el nepotismo desde el punto de vista administrativo son claras y su cumplimiento es obligatorio para la autoridad nominadora, cualquiera que fuera la jerarquía de ésta.

La actual Ley Orgánica de Servicio Público regula en materia de nepotismo a partir de su artículo, de la siguiente manera:

Artículo 6.- Del Nepotismo.- Se prohíbe a toda autoridad nominadora, designar, nombrar, posesionar y/o contratar en la misma entidad, institución, organismo o persona jurídica, de las señaladas en el artículo 3 de esta Ley, a sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, a su cónyuge o con quien mantenga unión de hecho.

La prohibición señalada se extiende a los parientes de los miembros de cuerpos colegiados o directorios de la respectiva institución. También se extiende a los parientes de las autoridades de las superintendencias respecto de las instituciones públicas que son reguladas por ellos.

Si al momento de la posesión de la autoridad nominadora, su cónyuge, conviviente en unión de hecho, parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, estuvieren laborando bajo la modalidad de contratos de servicios ocasionales o contratos civiles de servicios profesionales sujetos a esta ley, en la misma institución o en una institución que está bajo el control de esta autoridad, o para el caso de las superintendencias, de las instituciones del Estado que estén vigiladas, auditadas o controladas por éstas, los contratos seguirán vigentes hasta la culminación de su plazo y la autoridad nominadora estará impedida de renovarlos. Los cargos de libre nombramiento y

remoción se darán por concluidos al momento de la posesión de cualquiera de las autoridades nominadoras. Tampoco se podrá contratar o nombrar personas que se encuentren dentro de los grados de consanguinidad establecidos en este artículo mientras la autoridad a la que hace referencia este inciso, se encuentre en funciones.

En el caso de delegación de funciones, la delegada o delegado no podrá nombrar en un puesto público, ni celebrar contratos laborales, contratos de servicios ocasionales o contratos civiles de servicios profesionales, con quienes mantengan los vínculos señalados en el presente artículo, con la autoridad nominadora titular, con la autoridad delegada, con miembros de cuerpos colegiados o delegados de donde emana el acto o contrato. Se exceptúa a las servidoras y servidores de carrera que mantengan una relación de parentesco con las autoridades, siempre y cuando éstas hayan sido nombradas con anterioridad a la elección y posesión de la autoridad nominadora.

En caso de que exista conflicto de intereses, entre servidores públicos de una misma institución, que tengan entre si algún grado de parentesco de los establecidos en esta Ley y deban tomar decisiones en relación al citado conflicto de interés, informarán a su inmediato superior sobre el caso y se excusarán inmediatamente de seguir conociendo el procedimiento controvertido, mientras sus superiores resuelven lo pertinente.

En ningún caso se podrá contratar asesoras o asesores que tengan parentesco, dentro de cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con la servidora o el servidor público al cual deban prestar sus servicios de asesoría. No podrán ser nombrados jefes de misiones diplomáticas ni consulares, el cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del Presidente de la República o Vicepresidente de la República, salvo que se trate de diplomáticos de carrera que hayan sido nombrados con anterioridad a la posesión de las mencionadas autoridades con quien tenga relación de parentesco.

En caso de incumplimiento de lo señalado en el presente artículo, se notificará sobre el particular a la Contraloría General del Estado, para que proceda a ejercer las acciones que correspondan para recuperar lo indebidamente pagado, así como para

el establecimiento de las presuntas responsabilidades administrativas, civiles y/o penales correspondientes.

No se admitirá a ningún título o calidad, la herencia de cargos o puestos de trabajo.

2.10 INHABILIDADES Y PROHIBICIONES PARA EL SERVICIO PUBLICO

“Inhabilidad es la incapacidad, ineptitud o circunstancias que impiden a una persona ser elegida o designada en un cargo público y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio” Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

Cabe resaltar que dado el carácter prohibitivo de las inhabilidades, éstas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en una ley o en la Constitución Política. La Corte Constitucional ha expresado que “el Legislador tiene un margen de discrecionalidad amplio para regular las inhabilidades e incompatibilidades para acceder a la función pública, dentro de las limitaciones que la propia Carta define. Diferente es la situación del operador jurídico, quien debe interpretar estricta y restrictivamente las causales de inelegibilidad, en tanto y cuanto son excepciones legales al derecho de las personas a acceder a los cargos públicos”.

La finalidad de las inhabilidades es garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de cargos o funciones públicas. De igual forma son una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función.

2.10.1 CONSECUENCIAS DE LAS INHABILIDADES

Se ha establecido que la configuración de las inhabilidades acarrea lo siguiente:

a) Para quien aspira a ingresar o acceder a un cargo público, no podrá ser designado ni desempeñar dicho cargo.

b) Para quien sin haberse configurado alguna de las causales de inhabilidad mencionadas, es nombrada para ocupar un cargo o empleo o cuando encontrándose en ejercicio del cargo, incurre en alguna de ellas, será declarado insubsistente.

En todos estos eventos, el acto administrativo, deberá ser declarado nulo insubsistente mediante resolución motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en el servicio público.

La ley Orgánica de Servicio Público, establece las prohibiciones para el acceso al servicio público, entre ellas:

1.- Las personas contra quienes se hubiera dictado sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos de: peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito y, en general, quienes hayan sido sentenciados por defraudaciones a las instituciones del Estado están incapacitados para el desempeño, bajo cualquier modalidad, de un puesto, cargo, función o dignidad pública.

2.- La misma incapacidad tendrán, quienes han sido condenados por los siguientes delitos: delitos aduaneros, tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, lavado de activos, acoso sexual, explotación sexual, trata, tráfico o violación.

3.- Igualmente, esta prohibición se extiende a aquellas personas que directa o indirectamente hubieren recibido créditos vinculados en contravención al ordenamiento jurídico vigente.

Acorde a los principios determinados en la legislación, las secuelas de la inhabilidad, representa, la remoción de las y los servidores impedidos de serlo, para ello, el Contralor General del Estado o Ministro de Relaciones Laborales, por iniciativa propia o pedido de la ciudadanía, solicitarán por escrito, en forma motivada, la separación inmediata de la servidora o servidor público que estuviere impedido de serlo, previo el sumario administrativo correspondiente respetando los derechos a la defensa y al debido proceso. Esta solicitud será atendida por la autoridad nominadora, a quien corresponderá nombrar al reemplazante.

Si el infractor no fuere separado en el plazo máximo de quince días, el Contralor General del Estado lo hará de conformidad con la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

La falta de atención a la solicitud de separación, señalada en el presente artículo, será causal de destitución de la autoridad nominadora. En el caso de Gobiernos Autónomos Descentralizados, el requerimiento para la separación de las y los servidores públicos corresponde a la autoridad nominadora.

4.- Ninguna persona desempeñará, al mismo tiempo, más de un puesto o cargo público, ya sea que se encuentre ejerciendo una representación de elección popular o cualquier otra función pública.

Se exceptúa de esta prohibición a los docentes de Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas, legalmente reconocidas, siempre que el ejercicio de la docencia lo permita y no interfiera con el desempeño de la función pública. 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. Adicionalmente, se exceptúan de la disposición establecida en el presente artículo las autoridades o sus delegados que, por el ejercicio de sus cargos, deban integrar directorios y organismos similares del sector público. Para estos casos excepcionales, la citada delegación no será remunerada.

El ejercicio del cargo de quienes sean elegidos para integrar, en calidad de vocales, las Juntas Parroquiales, no será incompatible con el desempeño de sus funciones como servidoras o servidores públicos, o docentes, siempre y cuando su horario de trabajo lo permita.

La servidora o servidor público que resultare electo, para una dignidad de elección popular, deberá en forma obligatoria solicitar la licencia sin sueldo por el período de su mandato.

Quien desempeñare dos puestos o cargos, cuya simultaneidad prohíbe esta Ley, perderá de hecho los dos cargos, previo el sumario administrativo correspondiente.

2.11 RÉGIMEN DISCIPLINARIO.

Tradicionalmente la estructura, alcance y legitimidad de la potestad sancionadora de la administración ha generado polémica, dado su origen, primitivamente ostentado por las monarquías que abusaron de su ejercicio. Fue la Revolución Francesa la que racionalizó el ejercicio de tales poderes, a través de la expedición del primer Código Penal Frances en 1791, que instituyó el Derecho Penal judicializado, alumbramiento que fomentó que las monarquías adopten el nuevo sistema sancionatorio. (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, 2004, tomo II, pág. 164).¹⁷

Toda organización requiere de disciplina, mucho más si se trata de una estructura administrativa y si esta es pública el tema sancionador debe estar presente solo en el contexto de la jerarquía a los mandos y el orden dentro del trama de la disciplina y por lo tanto de la obediencia. Mando y obediencia son pilares esenciales de la disciplina, el orden, la jerarquía y el acatamiento de las órdenes legítimas emanadas de los superiores.

