

ESQUEMA DE CONTENIDOS

EL CONTRATO COLECTIVO EN EL SECTOR PÚBLICO Y LOS MANDATOS CONSTITUYENTES

CAPITULO I

EL CONTRATO COLECTIVO

- 1.1** Antecedentes históricos
- 1.2** Marco Conceptual
 - 1.2.1.** Concepto.
 - 1.2.2** Definiciones
- 1.3** Marco Jurídico
 - 1.3.1.** Constitucional
 - 1.3.2.** Convenios e Instrumentos Internacionales
 - 1.3.3.** Legal
 - 1.3.4.** Jurisprudencia
- 1.4.** Nacimiento y efectos del Contrato Colectivo
 - 1.4.1.** Informe y Dictamen de la Procuraduría General del Estado y Ministerio de Finanzas.
 - 1.4.2.** Acuerdo entre empleador y trabajadores
 - 1.4.3** Fallos de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje
 - 1.4.4.** Efectos Normativos
 - 1.4.5.** Efectos Obligatorios
 - 1.4.6.** Acciones por incumplimiento

CAPITULO II

ESTADO CONSTITUYENTE

- 2.1.** Concepto
- 2.2.** Poder Constituyente
 - 2.2.1** Originario
 - 2.2.2** Derivado
- 2.3.** Asamblea Constituyente

- 2.3.1 Fines
 - 2.3.2 Plenos Poderes
 - 2.3.3. Facultad Legislativa
 - 2.4 Temporalidad y efectos del poder constituyente
 - 2.4.1. Periodo ordinario
 - 2.4.2 Periodo extraordinario
 - 2.4.3. Periodo de la Comisión Legislativa

CAPITULO III

REFORMA DEL CONTRATO COLECTIVO EN EL SECTOR PUBLICO POR LOS MANDATOS CONSTITUYENTES

- 3.1 Mandato Constituyente
 - 3.1.1. Conceptos y definiciones
 - 3.1.2. Temporalidad de los mandatos
 - 3.1.3. Constitucionalidad de los mandatos
 - 3.1.3.1. Garantías Constitucionales
 - 3.1.3.2. Debido Proceso
 - 3.1.3.3. Seguridad jurídica
- 3.2. Mandatos Constituyentes 2 y 4
 - 3.2.1 Ley Orgánica Reformatoria al Mandato Constituyente 2
- 3.3. Mandato Constituyente 8
 - 3.4.1. Reglamento de aplicación
 - 3.4.2. Acuerdos Ministeriales
 - 3.4.3. Decreto Ejecutivo 1701

IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. ANEXOS

2. BIBLIOGRAFIA

1. Acosta Cerón, Ramiro (1989). *La Sindicalización en el Sector Público – caso IETEL*. Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales. Quito - Ecuador
2. Alomía Rodríguez, José (2002). *Diccionario de Derecho Laboral y Seguridad Social*. Editorial Jurídica del Ecuador.
3. Barriga López, Washington y Sánchez Muñoz, Fernando (1993). *Convenios Internacionales Sociolaborales vigentes 1919-1993*. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Quito-Ecuador.
4. Bejarano, José Joaquín; y Jaramillo Tito (1991). *Manual El Contrato Colectivo*. Segunda Edición. Editorial FEDIP-EDISOL. Guayaquil.
5. Cabanellas de Torres, Guillermo (1984). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta. Argentina
6. Cabanellas de Torres, Guillermo (2000). *Compendio de Derecho Laboral*. Tomo I. Editorial Heliasta. Argentina
7. Caldera, Rafael (1960). *Derecho del Trabajo, tomo I*. Editorial El Ateneo. Argentina.
8. Cevallos Vásquez María Elena (1998) *Legislación Laboral*, Impreso en Gráficas Hernández Cía Ltda. Cuenca - Ecuador.
9. Constitución Política de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones. Edición X. Año 2005. Quito - Ecuador
10. Constitución de la República del Ecuador, Editorial Jurídica El Forum, 2009.
11. Código Civil, Editorial Jurídica del Ecuador. año 2009.
12. Código de Procedimiento Civil, Editorial Jurídica del Ecuador. Año 2009
13. Código del Trabajo, Editorial Jurídica del Ecuador. Año, 2009.

14. Cueva Carrión, Luis. (1994) *La Casación en materia laboral*, Tomo II. Editorial Impreseñal Cía. Ltda.
15. Diccionario Jurídico Anbar.
16. Espinoza Galo, Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.
17. Guzmán Lara, Aníbal. (1986). *Diccionario Explicativo de Derecho del Trabajo en el Ecuador*. Corporación Editora Nacional Tomo I y Tomo II.
18. Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2009, Quito-Ecuador
19. Montt Balmaceda, Manuel. (1984) . *Principios del Derecho Internacional del Trabajo*. Editorial Jurídica de Chile.
20. Pérez Guartambel, Carlos (2007). *La Asamblea Constituyente*. Graficas Hernández Cía. Ltda. Cuenca - Ecuador
21. Registros oficiales, www.fielweb.com
22. Robalino Bolle, Isabel (2000) *Manual de Derecho del Trabajo* segunda edición, Editorial Mendieta, Quito- Ecuador, 2000.
23. Robalino Bolle, Isabel (1992). *El Sindicalismo en el Ecuador*. Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
24. Salgado Pesantez Hernán, Lecciones de Derecho Constitucional, Ediciones Legales, Quito-Ecuador, 2003.
25. Trujillo Julio César (1987), *Derecho del Trabajo* segunda edición, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
26. Valencia Haro, Hugo (1979). *Legislación Ecuatoriana del Trabajo*. Editorial Universitaria. Quito –Ecuador.
27. Varios Autores, (2001) *Diccionario Jurídico*, Editorial Esparsa, Madrid.

28. Zamora y Castillo, Luis Alcalá y Cabanellas de Torres Guillermo (1976).

Tratado de Política Laboral y Social. 3 Tomos. Editorial Heliasta.

Argentina.

INTRODUCCION

Una vez posesionado el Ec. Rafael Correa como Presidente Constitucional de los Ecuatorianos y cumpliendo su oferta de campaña, convocó al pueblo para que en consulta popular apruebe o no la conformación de una asamblea constituyente con plenos poderes, para que cambié el marco institucional y elabore una nueva constitución.

El pueblo en las urnas el 15 de Abril del 2007, apoyo y aprobó la propuesta, por lo que el 30 de Septiembre elegimos a 130 asambleístas, quienes empezaron su labor el 29 de Noviembre del 2007 en Montecristi Manabí, y culminaron sus labores el 25 de Julio del 2008, cuando entregaron al entonces Tribunal Supremo Electoral el texto del Proyecto de la Nueva Constitución, el mismo que fue sometido a referéndum aprobatorio el 28 de Septiembre del 2008; vigente desde el 20 de Octubre del 2008 fecha en la que fue publicada la Constitución en el Registro Oficial 449.

Pero, en el lapso de funcionamiento de la Asamblea Constituyente, este organismo creado para elaborar una nueva constitución, emitió 23 mandatos constituyentes de los cuales analizo el 2, 4 y 8 que reglaron y limitaron derechos laborales establecidos en normas internacionales, en la constitución y ordenamiento jurídico vigente, como los de organización, contratación colectiva, petición y otros, fundamentalmente en el sector público, los cuales fueron reglamentados en forma indebida e inconstitucional por el Presidente de la República y Ministro de Relaciones Laborales, (antes Ministro de Trabajo).

En este trabajo analizo la vigencia de los contratos colectivos del sector público legalmente celebrados y sus efectos, así como las violaciones que realizó la Asamblea Constituyente al desconocer la eficacia de estos y sin facultad alguna establecer unilateralmente nuevas normas y reglas a los

convenios colectivos que fueron celebrados cumpliendo los requisitos exigidos en el ordenamiento legal y constitucional vigente.