La actividad administrativa encuentra su origen y sustento en el principio de la jurisdicción y la legalidad, armazón y base del andamiaje jurídico del Estado, cuya normativa contiene y confiere las potestades y competencias de la administración.

La potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad penal de los jueces y tribunales, forma parte de un genérico "IUS PUNIENDI" del Estado, que es único aunque luego se subdivide en estas dos manifestaciones.

En nuestro ordenamiento jurídico, el IUS PUNIENDI del Estado se encuentra delimitado por nuestra norma fundamental en los siguientes términos:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento

¹⁷García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Civitas Ediciones. 12 edición. 1978.

de las normas y los derechos de las partes.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

Además tengamos presente el texto constitucional sobre el tema de la responsabilidad:

“Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos....”

Ya la norma positiva secundaria, determinada en la Ley Orgánica de Servicio Público, a partir de su artículo 41, bajo el título Régimen Disciplinario enseña:

Artículo 41.- Responsabilidad administrativa.- La servidora o servidor público que incumpliere sus obligaciones o contraviniera las disposiciones de esta Ley, sus reglamentos, así como las leyes y normativa conexas, incurrirá en responsabilidad administrativa que será sancionada disciplinariamente, sin perjuicio de la acción civil o penal que pudiere originar el mismo hecho. La sanción administrativa se aplicará conforme a las garantías básicas del derecho a la defensa y el debido proceso.

2.12 EL SUMARIO ADMINISTRATIVO

Ensayaremos un concepto de lo que se debería entender por sumario administrativo:

Es un procedimiento que la conoce, tramita y resuelve la administración pública y que tiene como finalidad, determinar responsabilidades sobre un hecho u hechos que afecta su régimen disciplinario y en el que se tiene que respetar las normas básicas del debido proceso.

Es necesario referirnos a la distinción efectuada por buena parte de la doctrina que separa al procedimiento del proceso administrativo, en vista que el primero corresponde al ejercicio de la autotutela de la administración pública en el segundo deriva del principio de la tutela judicial efectiva. El procedimiento es de naturaleza administrativa y el proceso de naturaleza propiamente judicial, sea este contencioso o voluntario.

Habíamos dicho que todos los servidores públicos somos responsables de nuestras acciones y por cierto de nuestras omisiones, es decir de lo que hemos hecho o lo que hemos dejado de hacer, así mismo explicamos que el régimen disciplinario constituye la base del sistema administrativo que aplica jerarquías, ordenes y cumplimientos y que su desatención genera responsabilidades, todo ello dentro del marco del principio de legalidad, consagrado en el artículo 226 de la Carta Política y que en lo fundamental señala.

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

O lo que nos enseña el artículo 66, numeral 29 de la misma Constitución: “d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.”

Del análisis del concepto, nos hemos referido al debido proceso, que por su puesto es aplicable en el procedimiento administrativo. Derivado de este principio surge el derecho de ser oído. Según Manuel María Diez (1965)¹⁸, el derecho a ser oído presupone:

1. Un leal conocimiento de las actuaciones administrativas
2. Oportunidad de expresar sus razones antes de la emisión del acto

¹⁸ Manuel María Diez. Derecho Administrativo. Buenos Aires. Bibliográfica Omeba. 1965.
26 (Gaceta judicial. Año CIV. Serie XVII. Nro. 11. Pag. 3428 2002.)

administrativo y, desde luego, también después.

3. Consideración expresa de sus argumentos y las cuestiones propuestas en cuanto sean condicionantes a la solución del caso.
4. Obligación de decidir expresamente las peticiones.
5. Obligación de fundar las decisiones analizando los puntos propuestos por las partes.
6. El principio de motivación de las resoluciones del poder público se encuentra recogido en nuestra Constitución Política, en su artículo 76, letra l)
7. El derecho a ofrecer y producir prueba de descargo completa, derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea reproducida.
8. Que la producción de la prueba sea efectuada antes que se adopte solución alguna sobre el fondo de la cuestión
9. Derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la administración, sea ella pericial o testimonial.

El alcance de esta garantía y derecho humano fundamental fue analizado con erudición por la primera Sala de lo Civil y Mercantil de la “Corte Suprema de Justicia” que en su célebre sentencia sobre el concepto de seguridad jurídica de 11 de julio de 2002, ⁻¹⁹⁻ concluyó:

“En un sistema político democrático imperativamente habrá un proceso justo como requisito fundamental para que pueda existir un verdadero imperio del derecho, ésta es la esencia del debido proceso, por lo tanto, el derecho a un debido proceso implica la posibilidad de acceder a un proceso justo, lo que presupone la vigencia de una serie de garantías básicas de índole personal, recogidas tanto en la Constitución Política como en los instrumentos internacionales, las leyes y la jurisprudencia; y cada vez que se transgrede una de estas garantías básicas a consecuencia de lo cual la persona se ve privada del acceso a un proceso justo, se

¹⁹Gaceta judicial. Año CIV. Serie XVII. Nro. 11. Pag. 3428 2002

está desconociendo este derecho. (Gaceta judicial. Año CIV. Serie XVII. Nro. 11. Pag. 3428 2002.)

El Reglamento de la Ley orgánica de Servicio Público ⁻²⁰⁻, determina en relación al Sumario Administrativo:

Artículo 44.- Del sumario administrativo.- Es el proceso administrativo, oral y motivado por el cual la administración pública determinará o no el cometimiento, de las faltas administrativas establecidas en la presente Ley, por parte de una servidora o servidor público. Su procedimiento se normará en el Reglamento General de esta Ley.

El sumario administrativo se ejecutará en aplicación de las garantías al debido proceso, respeto al derecho a la defensa y aplicación del principio de que en caso de duda prevalecerá lo más favorable a la servidora o servidor. De determinarse responsabilidades administrativas, se impondrán las sanciones señaladas en la presente Ley. De establecerse responsabilidades civiles o penales, la autoridad nominadora correrá traslado a los órganos de justicia competentes.

El Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público, establece a partir de su artículo 90, el procedimiento que se debe seguir en la sustanciación del sumario administrativo, cuya competencia recae en el Director de la Unidad de Recursos humanos, pero la resolución la asume la autoridad nominadora.

No se trata de la simple copia de las disposiciones legales, sino de analizar y determinar su composición, pero la estructura del reglamento me limita a su plena transcripción.

2.13 RECURSOS DEL SERVIDOR PÚBLICO

Armando Canosa (1998),²¹ ha conceptualizado al recurso administrativo como *“toda impugnación en término de un acto administrativo, interpuesto por quien el acto lo afecte en un derecho jurídicamente protegido, invocando razones de legitimidad o*

²⁰ Dado por Decreto Ejecutivo No. 710, publicado en Registro Oficial Suplemento 418 de 1 de Abril del 2011

²¹ Armando Canosa. 1998. Los Recursos Administrativos. www.lanación.jur.com

de oportunidad, mérito o conveniencia, con el objeto de que el órgano que emitió el acto, un superior jerárquico determinado o el órgano que ejerce el control de tutela proceda a revocar, modificar o sanear el acto administrativo cuestionado” (Armando Canosa, el concepto de recursos administrativo).

En un sentido amplio, el recurso administrativo confiere a los administrados la posibilidad de impugnar una actuación administrativa; en consecuencia, se aprecia con absoluta claridad su distinción respecto de las peticiones, las cuales activan la producción de un nuevo acto administrativo, mientras que los recursos administrativos se encuentran investidos de su finalidad impugnatoria y por lo tanto suponen la preexistencia de un acto administrativo. El recurso administrativo constituye un mecanismo de tutela de situaciones individuales, enmarcada en el elenco de garantía de los particulares.

Es necesario advertir que los recursos son herramientas que cualquier ciudadano puede acceder, incluido el ciudadano servidor público, no existe limitante de su acceso o su uso.

2.13.1 RECURSO DE REPOSICION.

La característica del recurso de reposición radica en que su impugnación se efectúa ante la misma autoridad que dictó la resolución impugnada. Este recurso es de naturaleza potestativa y se la impone ante el mismo órgano que dictó el acto impugnado. De acuerdo al artículo 175 del estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el plazo de interposición es de 15 días, si el acto fuere expreso y dos meses se fuere presunto. El plazo máximo para dictar la resolución motivada será de dos meses.

2.13.2 RECURSO DE ALZADA

Es el recurso administrativo por excelencia, cuya naturaleza resulta lógica de dilucidar, se asienta en su interposición ante el superior jerárquico del organismo o funcionario de la entidad que dictó el acto impugnado, es el medio normal de impugnación que se posee contra las decisiones administrativas. Este recurso descansa en el principio de jerarquía de la administración pública.

2.13.3 EL RECURSO DE REVISIÓN

Este recurso tiene el carácter de extraordinario, y excepcional, que viene marcada por el señalamiento de las causales por las que procede. Y entre las causales tenemos:

- 1.- Que hubieran sido dictadas con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas.
- 2.- Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate.
- 3.- Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquellas resoluciones.
- 4.- Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delitos y así declarados en sentencia judicial firme.