También hago un análisis respecto a la eficacia y vigencia de los mandatos constituyentes, que personalmente creo no tienen ninguna porque solamente fueron “*actos decisorios de la asamblea*” y no *normas jurídicas*, por lo que no forman parte del ordenamiento legal de nuestro país como estipula el artículo 425 de la Constitución y además por ser también contrarios a las normas constitucionales; pues el artículo 326 numeral 13 garantiza la contratación colectiva entre trabajadores y empleadores, con las excepciones que establezca la ley; pero hasta la presente el Ministerio de Relaciones Laborales inconstitucionalmente continúa aplicando las excepciones que establezcan los mandatos constituyentes, a los que inclusive se les ha pretendido dar el carácter de ley orgánica, cuando no lo son y para su elaboración ni siquiera se aplicó el procedimiento propio para la emisión de una ley.

De las lecturas para realizar este trabajo, puedo claramente concluir que los Asambleístas mal entendieron y abusaron de los plenos poderes que tenían para elaborar la nueva Constitución y procedieron a desconocer la vigente (Constitución de 1998), no obstante que decían reconocer el Estado de Derecho de ese entonces, generando así un clima de inseguridad jurídica y lo que es más afectando y disminuyendo derechos reconocidos a los trabajadores.

EL CONTRATO COLECTIVO EN EL SECTOR PÚBLICO Y LOS MANDATOS CONSTITUYENTES

CAPITULO I EL CONTRATO COLECTIVO

1.1 Antecedentes históricos.

La institución jurídica del Contrato Colectivo de Trabajo en el Ecuador se instituye definitivamente en noviembre de 1938 cuando en el Gobierno del General Alberto Enrique Gallo, Jefe Supremo de la República, se expide el Código del Trabajo, teniendo en el artículo 137 y siguientes, plasmado los principios que regularon la contratación colectiva de otros países de la región como los de México y Argentina, cuyas legislaciones a su vez trasplantaron los principios rectores que dieron lugar en 1919 a la creación de la Organización Internacional del Trabajo, OIT.

En la legislación comparada, básicamente, la Constitución Política Mexicana de 1917 en su artículo 123 consagró el derecho de los trabajadores a coaligarse en defensa de sus intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, al igual que estaban facultados a ejercer el derecho de huelga. A nivel del viejo continente, según el Dr. Julio César Trujillo¹, la contratación colectiva fue también anterior a la nuestra, señalando que “Después de la guerra de 1914 la legislación de los Estados se encargó de regular el Contrato Colectivo de Trabajo, primero lo hizo Alemania mediante Ley de 23 de Diciembre de 1918; a continuación se promulgó en Francia la Ley sobre el contrato colectivo de 25 de enero de 1919; Italia la Ley Reglamentaria del mismo contrato el 3 de abril de 1926; y España en la Ley del Contrato de Trabajo de 27 de noviembre de 1931 incluyó a los pactos colectivos de condiciones de trabajo entre las fuentes de su Derecho Laboral”.

¹ Trujillo Vásquez, Julio César, Derecho del Trabajo, Tomo II, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, segunda edición, 1987, página 202.

En nuestro país, al inicio, esta forma de contratación pasó inadvertida para empleadores y trabajadores, en razón de que los primeros aducían que las cláusulas debían someterse y regirse a lo prescrito en el Código Civil y posteriormente en el Código del Trabajo y demás leyes conexas, argumento que se desarrolló hasta los años cuarenta del siglo pasado, ya que por ejemplo, los trabajadores no podían solicitar la disminución de la jornada laboral o aumento de la remuneración, porque al criterio de los patronos eso no era permisivo por la ley, aupado inclusive por autoridades de trabajo; con lo cual los trabajadores organizados que, para entonces fueron muy pocos, prácticamente no usaban este medio contractual y más bien impulsaban y exigían el cumplimiento de los contratos individuales de trabajo, ya que lo otro implicaba perder tiempo.

Una vez que se entendió la verdadera naturaleza del contrato colectivo de trabajo, los trabajadores lograron consolidar y crear una serie de organizaciones sindicales que tuvieron respaldo inicial estatal, instrumentos organizativos que favorecían no solo reunirse para analizar las situaciones laborales en que se desarrollaban sus actividades sino también encarar y plantear acciones de orden clasista y hasta políticas, con lo cual se esbozaban una serie de peticiones laborales que permitían finalmente consensuar con los patronos y suscribir cláusulas superiores a los recogidos en el Código del Trabajo; así, “En 1943 se firma entre “La Cemento Nacional” y el Comité de Empresa de sus trabajadores, el primer contrato colectivo que se ha suscrito en nuestro país para el que los trabajadores contaron con el asesoramiento del Lcdo. Pedro Antonio Saad Niyain y del Dr. Manuel Alfonso Quijano Cobos. Sin embargo, hasta los años sesenta son escasos los contratos colectivos celebrados en el Ecuador siendo en esa década que los convenios colectivos se generalizan en las grandes y medianas industrias como medio de reglamentación de las relaciones obreros patronales y mejoramiento de las garantías establecidas en la ley para los trabajadores” conforme lo describen los autores José Joaquín Bejarano y Tito Jaramillo².

En la década de los setenta del siglo anterior, en razón de decretos dictatoriales, la contratación colectiva en el país fue objeto de limitaciones tal como por ejemplo

² Bejarano, José Joaquín y Jaramillo Tito, Manual El Contrato Colectivo, segunda edición FEDIP-EDISOL 1991, pagina 26.

el decreto No. 054 publicado en el R. O. No. 27 de 29 de julio de 1970 que prohibía celebrar contratos colectivos a los empleados públicos, mismo que fue parte de la anterior Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y que en la actualidad está vigente en la Ley Orgánica de Servicio Público así como en la Ley de Empresas Públicas; pues a éstos servidores les está permitido agruparse para asuntos meramente sociales y no sindicales.

Evidentemente, que para llegar a la institución jurídica del Contrato Colectivo de Trabajo, los obreros tuvieron que bregar una serie de acciones que requerían elevar el nivel de la lucha de la clase obrera que hasta entonces habían desarrollado para obtener mejoras en la jornada de trabajo, salarios, estabilidad, etc., y que estaban traducidas en los contratos individuales de trabajo que se había convertido en la expresión contractual de la sociedad liberal y por ende de los sectores pudientes de la época, quienes como dueños de los incipientes medios de producción imponían las cláusulas en los convenios individuales, sustentados en las instituciones jurídicas regladas por el Código Civil que, fue siempre la normatividad jurídica permisiva de imposición de condiciones entre quienes pedían una fuente de trabajo con las de dadores o patronos.

1.2 Marco Conceptual.

1.2.1. Concepto.

Partiendo de que *concepto* conforme el Diccionario de la Lengua Española implica representación simbólica de una cosa abstracta y general por medio del lenguaje; trataremos de dar un concepto al Contrato Colectivo de Trabajo, conociendo lo que el referido Diccionario concibe al Contrato de modo general: “Pacto establecido con ciertas formalidades entre dos o más personas, en virtud del cual se obligan recíprocamente a ciertas cosas”; al aludir sobre el Colectivo dice lo “Formado por varias personas o cosas”; y, en referencia al Trabajo como el “Esfuerzo humano aplicado a la producción de la riqueza, extrayéndola, obteniéndola o transformándola”.

Sin embargo, es menester profundizar sobre el vocablo Contrato del cual debe considerarse la obligatoriedad en su cumplimiento, efecto de la identidad de voluntades surgidas por varios elementos de orden legal y regladas en la forma prevista en el sistema jurídico vigente que, no importa si se trate de un contrato de carácter civil, mercantil o del regulado por el derecho laboral; por manera que, el contrato como acto constituye la comunión de voluntades expresadas por las partes en un documento, que de su cumplimiento o incumplimiento produce efectos eminentemente jurídicos. En suma, lo dicho supone la existencia de tres aspectos básicos de orden contractual a saber que, unidos formarían el triángulo convencional del concepto: a) voluntad de una de las partes; b) voluntad de la otra parte; y, c) declaración conjunta de la voluntad común, discutida y aprobada para satisfacción de las partes respecto de las propuestas u ofertas descritas en el acuerdo.

Concebido así el concepto del contrato en sí, los requisitos elementales para cualquiera de los convenios, constituirían:

Capacidad como requisito común para contraer obligaciones, porque no es otra cosa que la actitud legal para actuar válidamente.

Consentimiento ligado íntimamente con la voluntad, cuya existencia depende de lo acordado o consensuado por las partes y así dar lugar al contrato.