Teniendo presente que el procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo caminan por cuerdas separadas y de manera alguna hay como confundírseles; a la luz del principio de división de poderes, debe entenderse al recurso contencioso administrativo como patrimonio exclusivo de la organización jurisdiccional, puesto que su fundamento resulta ser la necesidad de que las cuestiones de derecho sean puestas, en último grado, en la órbita de un tercer imparcial capaz de ofrecer las suficientes garantías al imperio del derecho, mientras que el procedimiento administrativo, camino por la vía de la autotutela administrativa.

La misma Carta Política sienta el fundamento de los recursos a los que puede acceder cualquier persona, en su artículo 173 se determina:

“Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.

2.13.4 RECURSOS EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2.13.4.1 EL RECURSO SUBJETIVO O DE PLENA JURISDICCIÓN.

La Ley de la Jurisdicción Contenciosa y Administrativa ampara a través del recursos subjetivo o de plena jurisdicción un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo que se trate.

2.13.4.2 EL RECURSO OBJETIVO O DE ANULACIÓN

Su característica es su intrínseca relación con la salvaguarda del derecho general y del ordenamiento jurídico, al operar en contra de actos normativos que trasgreden la norma jurídica, en cuya defensa precisamente opera el referido remedio procesal. El tiempo para su interposición es de tres años, de acuerdo al artículo 65 de la LJCA.

CAPITULO III

3. LÍMITE DE EDAD EN EL EJERCICIO DEL SERVICIO PÚBLICO.

Resulta amplio el debate en torno a la determinación de valores como la calidad, calidez, eficacia, eficiencia, equidad, igualdad, jerarquía, lealtad, oportunidad, participación, racionalidad, responsabilidad, solidaridad, transparencia, unicidad y universalidad, que han sido determinados a su vez como principios del servicio público y la relación con la edad biológica de una persona. Es indispensable hacer esta relación, por cuanto la ley Orgánica de servicio Público, determina a la edad como elemento a considerar en la etapa de evaluación y que influye en los ascensos y en la terminación de la relación laboral.

La edad de una persona por supuesto que determina su comportamiento en todos los órdenes de la vida, sobre todo en el trabajo, pero no creo que se pudiera determinar con certeza, que la edad biológica incide, -repito, en valores como la calidad, calidez, eficiencia, etc. La edad, experiencia, las habilidades, las destrezas, son entre otros los factores a considerar en la evaluación del desempeño de una responsabilidad en un cargo público o privado y que se lo concreta a través del sistema de evaluación que está determinada en la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento y que en lo determinante de su normativa dispone:

“Artículo 76.- Subsistema de evaluación del desempeño.- Es el conjunto de normas, técnicas, métodos, protocolos y procedimientos armonizados, justos, transparentes, imparciales y libres de arbitrariedad que sistemáticamente se orienta a evaluar bajo parámetros objetivos acordes con las funciones, responsabilidades y perfiles del puesto. La evaluación se fundamentará en indicadores cuantitativos y cualitativos de gestión, encaminados a impulsar la consecución de los fines y propósitos institucionales, el desarrollo de los servidores públicos y el mejoramiento continuo de la calidad del servicio público prestado por todas las entidades, instituciones, organismos o personas jurídicas señaladas en el artículo 3 de este mismo cuerpo legal vigente...”

En torno al tema de la evaluación señalado en la ley, vamos a indicar que la evaluación del desempeño servirá de base para:

- a) Ascenso y cesación; y,
- b) Concesión de otros estímulos que contemplen esta Ley o los reglamentos, tales como: menciones honoríficas, licencias para estudio, becas y cursos de formación, capacitación e instrucción.

Retomo el análisis central del tema: los límites de edad en el ejercicio del Servicio Público, para ello, debemos empezar indicando que, la Carta Política, en su artículo 33, determina que “El Trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía...”, que las ecuatorianas y ecuatorianos (que las personas diría), gozamos de derechos, entre ellos: “Desempeñar empleos y funciones públicas con base a méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional.”

Una de las conquistas más importantes de la clase trabajadora significa su estabilidad, que la misma norma de servicio público lo ratifica en varias de sus disposiciones de la Ley Orgánica de Servicio Público.

“Artículo 23.- Derechos de las servidoras y los servidores públicos.- Son derechos irrenunciables de las servidoras y servidores públicos: a) Gozar de estabilidad en su puesto;”

“Artículo 81.- Estabilidad de las y los servidores públicos.- Se establece dentro del sector público, la carrera del servicio público, con el fin de obtener eficiencia en la función pública, mediante la implantación del sistema de méritos y oposición que garantice la estabilidad de los servidores idóneos. Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República, el régimen de libre nombramiento y remoción tendrá carácter de excepcional...”

La norma positiva (art. 81. LOSP), determina el “tope” máximo de su carrera en el servicio público, además dispone que a los 65 años, un funcionario no puede lograr ascensos, trastocando o al menos contrariando el texto del artículo 79 de la misma Ley Orgánica de Servicio Público, que determinaba a la evaluación como mecanismo para lograr ascensos.

Conforme a la distribución de competencias dispuesta por la Constitución Política corresponde a la Asamblea Nacional, como órgano legislativo desarrollarla. En efecto, los artículos 84 y 120 de la Constitución de la República, disponen que corresponde a la Asamblea Nacional, “Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes”, atribución en virtud de la cual puede entrar a desarrollar aquellos aspectos que no fueron ultimados o concretizados por el Constituyente, ya sea por autorización expresa del mismo, cuando establece que “*la ley regulará la materia*”, o en virtud de la cláusula general de competencia atribuida para desarrollar la Constitución.

“La anterior afirmación encuentra respaldo en razones de técnica constitucional, pues, por un lado, el Constituyente prefiere que determinadas materias sean definidas por el Legislador, por no existir en su seno el suficiente consenso para adoptar una decisión sobre cierta materia; por otro lado, es imposible que el creador de la Constitución pueda preverlo todo, primero, por las limitaciones humanas y, segundo, dado que regular de forma pormenorizada y prolija una materia, impediría

la adaptabilidad de la Carta a las circunstancias políticas, económicas y sociales cambiantes de una sociedad, haciendo recurrente las reformas constitucionales.

Mientras que si se deja al Legislador esa regulación podrá hacerlo a través de una ley, pudiendo introducirle las modificaciones que estime conveniente mediante el mismo procedimiento. Además, la técnica constitucional exige que sólo en la Constitución se regulen los elementos esenciales para la institucionalidad Estatal, establezca los principios, los demás aspectos se atribuyen al Legislador, quien en todo caso, deberá atender los valores constitucionales, que le señalan los objetivos y metas a cuya realización propende el sistema político que la Carta Política instaure.

De tal manera que el constitucionalismo moderno acepta como uno de sus principios fundamentales que sea el Legislador el encargado de desarrollar y concretizar los textos constitucionales. Principio que encuentra pleno respaldo en la Constitución al habilitar al órgano legislativo para cumplir esa importante misión. Labor que debe desarrollar con total obediencia de los límites establecidos por el mismo Estatuto Supremo, precisamente para que no desborde sus contenidos y termine por desnaturalizar la norma de normas.²²

Pero el ejercicio de la actividad legislativa tiene límites, y estos son sobre todo el ejercicio de derechos, de tal suerte que “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales” .Entonces, las servidoras y servidores de las instituciones públicas cumplidos los sesenta y cinco (65) años de edad, habrán llegado al tope máximo de su carrera en el servicio público, independientemente del grado en el cual se encuentren ubicados, sin que por el motivo de edad, puedan ascender, generándose un claro discriminen en razón de la edad y con ello una violación a un derecho constitucional de igualdad de oportunidades sobre todo.

Así mismo debemos indicar, que tanto el Constituyente como el Legislador pueden disponer el término durante el cual las personas pueden ocupar los cargos públicos.

²²Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, Número C-1037/03

Así, la Constitución como Estatuto Fundamental del Estado, establece el período de duración de los cargos de elección popular. La menor o mayor duración de ellos no puede entenderse como un menoscabo de los derechos y libertades de las personas que los ocupen, sino una actuación legítima de un órgano del Estado.