Objeto que debe ser lícito y por supuesto con una causa también lícita, con el objeto de evitar la nulidad y estar conforme con la normatividad jurídica; y,

Formalidades alusivas a las normas contenidas en el sistema jurídico que reglan los diversos contratos, donde estarán inmersos los efectos que deben o producen los contratos, concretados en la obligatoriedad de cumplirlos en la forma preestablecidas por las partes o la ley.

Entonces, ensamblando el contenido de los vocablos con los requisitos generales que preceden, podemos sintetizar de modo abstracto y general un concepto de Contrato Colectivo de Trabajo como el pacto celebrado entre trabajadores

coalgados de una o varias empresas con uno o más empleadores por medio del cual reglan y norman las relaciones jurídico-laborales consistentes en condiciones generales y mínimas del trabajo al cual se someten y deben cumplir cada una de las partes.

1.2.2. Definiciones.

Con el objeto de exponer en forma clara y exacta lo que debemos entender sobre la institución jurídica del Contrato Colectivo de Trabajo, a continuación extractamos varias definiciones, no sin antes dejar sentado que la doctrina tiene percepciones distintas desde cómo se concibe al trabajo así como por la posición ideológica y cultural de los exponentes.

En la doctrina nacional se encontró las siguientes:

Para el Dr. Aníbal Guzmán Lara³, “Contrato colectivo es aquel que se celebra entre la parte patronal y los trabajadores de una empresa con el fin de establecer condiciones más favorables, tanto para los contratos que están en vigencia, como para los que se celebraren posteriormente, con relación a las prestaciones que establece la Ley de trabajo”.

El Dr. Julio César Trujillo Vásquez⁴ sostiene: “...el contrato colectivo es un convenio escrito mediante el cual una o más asociaciones profesionales de trabajadores y uno o más empleadores o asociaciones de empleadores establecen derechos y obligaciones recíprocas y las condiciones de trabajo que han de regular las relaciones laborales o los contratos individuales de trabajo en la empresa o empresas para las cuales se lo celebra”.

Según el Dr. José Alomía Rodríguez⁵ “Contrato Colectivo es el convenio mediante el cual un empleador y un grupo de trabajadores legalmente

³ *Guzmán Lara, Aníbal*, “Diccionario explicativo del Derecho del Trabajo en el Ecuador”, Editado por Corporación Editora Nacional, 1986, primera parte, foja 170.

⁴ Obra citada, página 189.

⁵ *Alomía Rodríguez, José*, Diccionario de Derecho Laboral y Seguridad Social, primera edición 2002, Editorial Jurídica del Ecuador, página 103.

constituidos, establecen las condiciones de trabajo y demás bases jurídicas sobre las cuales registrarán los contratos individuales en dicha empresa o negocio”.

El Art. 220 del Código del Trabajo define al Contrato o pacto colectivo como “...el convenio celebrado entre uno o más empleadores o asociaciones empleadoras y una o más asociaciones de trabajadores legalmente constituidas, con el objeto de establecer las condiciones o bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo, entre el mismo empleador y los trabajadores representados por la asociación contratante, los contratos individuales de trabajo determinados en el pacto”.

En la doctrina extranjera sobre el tema se encontró que “El contrato colectivo de trabajo es un acuerdo colectivo normativo estipulado entre asociaciones sindicales reconocidas y destinado a producir efectos jurídicos en las categorías representadas respecto de las relaciones de trabajo o de las relaciones económicas”, tal como concibe la Enciclopedia Jurídica Omeba⁶. Para el Dr. Guillermo Cabanellas⁷, “Es el suscrito, con uno o más patronos, por una entidad laboral; esto es, por un sindicato o grupo obrero, para facilitar ocupación remunerada a los trabajadores afiliados o representados”.

La Organización Internacional del Trabajo OIT, por medio de la Recomendación sobre los contratos colectivo, 1951,⁸ señaló que la expresión “contrato colectivo comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores y una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por éstos últimos, de acuerdo con la legislación nacional”.

⁶ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Editorial BIBLIOGRÁFICA Argentina, 2005, página 196, tomo IV.