Cuando un trabajador particular o un servidor público han laborado durante el tiempo necesario para acceder a la jubilación, es objetivo y razonable que se prevea la terminación de su relación laboral; esa persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión económica, de salud y de apoyo, como contraprestación de los ahorros efectuados durante su vida laboral y como medio para gozar del descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de su producción laboral es evidente. Por otro lado, crea la posibilidad de que el cargo que ocupaba sea copado por otra persona, haciendo efectiva el acceso en igualdad de condiciones de otras personas a esos cargos, pues no puede perderse de vista que los cargos públicos no son patrimonio de las personas que lo ocupan. Los criterios que se han generado en torno a los límites en razón de la edad para el servicio público, sobre todo se centran en criterios ampliamente debatidos, como:

- 1.- El Estado debe garantizar la “efectividad de los derechos”, en este caso del empleado o trabajador, público o privado, retirado del servicio asegurándole el ejercicio del SUMAK KAWSAY?
- 2.- Se estima vulnerados por la disposición acusada, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad de los trabajadores, al obligarlos a realizar conductas no queridas, a tomar decisiones que no corresponden a su intención, y representaría una forma de despido intempestivo?
- 3.- Que la norma acusada provoca la pérdida de la estabilidad en el empleo, se viola el principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, cuando se incita y presiona a las personas a dejar las condiciones de trabajo y asumir contra su voluntad la calidad de jubilado, condición que socialmente es muy desfavorable y excluyente?
- 4.- Así también se deja sin opción a los trabajadores para escoger libremente la situación más favorable entre la condición de trabajador activo o la condición de pensionado?
- 5.- Se desconoce de igual forma el principio de la primacía de la realidad sobre la

formalidad de las disposiciones legales cuando se prefiere la condición de pensionado a la realidad de su capacidad de trabajo y las condiciones de vida, incluida el deber de continuar atendiendo sus obligaciones para con sus familias, y es el Estado a través de una ley que determina la plena vigencia de su fuerza laboral?

Criterios y análisis válidos, pero que mantienen un sesgo no adecuado a una defensa técnica, basada en derechos y sobre todo no considera el marco constitucional y doctrinario en su real dimensión, sino afirmaciones dignas de un escenario político, antes que una explicación racional. Vemos por qué de estas afirmaciones, en torno al término del servicio en razón de la edad de una persona:

Después de realizar un análisis descriptivo de los alcances de la norma se desprende que tiene dos finalidades:

- 1.- Hacer efectivo el derecho a gozar de una prestación para lo cual ha aportado toda su vida laboral el trabajador, en los momentos en que su edad merece un descanso, y;
- 2.- Abrir espacios laborales a los jóvenes que no encuentran fácilmente opciones de trabajo, como una medida para luchar contra el grave flagelo del desempleo que afecta a la sociedad.

La vinculación de una persona al mundo laboral no puede ser a perpetuidad sino de manera temporal; por ello, se ha creado una prestación que el Instituto de Seguridad social IESS, está obligado a generar mecanismos que compensen el riesgo de que en un momento el trabajador no pueda seguir laborando.

La norma acusada no vulnera el derecho al trabajo, porque el funcionario o la servidora o servidor ya ejercieron el derecho a éste durante toda su vida laboral, tanto así que han cumplido el requisito de tiempo de servicio para acceder a la jubilación; y como el derecho al trabajo tiene su fundamento en garantizar a toda persona una remuneración que le permita subsistir en forma decorosa él y su familia, este objetivo se cumple con la sustitución del salario por el derecho a pensión jubilar (cuyos montos deberían modificarse a través de políticas públicas claras que hagan efectivo el goce de un derecho).

Así mismo se debe tener presente que el Legislador puede precisar los eventos en

los cuales debe proceder el retiro de los servidores públicos, y el igual sentido, señala el derecho a la pensión como un derecho fundamental proteccionista y dirigido en una de sus especies a ofrecer mayores garantías a quienes tienen una determinada edad y han prestado su fuerza laboral por un significativo número de años, por lo tanto, la norma, en nada viola la Constitución o la ley, además que hay que considerar la necesidad de asegurar el derecho de renovación generacional y la garantía de los jóvenes al trabajo.

Los principio de la dignidad humana a través de las diferentes etapas de la vida, hace ver que la tercera edad o adulto mayor llega a un estado de desgaste producto del recorrido de una vida dedicada a la formación y producción laboral, lo que trae como consecuencia el derecho al descanso debidamente remunerado mediante la institución de la jubilación por vejez, amén de las garantías de las personas de la tercera edad determinadas en la Constitución de la República.

La libertad e igualdad laboral, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad resultan protegidos en cuanto se permite a las personas en edad de trabajar, ejercer su derecho y cuando llega a un número determinado de prestaciones (hay varias causas, tiempos y condiciones para acceder a la jubilación), acceder a la jubilación, entendida como un derecho y no como castigo o sanción.

Referente a la irrenunciabilidad a los derechos laborales no se ven menoscabados con el reconocimiento y pago de una jubilación y pagos de una pensión al momento de la terminación de la relación laboral, porque precisamente los derechos laborales se preservan por consecuencia con el reconocimiento al derecho al descanso producto del desgaste laboral por el transcurso del tiempo.

El trabajo es uno de los valores fundamentales contemplado en la Constitución de la República, cuya realización debe asegurar el orden jurídico que ella instaura; exigencia que se compadece con la definición de Estado Constitucional de derechos y justicia, que prioriza el derecho humano o aquel que dignifica a la persona, pues no es que la ley prevé la terminación de su relación laboral para mandarlo a la calle, sino establece un sistema de aseguramiento en la que una de sus contingencias es la edad y el tiempo de aportación en este caso al Instituto de seguridad Social.

Toma sentido entonces que el Estado intervenga en la economía y sobre todo en la

administración pública, (siendo su responsabilidad) para dar pleno empleo al talento humano existente, generar propuestas y emplearlas para garantizar cambios que beneficien al administrado, razón de ser de la administración.

La Democracia es una forma de gobierno en la cual el soberano es el pueblo. La definición más característica de ella, es la contenida en el famoso discurso pronunciado por ex Presidente de los Estados Unidos de Norte América, Abraham Lincoln, según la cual “la democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”, que precisamente debe ejecutar sus políticas mirando a todos.

En ese orden, tanto el Constituyente como el Legislador pueden disponer el término durante el cual las personas pueden ocupar los cargos públicos y lo hace usando sus facultades y competencias propias y en esta virtud, establece techos, en el caso de la Ley Orgánica de Servicio Público, se determina en el último inciso del artículo 81: “Las servidoras y servidores, a los setenta (70) años de edad, que cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación, obligatoriamente tendrán que retirarse del servicio público y cesarán en su puesto. Percibirán una compensación conforme a la Disposición General Primera”, en nada viola la Constitución de la República o el marco legal.

3.1 LOS EXTRANJEROS EN EL SERVICIO PÚBLICO.

Se define extranjero, a aquella persona que no forma parte de la comunidad política que se adopta como referencia (Diccionario de la Real Academia de la Lengua). La inclusión de los extranjeros en el servicio público como lo garantiza la norma del artículo de la Ley Orgánica de Servicio Público, artículo 5, en sus dos últimos incisos:

“Las personas extranjeras residentes en el Ecuador podrán prestar sus servicios en calidad de servidoras o servidores públicos en asuntos en los cuales por su naturaleza se requiera contar con los mismos, sin perjuicio de la aplicación de los convenios bilaterales de reciprocidad que rijan esta materia, previo informe y de ser el caso el permiso de trabajo otorgado por el Ministerio de Relaciones Laborales. Para ocupar puestos de carrera, deberán tener una residencia en el país de al

menos 5 años y haber cumplido el respectivo concurso de méritos y oposición.

En caso de requerirse la contratación de personas extranjeras, la autoridad nominadora, previo informe motivado de la unidad de administración del talento humano solicitará la respectiva autorización del Ministerio de Relaciones Laborales.”

Son las políticas de Estado que se generen, las que harán prevalecer la declaración de Estado Constitucional de derechos y justicia, por lo tanto se eliminarán barreras que discriminen al ser humano en razón de nacionalidad, sexo, edad, en general sin posibilidad de discriminen, amén de la norma constitucional del artículo 9, que en lo fundamental determina:

Art. 9.- Las personas extranjeras que se encuentran en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo a la Constitución”.

El Neo Constitucionalismo, nace en Europa, posterior a la segunda Guerra Mundial, como reacción a los actos de barbarie que determinó que más de 16 millones de judíos, afros y gitanos, pierdan la vida. Esta nueva posición constitucional, reconoce a la dignidad humana como el centro de la acción del Estado, por lo tanto, ninguna disposición puede trastocar su contenido y esencia, ni tampoco, las formalidades para su legislación pueden desconocer prácticas que favorecen la convivencia humana y digna de las personas.

Por lo tanto, las prohibiciones o impedimentos para el ejercicio del servicio público no nacen u obedecen al lugar de origen, sino a la aptitud para su ejercicio y al cumplimiento de condiciones señaladas en la misma ley:

- 1.- En asuntos en los cuales por su naturaleza se requiera contar con los mismos, sin perjuicio de la aplicación de los convenios bilaterales de reciprocidad que rijan esta materia, previo informe y de ser el caso el permiso de trabajo otorgado por el Ministerio de Relaciones Laborales
- 2.- Para ocupar puestos de carrera, deberán tener una residencia en el país de al menos 5 años y haber cumplido el respectivo concurso de méritos y oposición.