⁷ *Cabanellas, Guillermo*, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Eliasta, Argentina, 1989, tomo II, página 341.

⁸ Adoptada el 6 de Junio de 1951 en la 34ª reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo.

De las definiciones anotadas se infiere que para el nacimiento de este instrumento jurídico se requiere la presencia de una o más organizaciones laborales legalmente constituidas que acuerdan con él o propietarios del negocio, empresa o factoría, las condiciones laborales y económicas en las que se desenvolverá la relación obrero-patronal. Organización que para efectos de orden laboral implica "...toda organización de trabajadores o de empleadores que tengan por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores"⁹.

1.3 Marco Jurídico

El marco jurídico que rodea al Contrato colectivo de trabajo es resguardado tanto por el sistema jurídico interno como por el Derecho Internacional del Trabajo, con lo que se pretende dar una herramienta adecuada a empleadores y trabajadores para que alcancen mínimos o máximos acuerdos en las relaciones obrero patronales y contribuyan en sí al proceso de busca y mantenimiento de la paz social.

1.3.1. Constitucional

En el marco jurídico constitucional el contrato colectivo de trabajo lo encontramos resguardado dentro de uno de los principios que rigen el derecho al trabajo establecido en el ordinal 13 del Art. 326 de la Constitución que dice: "Se garantizará la contratación colectiva entre personas trabajadoras y empleadoras, con las excepciones que establezca la ley".

Desentrañando este principio, observamos que a tono con el concepto y definiciones referidos en líneas anteriores, la institución jurídica en estudio para ser resguardada por la norma suprema requiere el consenso de una persona jurídica representativa de los trabajadores y una persona natural o jurídica que represente a la empresa o negocio, en tanto y en cuanto regule una relación obrero-patronal; esto es, dedicados a cualquiera actividad económica que confluya al desarrollo económico del Estado. En el campo de las relaciones

⁹ *Convenio 87 de 17 de Junio de 1948*, de la OIT relativo a la Libertad Sindical y a la protección del derecho de sindicación, Artículo 10.

laborales en el sector público, deben los trabajadores estar representados por una sola organización¹⁰.

Al referirnos a la presencia de personas jurídicas o naturales que, luego del análisis, discusión y acuerdo de las condiciones futuras de trabajo, suscriben el contrato colectivo de trabajo, es requisito indispensable que los obreros deban estar representados por una organización formalmente inscrita en el Ministerio de Relaciones Laborales, ya que así lo fija y abaliza otro de los principios rectores del derecho al trabajo, al indicar en el ordinal 7 del Art. 326 que “Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores”; principio intrínseco al de toda persona, cuando el Estado está obligado a reconocer y garantizar el derecho a asociarse prescrito en el ordinal 13 del Art. 66 del Estatuto Constitucional.

Se debe resaltar sin embargo, una nota condicionante a este resguardo constitucional, cuando alude “con las excepciones que establezca la ley”; dejando entrever la posibilidad de que el legislador o asambleísta limite el derecho protegido y se convierta en una mera declaración, que no estaría conforme con el carácter de Estado Constitucional de derechos y justicia proclamado en el Art. 1 de Ley Suprema y, de otro lado, con los convenios internacionales de trabajo que como normas supranacionales debemos cumplirlas y exigir las por ser parte del sistema jurídico del país, tal como prevé el Art. 425 *ibidem* .

1.3.2. Convenios e Instrumentos Internacionales

En sentido amplio, el dato fundamental que da a un acuerdo el carácter concreto de tratado o tratado internacional, es el que se celebre o concluya entre sujetos, a los que el orden jurídico internacional atribuye la calidad de sujetos jurídicos.

¹⁰ *Constitución de la República del Ecuador*, Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: (...) 9. Para todos los efectos de la relación laboral en las instituciones del Estado, el sector laboral estará representado por una sola organización”.

Desde el punto de vista de su denominación, es indiferente que sean calificados como tratados, acuerdos, acuerdos simplificados, protocolos, convenios, convenciones, etc., puesto que, materialmente, todos son tratados.