En ambos casos, la autoridad nominadora, previo informe motivado, conforme lo indica el artículo 76, numeral 7, numeral I de la Constitución Política del Estado.

3.1.1 CARACTERÍSTICAS DEL FLUJO MIGRATORIO EN EL CASO ECUATORIANO: MAGNITUD DE LOS FLUJOS

Los estudios cualitativos realizados en el país sobre inmigración establecen que en los años (2001-2007), Ecuador se ha convertido en un país de destino y de tránsito de personas extranjeras, especialmente colombianas y peruanas.

Sin embargo, la información cuantitativa sobre inmigración es escasa, dispersa y no esta adecuadamente sistematizada. De hecho existen dificultades para precisar el número de personas extranjeras que se encuentran el país y su condición migratoria. No existe una entidad que centralice y procese toda la información, y no se han determinado indicadores uniformes y completos sobre inmigración, lo que dificulta la caracterización de los flujos inmigratorios y la definición de políticas públicas de intervención.

3.1.2 REGISTRO DE MOVIMIENTOS MIGRATORIOS

Según el INEC (2005), entre enero del 2000 y diciembre del 2005 se registraron 4.390.204 ingresos y 3.267.980 salidas de personas extranjeras, generando un saldo migratorio de 1.127.217. Si a esta cifra se añade el saldo de 45.788, registrado por la Dirección Nacional de Migración para el 2006, el saldo general de los últimos 6 años estaría en 1.173.005.

Como se puede apreciar, los movimientos migratorios han registrado un crecimiento sostenido desde el 2000, pero se debe tener en cuenta que los movimientos no representan el número de personas que han ingresado y/o egresado del país; pues una misma persona pudo haber ingresado o salido varias veces y otras pudieron haber ingresado o salido sin registro. Sin embargo como lo afirma el INEC, las magnitudes de los movimientos reflejan proporciones o tendencias que tienen relación con el número de personas (INEC 2005).

De acuerdo a los datos de la Dirección Nacional de Migración, los movimientos registrados corresponden a ingresos de más de 195 países de los 5 continentes siendo los más frecuentes los de Colombia, EE.UU. y Perú. De ellos los que han generado los mayores saldos migratorios son los de población peruana y colombiana con un saldo acumulado de 882.398, lo que representa aproximadamente el 75.23% del saldo migratorio general para el periodo.

De acuerdo a esa misma fuente, en el 2006, el 44.9% de los ingresos registrados fueron de mujeres, lo que se inscribe en el proceso de feminización de la migración; en cuanto a la edad, el 43% fueron de personas de entre 18 y 40 años de edad, el 39% menores de 18 años y el 18% mayores de 40 años. Y en relación a los motivos de viaje reportados, el 59.7% corresponde a turismo y el 37.2% a otros. Cabe indicar que la hoja de control migratorio, no incluye la categoría de trabajo.

3.1.3 REGISTRO DE VISAS DE RESIDENTE

Según datos de la Dirección General de Extranjería, durante el año 2006. Colombia fue el país que registro el mayor número de visas de residente con 1.450, seguida de Cuba con 350, China 300 y Perú con 290 (El Universo, 2007). Los nacionales del primer y cuarto país, acogándose en su mayoría a visas de amparo, los segundos a visas de profesionales y los terceros a visas de inversionistas.

3.1.4 INMIGRACIÓN LABORAL

De acuerdo al Ministerio de Trabajo (2007), entre el 2004 y 2006 se habrían emitido 3.189 autorizaciones de trabajo a personas extranjeras, de las cuales 1.654 (51.9%) corresponden a trabajadores colombianos, 260 (8.2%) a peruanos, 232 (7.2%) a brasileños, 209 (6.5%) a argentinos, 96 (3%) a españoles, 89 (2.8) chilenos, y con un porcentaje de un 1.5% a venezolanos, cubanos, estadounidenses e italianas. Si se compara con el saldo migratorio general, este tipo de migración, representaría apenas el 0.27%.

El alto porcentaje de autorizaciones a trabajadores colombianos esta directamente asociado con el proceso de regularización impulsado en el año 2004. Y el de peruanos se ha incrementado en los dos últimos años y parece responder a un

proceso de flexibilización en los requisitos por parte del Ministerio de Trabajo. En estos dos grupos pueden encontrarse autorizaciones a profesionales, pero también a trabajadores no calificados que lograron obtener la autorización en base a un contrato de trabajo.

En general los trabajadores de las otras nacionalidades responden al perfil de profesionales con alto nivel técnico, vinculados a petroleras, industrias o empresas donde cumplen labores de dirección y asesoría. Es decir el perfil previsto por la ley.

La presencia de trabajadores migratorios españoles e italianos puede estar asociada a la emigración ecuatoriana y el ánimo de algunos profesionales de esa nacionalidad para abrir espacios de trabajo en Ecuador.

De acuerdo a la Dirección de Extranjería del Ministerio de Gobierno en el año 2006 se emitieron 350 visas de residente a favor de personas cubanas, siendo la tercera nacionalidad con el mayor número de este tipo de visas. Generalmente ingresan al país de manera temporal (visas de trabajo o intercambio cultural), mediante convenios bilaterales para trabajar en diferentes entidades en el área educativa, deportiva y médica o como invitados para dictar maestrías o conferencias, pero luego deciden optar por la residencia acogiéndose a visas de amparo o de profesionales. Muchos entonces se están desempeñando como trabajadores migratorios.

3.1.5 DERECHO AL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

El ejercicio del derecho al trabajo y a la seguridad social en el país efectivamente cuenta con un marco constitucional y legal de reconocimiento. Sin embargo, el ejercicio real de estos derechos es muy limitado, tanto para personas nacionales como extranjeras, como lo demuestran los siguientes datos del contexto:

De acuerdo al INEC, a marzo del 2006 la tasa global de desempleo urbano fue de 9.9%: para la población entre los 30 y 39 años de 7.13%, con una clara brecha de hombres (3.79%) y mujeres (11.26%). Además dicha tasa sube en el caso de los jóvenes (18 a 29 años) a 16.60%, siendo aun mayor para las mujeres al alcanzar el 22.56%.

Por su parte, la tasa global de subempleo fue de 62.5%, siendo de 53.30% para la población entre 30 y 39 años y para las personas y para las personas jóvenes de 51%. Es decir, que más de la mitad de la población ocupada del país tiene un trabajo no adecuado, sea por bajos niveles de salario, aumento de horarios y/o ausencia de beneficios sociales.

Si bien la tasa de desempleo ha venido teniendo en los últimos años una ligera mejoría, al pasar de 14.4% en 1999, 11.50% en el 2003 y 7.13% en el 2006, no obstante, dada la persistencia al crecimiento del subempleo y la disminución del salario mínimo, se evidencia que no existen reales y adecuadas condiciones de acceso y ejercicio al derecho a un trabajo decente.

De acuerdo a la OIT (2005), en el 2005, en Ecuador el salario industrial disminuyó en un -7.8% y el número de ocupados en el sector informal subió hasta promedios del 60%. El salario mínimo vital general al 2006, era de USD. 160.00 y la canasta familiar básica de USD. 453.26. EL INEC ubica el ingreso por servicio doméstico, con variaciones en otras ciudades como Guayaquil, Cuenca y Machala, donde se evidencia una baja en el ingreso por servicio doméstico llegando a niveles de 133, y aumento a nivel agrícola, menos en Machala, con un promedio de 390. En todas las actividades y en las ciudades el nivel de ingreso de las mujeres es menor y en ninguno de los casos llega a cubrir la canasta básica.

La disminución de desempleo registrada en los últimos años está directamente asociada a la emigración de población económicamente activa y al ingreso de las divisas de los emigrantes ecuatorianos desde el exterior (segundo rubro de ingresos del país) y el aumento de los precios del petróleo. Lo que evidencia el carácter dependiente y volátil de la economía ecuatoriana.

Se evidencia una crisis del empleo formal que se refleja en la pérdida de importancia del empleo público, un aumento progresivo del trabajo informal y la precarización salarial. Un indicador que puede servir para confirmar este último efecto, es el bajo porcentaje de población ocupada que dispone de seguridad social. En efecto en el mes de julio 2003 el 66.9% de los ocupados no tenían seguro y de ellos 63% pertenecían al sector informal de la economía. En 1990, según la OIT, el 72.1% de

los asalariados cotizaban para la seguridad social, mientras que hacia el 2000, la cobertura llegaba apenas al 48.9%.

Según datos oficiales del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a junio del 2007, de los 6.000.000 de PEA, 1.918.373 es PEA asalariada y con relación de dependencia, de esta 1.295.834 está afiliada y 622.539 no están cubiertas por esta afiliación.