Sin embargo, en materia laboral, el convenio o convención es una de las formas que suelen asumir los Tratados Internacionales. La diferencia exacta entre tratado y convenio no se la puede precisar, porque el tratado abarca todos los instrumentos jurídicos internacionales, cuya característica se destaca por la consagración escrita de un acuerdo entre entidades políticas que aseguran su cumplimiento.

Es comúnmente usada la palabra tratado cuando hay acuerdos políticos de importancia en el ámbito internacional; en cambio, convención se utiliza para aplicar en los acuerdos internacionales que no tienen incumbencia política y con menores solemnidades que los tratados, muchos emplean el término tratado para referirse al tratado contrato con reglas generalmente bilaterales y convencionales al tratado ley, que se establece por la vía multilateral.

Las convenciones en materia laboral tienen mucha jerarquía; constituyen importante fuente y referente del derecho ecuatoriano, ya que somos miembros de la O.I.T, desde el año 1934; razón ésta que motivó una vez más al constituyente del 2008 a consagrar como parte del sistema jurídico a los convenios y tratados internacionales según lo previsto en el Art. 425 de la Norma Suprema; aparte de que por el espíritu integracionista latinoamericano, estamos obligados en todas sus instancias y procesos a “Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo (...) de acuerdo con los principios de progresividad y no regresividad”¹¹, en los que, en el objetivo de propender y consolidar organizaciones de carácter supranacional por Estados de América Latina y del Caribe, debemos suscribir “tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional”¹².

¹¹ *Constitución de la República del Ecuador*, Art. 423, ordinales 3 y 7.

Para el Dr. Julio César Trujillo¹³ los “convenios son verdaderos tratados internacionales y como tales obliga a los estados signatarios, previo el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales”.

En cambio, el Dr. Manuel Montt Balmaceda, sostiene que “Los convenios internacionales del trabajo constituyen los instrumentos internacionales de índole laboral por excelencia”; y, describe como características esenciales de los mismos “En primer lugar, la circunstancia de emanar de un organismo internacional y no de un acuerdo bilateral entre Estados. En segundo lugar, que su adopción por la Conferencia Internacional del Trabajo y atendido el carácter tripartito de ésta, no sólo concurren los gobiernos, sino que también los representantes de los empleadores y de los trabajadores de los respectivos sectores nacionales, lo que confiere especial fuerza y viabilidad al contenido del instrumento. En tercer lugar, el hecho de construir normas que aún en el evento de su no ratificación por los Estados, dan origen a ciertas obligaciones, por parte de éstos, como son las de someter su texto a las autoridades competentes y de mantener informada a la O.I.T. sobre el estado de la legislación positiva interna en relación a la materia del convenio”¹⁴.

La necesidad de profundizar el marco jurídico que rodea al contrato colectivo de trabajo, estriba en que el Estado a través de sus organismos y entes públicos, operadores de justicia y empleadores, inobservan la normativa supranacional, a la cual se suman los trabajadores coaligados o no, que por motivos eminentemente monetaristas o temor ante las posiciones de los entes referidos, dejan de hacer uso de tales normas jurídicas internacionales, derivándose así en una persistente tabla rasa de los principios y derechos laborales.

La normativa internacional rectora en este campo, alude especialmente a los expedidos por la Organización Internacional del Trabajo, O.I.T., como el Convenio No. 87 relativo a “La libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación” aprobado el 17 de Junio de 1948 en la 31ª Conferencia de la O.I.T., celebrada en

¹³ Obra citada, tomo I, página 66.

¹⁴ *Montt Balmaceda, Manuel*, Principios de Derecho Internacional del Trabajo, Editorial Jurídica de Chile, 1984, página 66.

San Francisco, con vigor el 4 de Julio de 1950; y, con aprobación legislativa ecuatoriana de 5 de Noviembre de 1956, publicada en el R.O. No. 119 de 30 de Abril de 1957, decreto ejecutivo No. 483 de 24 de abril de 1967, instrumento de ratificación de 24 de Abril de 1967 y, depósito de instrumento de ratificación 29 de Mayo de 1967. Esencialmente el convenio alude a varios principios que permiten salvaguardar derechos como el de organización y constitución jurídica base, superior y extranjera y, afiliación libre (Arts. 2, 6, 7 y 10); elección de sus representantes y derecho a formular programas de acción, sin poder ser limitados por autoridad pública (Art. 3); la organización no puede ser objeto de disolución o suspensión por vía administrativa (Art. 4); respeto al derecho de legalidad y prohibición de menoscabo de garantías laborales (Art. 8).