El estudio FLACSO citado concluye que la alta tasa de subempleo o trabajo informal reflejan la precariedad del empleo y en general la pobreza que afecta a sectores mayoritarios del país. Los más afectados tanto por la desocupación como la subocupación son las mujeres, los jóvenes y personas con más bajo nivel de educación.

Sobre esta base, que evidencia la precariedad de las condiciones de inserción laboral, el deterioro de la calidad de vida que existe en el país y a las condiciones de pobreza existentes y que afectan a todos sus habitantes, analizaremos las principales limitaciones que enfrenta la población inmigrante en el acceso al derecho al trabajo y el ejercicio igualitario de sus derechos.²³

3.2 LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO Y SUS PRONUNCIAMIENTOS EN TORNO AL RÉGIMEN LABORAL DEL SECTOR PÚBLICO.

El origen de la Procuraduría General del Estado se remonta al 2 de agosto de 1928, cuando el Presidente interino Dr. Isidro Ayora, a través del Decreto Supremo Nro. 188, crea el cargo de Procurador General de la Nación.

La principal función asignada fue el Patrocinio del Estado, siendo obligación del Procurador, comparecer por iniciativa propia o resolución del Poder Ejecutivo, en los juicios “que interesaban a la hacienda pública”, en resumen se le encomendó defender los casos de interés del Estado, en otras palabras asumió la función de

²³ Informe sombra al I informe del Estado ecuatoriano sobre el cumplimiento de la Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias

Defensor del Fisco. Empieza el ejercicio del patrocinio público por parte del abogado del Estado, que es quien tiene la responsabilidad de defender jurídicamente los intereses de la cosa pública.

Tradicionalmente, en la jerarquía pública, el cargo de Procurador ha sido considerado como un funcionario de primer orden, bajo la dependencia de la Presidencia de la República, pues el cargo se le catalogó como de libre nombramiento y remoción.

Mediante Decreto Supremo número 547, se otorga autonomía a la Procuraduría General de la Nación, pero jerárquicamente se le adscribe a la Presidencia de la República.

A más de las funciones de representante judicial y asesor del Estado, se asigna dos nuevas funciones:

1. Emitir informes sobre contratos con cuantía sea mayor a 100.00,00 sucres y se impongan obligaciones a la Nación o al Fisco.
2. Codificación de la leyes ecuatorianas.

Con la Constitución de 1978, aprobada por referéndum y se dispone que el Procurador General sea nombrado por la Cámara Nacional de Representantes, en base a una terna enviada por el Presidente de la República. Se garantiza su autonomía y su personalidad jurídica.

En la Codificación de la Constitución de 1997, se indica: “Corresponde al Procurador el Patrocinio del Estado, el asesoramiento legal y las demás funciones que determine la ley.” y separa de la Procuraduría al Ministerio Público.

La Constitución de 1998, ratifica la autonomía institucional, se establece que el Procurador es el representante judicial del Estado y sus funciones son de asumir el patrocinio del Estado, el asesoramiento legal y las demás funciones que determine la ley.

La vigente Constitución promulgada en el año 2008, y en lo fundamental dispone que sea el “Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, quien nombre al Procurador General del Estado y entre sus facultades están:

- Representación judicial del Estado;
- Patrocinio del Estado y sus instituciones;

- El asesoramiento legal y absolución de consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley.
- Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público.

Es fundamental hacer una reseña histórica de la Procuraduría General del Estado y sobre todo el marco de sus facultades, para hacer notar que esta misma institución en su momento abonó al caos administrativo en la determinación del régimen laboral en el sector público, pues sus pronunciamientos y criterios vertidos en las consultas generadas desde la institucionalidad pública, suplieron las omisiones del ejecutivo de “Dirigir la administración pública...”.

A través de un ejemplo, reitero este criterio formado en torno a la determinación del Régimen Laboral del Sector Público.

Consulta formulada por el Dr. Víctor Hugo Molina Encalada, Alcalde de Azogues, respecto al “Régimen legal al que están sujetos los choferes que prestan sus servicios en el sector público...”²⁴

Pronunciamiento

“El artículo 35, número 9, inciso segundo de la Constitución Política de la República, vigente desde el 10 de agosto de 1998, dispone: “las relaciones de las instituciones comprendidas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 118 y de las personas jurídicas creadas por ley para el ejercicio de la potestad estatal, con sus servidores, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública, salvo las de los obreros, que se regirán por el derecho del trabajo”

Con la vigencia del citado texto constitucional, se derogó la disposición contenida en el artículo 49, letra i) de la anterior Constitución Política, que sujetaba a los servidores públicos a las leyes que regulan la administración pública, salvo las que se referían al sector laboral determinadas en el Código de Trabajo, en virtud del cual, los choferes que prestaban sus servicios al fisco, a los consejos provinciales, a los concejos municipales y a los agentes diplomáticos y consulares se encontraban sujetos a las prescripciones del referido Código. Dicha disposición constitucional

²⁴Consulta 2005. Documento que fue parte de la acción de Protección que la defensoría del Pueblo, Delegación en la Provincia del Cañar requirió para demostrar lo caótico que resultaba el régimen laboral en el sector público y como instituciones ajenas influenciaban.

señalaba: “Las relaciones de los organismos comprendidos en las letras a) y b) del artículo 72 (Funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, los organismos electorales y de control, las diferentes dependencias del Estado; y, las entidades que integran el régimen seccional autónomo) y las personas jurídicas creadas por ley para el ejercicio de la potestad estatal con sus servidores, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública, salvo las que se refieran al sector laboral determinadas en el Código de Trabajo.”

Por tanto, mientras estuvo vigente la citada disposición constitucional hasta el 10 de agosto de 1998, los choferes del sector público estaban amparados por el Código de Trabajo. Al entrar en vigencia la actual Carta Fundamental codificada, los referidos servidores pasaron a sujetarse al régimen de las leyes que regulan la administración pública, puesto que, se sustituyó de la Constitución derogada, la frase: “...salvo las de los obreros, que se regirán por el derecho del trabajo”, vigente en la Constitución codificada de 1998...”

“...considero que los choferes de las instituciones del Estado, están sujetos a la normativa prevista en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las remuneraciones del sector Público, salvo el caso de los servidores de las instituciones del Estado que ejerzan actividades que puedan ser asumidas por delegación total o parcial por el sector privado, en cuyo caso las relaciones con sus trabajadores, deberá regularse por el derecho del trabajo, excepto quienes ejerzan función de dirección, gerencia, representación, asesoría, jefatura departamental...”

La consulta y pronunciamiento obra de fecha 14 de febrero de 2005 y ha sido suscrita por el Dr. José María Borja Cevallos, nos hace ver, la anarquía reinante en la determinación del régimen laboral en el sector público, pues posterior a ello, mediante Decreto Ejecutivo 225, se indica que los choferes estarán sujetos al Código de Trabajo.

La Procuraduría ha contribuido a caotizar la determinación del Régimen Laboral en el sector Público, ejerciendo competencias y facultades ajenas a las suyas y generando políticas que le corresponden al Ejecutivo, para la correcta identificación de sus dependientes y sobre todo en respeto al Marco Constitucional, Tratados Internacionales, decisiones o resoluciones de organismos internacionales, y leyes, reglamentos, decretos vigentes todo ello a pretexto de asesoramiento legal y absolución de consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público

con carácter vinculante. La determinación del régimen laboral debe ser técnica.

CAPITULO IV

4. DERECHO DE REPETICIÓN

Lamentablemente el país no cuenta con legislación referente al derecho de repetición, y ha permitido que muchos de sus recursos tan necesarios para otros menesteres sean empleados en el pago de indemnizaciones ordenadas por organismos internaciones, mientras que los responsables de los desafueros, han mantenido su inmunidad e impunidad.

Ha sido la Procuraduría General del Estado, la que por dos ocasiones ha presentado propuestas de ley al Legislativo, sin que se haya dado la urgencia que necesita este tipo de iniciativas, a lo que habría que sumar la débil composición de los proyectos de ley, en el primer caso, referente al pago de compensaciones económicas generadas por organismos internacionales de derechos humanos y la otra propuesta apunta a dar la posibilidad de que el Estado “repita”, contra los abogados de sus instituciones que han perdido juicios puestos bajo su litigación. Es decir no ha existido siquiera una propuesta en torno a que el Estado a través de la Procuraduría General del Estado, repita en el evento de demandas del administrado por falta o fallas en la prestación de servicios públicos. Como ciudadanos no tenemos la conciencia de nuestros derechos y de parte de las autoridades y funcionarios, existe la tranquilidad de que “nunca pasará nada” y que lo que hagan o dejen de hacer, en nada repercute en su estabilidad económica.

La Constitución Política de la República, número 9 del Art. 11, señala “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatorias, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos”, norma constitucional que guarda relación con el Código Orgánico de la Función Judicial, que se encuentra publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 del lunes 09 de marzo del 2009, que señala en el Art. 15 inciso tercero “Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, en virtud del recurso de revisión, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos en la forma señala en este Código”. O lo que indica el artículo 213 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, que señala: “los funcionarios y personal de servicio de las administraciones públicas que hubieren incurrido en dolo o culpa que generaron daño resarcido por ésta a los particulares responderán por lo indemnizado, siempre que se hubiere efectuado el pago al o a los particulares por parte de aquella; todo ello, independiente de las acciones penales, civiles o administrativas a las que haya lugar.”

Las instituciones públicas, encargadas de la Administración Pública, responderán directamente, cualquiera hubiese sido el grado de culpabilidad en que pudiese haber incurrido la persona física, llámese autoridad, funcionario, agente en su actuación. En contra del servidor público que causó daño, se les perseguirá con la acción de restitución de los valores que el Estado hubiere reconocido a consecuencia de su responsabilidad extra contractual.

Los efectos por el daño no tendrá que establecer disquisiciones en orden a la

culpabilidad de la persona física a la que pudiera imputarse inmediatamente la actuación, sino que podrán exigir directamente a la Administración Pública la correspondiente indemnización .

Recordemos que la norma constitucional del artículo 314, determina:

Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.

La concepción básica de Prestación de Servicios Públicos, se funda en la imperecedera exigencia de satisfacer las necesidades públicas que deben ser solucionadas por entes estatales ya sea a nivel de Gobierno Central o Gobiernos seccionales (Gobiernos Autónomos Descentralizados) en forma directa o indirecta (concesiones por ejemplo).

El servicio público, tiene algunas características, entre ellas: debe ser regular, continua, de calidad, considerada como un servicio a la colectividad, regida por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. De faltar una o varias de estas condiciones para su existencia, habrase determinado razón o causa para que el ciudadano ejerza su derecho a concurrir ante el órgano administrativo o judicial (vía contencioso administrativo), por una indemnización que compense el déficit o ausencia en una prestación de un servicio.

Repito, lamentablemente no existe legislación referente al derecho de repetición, al que tiene derecho el Estado, a través de la Procuraduría General que actúa en ejercicio de su competencia de patrocinio, y que se encuentra escrita en la ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en su letra a:

“Proponer acciones legales en defensa del patrimonio nacional y del interés público...” la normativa que se cree en torno al derecho de repetición deberá contar con elementos básicos, entre ellos:

- 1.- Asegurar que la acción será interpuesta por la Procuraduría General del Estado.
- 2.- Da derecho a repetición cuando se haya verificado mediante sentencia en firme que ha existido, falta o falla en la prestación del servicio público, en este caso, el Estado repetirá contra la persona que actúo en ejercicio de una potestad pública, reparando las violaciones a los derechos de los particulares generadas por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos
- 3.- Además Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, y el Estado reparare a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, haya declarado la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos
- 4.- Cuando la autoridad o funcionario hubiere expedido un acto administrativo quebrantando las normas legales y dicho acto haya sustentado la demanda por la que se exigió a la respectiva institución, el pago de compensaciones económicas (indemnizaciones).
- 5.- Que la sentencia condenatoria expedida en contra del Estado se infiera que la pérdida del juicio se deriva de una comprobada actuación dolosa o negligente del abogado patrocinador que intervino en el proceso.
- 6.- Cuando el Estado ha sido obligado por la Corte o la Comisión Interamericana de DDHH u otro organismo de derechos Humanos a pagar indemnizaciones por acciones u omisiones de sus autoridades o funcionarios.

Es necesario insistir en los principios señalados en el texto constitucional en torno a la responsabilidad, sobre todo la norma del artículo 233, que dispone:

“Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos...”

Complementariamente a la disposición transcrita, debemos observar lo que sobre el tema nos dice el artículo 83 de la Constitución:

“Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 8) Administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público, y denunciar y combatir los actos de corrupción. 11. Asumir las funciones públicas como un servicio a la colectividad y rendir cuentas a la sociedad y a la autoridad, de acuerdo con la ley.

13. Conservar el patrimonio cultural y natural del país, y cuidar y mantener los bienes públicos.

4.1 SILENCIO ADMINISTRATIVO

Con la vigencia de la Ley de Modernización del Estado se transforma el régimen jurídico vigente, sobre todo en lo referente al sistema administrativo, particularmente lo relacionado al derecho de petición de los ciudadanos y la obligación de generar respuesta de la administración.

Es necesario insistir que nuestra Constitución de la República consagra en el artículo 11 que, el ejercicio de los derechos se regirá por varios principios, entre los importantes para el tema del silencio administrativo, “...que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.”

“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. Sobre todo, Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

Finalmente, agregaría que la Constitución de la República prescribe que “en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.”

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

Por otro lado, la Constitución del Ecuador (Art. 66 numeral 23) consagra el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas...”

El derecho de petición conlleva el deber del Estado y sus instituciones de atender las peticiones o reclamaciones de manera pertinente y dentro de un plazo adecuado. Así se podría sostener que existen dos conceptos principales en el citado artículo: .

- 1.- La obligación de contestar de manera pertinente, lo que da origen al deber de motivación de los actos administrativos, pues de esta manera se conoce el sentir de la administración.

- 2.- La obligación de resolver en un plazo adecuado y de manera motivada, surgiendo así la teoría del silencio administrativo que constituye una presunción de derecho.

La mayoría de Constituciones del mundo reconocen el denominado derecho de petición, que no es otra cosa que el derecho que tienen los particulares o administrados de acceder a las instancias públicas para efectuar peticiones o presentar reclamos. En el derecho ecuatoriano se consagra desde la Constitución de 1830, aunque no fue sino hasta 1878 que expresamente se dispuso la obligación del Estado de responder en un plazo determinado. Incluso en algunos casos la propia Constitución señaló que el plazo máximo para atender las peticiones era de 30 días?. Vemos que respetar los derechos de los administrados no es una tarea nueva o reciente, sino que tiene una historia.

La teoría del silencio administrativo implica reconocer un efecto al silencio de la

administración pudiendo así presumir una voluntad administrativa ya sea de forma positiva o negativa. Nuestro sistema legal, legisla en torno al silencio administrativo.

Hasta hace algunos años en el Ecuador existía aun la tesis del silencio administrativo negativo, es decir que cualquier reclamo o petición presentada, que no tenía una contestación oportuna por parte de la administración, era considerada como una decisión negativa al pedido de los particulares.

El efecto de esta voluntad presunta negativa era allanar el camino para que el administrado que se sintiera perjudicado por tal silencio, al considerar su petición atendida de forma negativa, pudiera iniciar una acción contencioso administrativa. Un requisito fundamental era agotar la vía administrativa de forma previa a presentar cualquier acción judicial en contra del Estado. De allí que una de las exigencias para intentar una acción contencioso administrativa era el de que el acto que se atacara hubiere causado estado, esto es, que ya no fuera susceptible de recurso alguno en vía administrativa.' Como es obvio, si el Estado guardaba silencio, jamás podría existir una demostración de que se había agotado la instancia administrativa, por lo que habría sido imposible iniciar la acción ante la jurisdicción contencioso administrativa, es decir había una especie de trampa jurídica.

Actualmente con el reconocimiento pleno del derecho de petición para demandar al Estado ya no hay razón para sostener la tesis del silencio administrativo negativo. Es por esto que, la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa privada ha consagrado el efecto positivo a la omisión de la Administración en atender las peticiones o reclamos de los administrados y el efecto es considerar la petición como aceptada, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil y penal del funcionario por cuya omisión el efecto positivo del silencio de la Administración por la inactividad u omisión de los Órganos Administrativos.

Analicemos la parte legal de la institución denominada "Silencio Administrativo". Ley de Modernización sostiene: Art. 28.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tradición ni se negará la

expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante".

Hemos dado las características del silencio administrativo positivo, pero determinemos la finalidad de la misma, que nos ayudará a comprender mejor su esencia.

La finalidad de esta figura jurídica es atribuir unos determinados efectos a la falta de actuación de la administración. De esta manera, se sustituye la voluntad de los poderes públicos, creando la ficción de que en el procedimiento se dicta una resolución con un contenido determinado, a pesar de que en realidad no haya existido pronunciamiento expreso.

Esto supone que los administrados, cuando transcurra el tiempo fijado sin contestación, podrán entender estimada o desestimada su petición. En el primer caso, nos hallamos ante el silencio positivo y en el segundo caso ante el silencio negativo.

Gracias a este mecanismo los interesados están facultados para ejercer el derecho solicitado, o para impugnar la resolución, bien a través de los recursos administrativos, bien directamente ante los órganos jurisdiccionales, según corresponda.

4.1.1 JURISPRUDENCIA

Para mayor ilustración me permito citar el concepto de silencio administrativo que manejaba la anterior Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, en fallos reiterados constantes en la jurisprudencia de casación gaceta judicial Año XCVII, serie 16, No. 10, Pág. 2716.²⁵

En sentencia de 10 de diciembre de 1997, frente a los recursos de casación planteados por los señores Ministro de Energía y Minas y Gerente de la Empresa de Comercialización y Transporte de Petróleos del Ecuador PETROCOMERCIAL respecto de la sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, el 11 de junio de 1996, en el juicio seguido por Andrea

²⁵Gaceta judicial Año XCVII, serie 16, No. 10, Pág. 2716

Menozzi, representante legal de la Compañía AGIP ECUADOR, contra los recurrentes y contra el Procurador General del Estado, la Sala de lo Contencioso Administrativo manifestó:

"El derecho que se establece por el ministerio de la ley como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado, es un derecho autónomo, que conforme lo dicho por la doctrina y por jurisprudencias tan importantes como los fallos del Consejo del Estado francés y de su similar colombiano, nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio; por lo cual, la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, que, como señalamos se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga su ejecución inmediata; de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución. Desde luego que el legislador ha establecido en el Art. 28 de la Ley de Modernización, el efecto positivo del silencio administrativo, en reemplazo del efecto negativo que consagra la anterior legislación, no de manera arbitraria, pues, tal efecto rebasa el propósito negativo, que únicamente tenía por objeto posibilitar la continuación y desenvolvimiento del proceso contencioso administrativo, ya que, además, y principalmente, mediante el positivo se da un efecto práctico a la garantía o derecho de petición y oportuna respuesta, consagrado en el Art. 19 numeral 11 de la Constitución Política del Estado, precisamente por ello, el efecto positivo del silencio administrativo, no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino más bien, una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo".

CONCLUSIONES

1.- La Asamblea Nacional nació como una aspiración colectiva por el cambio de estructuras direccionadas a unos pocos en desmedro de las grandes mayorías, amén del rechazo generalizado hacia una partidocracia convertida en punta de lanza de grupos de poder. En este marco, en su trabajo, se establecen mesas constituyentes, quienes distribuyen el trabajo para la construcción de la nueva Carta Política, entendiendo que existía una “inspiración u objetivos”, que hacen ver que estaban ya trazados con anterioridad y que vinieron a suplir en las omisiones o deficiencias de las mesas constituyentes, de tal suerte que a la falta de resultados de la Mesa Constituyente de Trabajo, sobre la determinación del régimen laboral en el sector público, que podía generar innumerables inconvenientes fue suplido por el aporte de los demás constituyentes, pero se ha verificado la exclusión de los profesionales como obreros y por lo tanto sujetos al Código de Trabajo, fue “promocionada o incluida”, sin el conocimiento de los constituyentes, pero así mismo es de aclarar que a la fecha de aprobación de los artículos sobre el trabajo, (1 de mayo de 2008), la Asamblea Constituyente no contaba con un mecanismo que permita recoger las sugerencias de los Asambleístas y que se daban en el debate, pero que eran necesarias incluirla, como la misma determinación del régimen laboral de los trabajadores del sector público. Así mismo es importante destacar que luego del trabajo de la Comisión de Redacción, nombrada por la Asamblea, el Pleno de la Asamblea ratificó el texto íntegro de la Constitución y que esta fue refrendada por todos los y las ecuatorianos, mediante consulta popular.

2.- Los mandatos constituyentes representaron expresiones de lo que la

Constitución contendría, y en ella se establece límites en las remuneraciones, liquidaciones, en general en la negociación colectiva en el sector público, que niega el acceso de las utilidades por ejemplo; pero que considera los recursos públicos como factores colectivos y por ende para el beneficio colectivo y no solo de los dependientes del Estado. A más que no se podía seguir permitiendo el caos en el sistema remunerativo que posibilitaba que cada institución fije sus propias normas en materia salarial. Claro en perjuicio de todos.

3.- La edad de una persona de manera alguna significa el término de su dignidad o de sus derechos, más bien se los revalora, de tal suerte que la misma Constitución de la República ubica a los adultos mayores dentro de los grupos de atención preferente del Estado, que a través de sus agentes (Ejecutivo y Legislativo), han generado normas dentro de la Ley Orgánica del Servicio Público, que atenta contra el principio de igualdad y no discriminación al que tenemos derecho todos, pues no por tener 65 años de edad puedo estar impedido de ascender, si este derecho se lo alcanza en base a los méritos, la experiencia, la calidad de la prestación de servicios, la eficiencia, la calidad, que no se pierden con la edad.

4.- Poner límites al servicio público en razón de la edad per se, sería atentatorio, pero legislar agregando que quien se encuentre en edad de acceder a los “beneficios de la prestación de jubilación” generada desde el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, representa una acción lícita del Ejecutivo y Constitucional del Legislativo, que busca dar igualdad de oportunidades para el ingreso al sector público como dependiente. Las prestaciones no deben ser eternas, los límites son facultades que se pueden establecer en una ley como ejercicio de las competencias de una Función legislativa.

5.- Permitir que los extranjeros puedan ingresar al servicio público, en nada afecta el derecho de los nacionales, pues extranjeros y nacionales dentro del territorio nacional somos iguales en derechos. Las estadísticas que hemos acompañado nos permite determinar que si inclusión más bien es excepcional o extraordinaria y que los anuncios de desplazamientos masivos no se ha dado.

6.- Que el Ejecutivo, a través de decretos busca “suplir el papel del legislador”, y establece disposiciones que lesionan los derechos de los servidores públicos, a lo que habría que agregar que la Corte Constitucional, no genera un control eficiente y oportuno, que puede servir para que normas como los decretos ejecutivos, prevalezcan sobre las leyes emanadas por el Legislativo y de esta manera poner en peligro un sistema democrático que precisamente buscó desde la vigencia de la nueva Constitución Política, estabilidad.

7.- El legislativo y el Ejecutivo, en ese orden mantienen una deuda con la sociedad al no legislar sobre el derecho de repetición. Existe legislación sobre la responsabilidad de los servidores públicos, pero no sobre las acciones que el Estado tendría para “recuperar” los egresos generados por las acciones u omisiones, por la falta o por la falla en la prestación de servicios públicos.

RECOMENDACIONES

1.- Ampliar el presente estudio, sobre todo en lo relacionado al sistema de calificación que desde el Ministerio de Relaciones Laborales se hace para determinar el régimen laboral de los servidores públicos, sus componentes y los tiempos que se ha tomado para ello, todo ello analizado y estudiado desde la óptica que los derechos de los trabajadores son irrenunciables e intangibles.

2.- El Legislativo debe fiscalizar las omisiones de la Corte Constitucional al permitir que legislación contraria a la Constitución se mantenga, en este caso lo referente a la edad como límite para que un servidor pueda ascender y lo relacionado a la vigencia del decreto 813, que legisla sobre la renuncia obligatoria con indemnización.

3.- Es fundamental que la Procuraduría General del Estado en lugar de determinar el régimen laboral de los choferes del Municipio de Azogues, (competencia del Ejecutivo a través del Ministerio de Relaciones Laborales), se preocupe en unificar sus propuestas en torno hacer efectivo el derecho de repetición, que a través de un ejemplo hemos graficado lo que ha significado para el Estado en materia económica.

BIBLIOGRAFIA

- Actas de la Asamblea Constituyente. Montecristi.
- Actas de la Mesa Constituyente de Trabajo, Producción, Igual e Inclusión Social
- Archivos de la Asamblea Nacional de Ecuador
- Armando Canosa. 1998. Recursos Administrativos. www.lanación.jur.com
- Constitución Política de la República de Ecuador 2008
- Constitución Política de la República 1998.
- Convenio OIT 98 y 154.
- Decretos Ejecutivos 1701 - 225
- Estudio Comparado Legislación y Prácticas Laborales en el Sector Público de los Países Andinos. Internacional de Servicios Públicos 45 avenue Voltaire. Primera Edición: Quito, diciembre de 2010.
- García de Enterría y Tomás Romón Fernández. Civitas Ediciones. 12 edición. Buenos Aires. 1979.
- Gaseta Judicial. Ecomint SS.CC. Quito.
- Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana. Periodo octubre 2008-2010. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Quito-Ecuador. 2010.
- Informe Sombra al primer Informe del Estado Ecuatoriano sobre el Cumplimiento de la Convención Internacional para Protección de derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias. Universidad Andina Simón Bolívar. Informe de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 11439.
- Ley Orgánica de Servicio Público

- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.
- Ley Orgánica de la Función Legislativa.
- Mandatos Constituyentes. Montecristi.
- Manuel María Diez. Derecho Administrativo. Buenos Aires. Editorial Omega. 1965.
- Modulo VI Régimen Constitucional y Legal de Trabajo en el Sector Público. UTPL. Dr. Patricio Baca Mancheno.
- Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público.
- Sentencia Corte Constitucional Colombia C-1037-03
- www.rae.es
- www.dedu.es
- www.lanación.jur.com