El Convenio No. 98 relativo a la “Aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva” aprobado el 1 de Julio de 1949 en la 32ª Conferencia de la O.I.T., celebrada en Ginebra, con vigor el 18 de Julio de 1951; y, con aprobación legislativa ecuatoriana de 5 de Noviembre de 1956, decreto ejecutivo No. 500 de 31 de marzo de 1959, instrumento de ratificación de 16 de Abril de 1959, depósito del instrumento de 28 de Mayo de 1959, publicado en el R.O. No. 923 de 19 de Septiembre de 1959. Este convenio en cambio describe principios importantes que salvaguardan derechos como el de protección contra la discriminación (Art. 1); protección contra toda injerencia de una organización contra otra (Art. 2); adopción de medidas para fomentar la negociación colectiva y por supuesto, entidades que viabilicen y garanticen aquello (Arts. 3 y 4).

Cabe resaltar que el derecho de contratación colectiva ha sido considerado de modo directo e indirecto en otros instrumentos internacionales a saber: Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y políticos de 1966; Convenio Europeo de Derechos Humanos; Carta Social Europea; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948; Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1948; Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969.

1.3.3. Legal

La normatividad secundaria que resguarda y viabiliza el contrato colectivo de trabajo en el Ecuador está regulada básicamente en el Código del Trabajo expedido por el General Alberto Enríquez Gallo, Presidente de la República, con fecha 5 de Agosto de 1938, declarado vigente por la Asamblea Constituyente y finalmente promulgado en el Registro Oficial números del 78 al 81, correspondientes del 14 al 17 de Noviembre de 1938.

Sin embargo, importante es recalcar que previo a la expedición del Código del Trabajo en el año 1938, el país ya tuvo un antecedente de contrato colectivo, pues “por esa misma época se dicta un decreto en el cual se da carácter de ley a una parte del convenio celebrado entre los delegados de los compositores de sombreros de paja toquilla y las casas exportadoras de dichos sombreros. Este decreto es importante porque significa el nacimiento de lo que más tarde será el Contrato Colectivo Obligatorio de Trabajo. Este decreto se refiere, en suma, a un alza en la confección de sombreros de toquilla llevada a cabo entre los obreros y los exportadores. El gobierno apoya esta alza que es beneficiosa para los trabajadores, disponiendo, en forma terminante que impondrá una multa de uno a cinco mil sucres a las casas exportadoras que no cumplan el compromiso. He ahí pues, un convenio colectivo celebrado entre los representantes de los trabajadores de sombreros y los exportadores, los cuales debían comprar el sombrero a determinado precio fijado de antemano por las dos partes, este contrato fue intervenido por el Gobierno para darle énfasis y, como si dijéramos, hacerlo un instrumento oficial y público. Como dejamos dicho más arriba, es el claro ejemplo de un convenio colectivo de trabajo obligatorio en el cual existen las tres partes clásicas de este contrato-regla, o sea los patronos que en este caso vienen a ser las casas exportadoras, los trabajadores de la toquilla y el Gobierno”¹⁵.

Actualmente, el Art. 221 del Código de Trabajo codificado el 18 de octubre de 2005 mediante resolución adoptada por la Comisión de Legislación y Codificación

¹⁵ Valencia Haro, Hugo, “Medio Siglo de Derecho Laboral en el Ecuador, esquema histórico”, No. 3, Publicaciones de Derecho Laboral Ecuatoriano, Imprenta de la Universidad Central, 1955, página 44.

del extinto Congreso Nacional, advierte: “*Asociación con la que debe celebrarse el contrato colectivo.*.- En el sector privado, el contrato colectivo de trabajo deberá celebrarse con el comité de empresa. De no existir éste, con la asociación que tenga mayor número de trabajadores afiliados, siempre y cuando que ésta cuente con más del cincuenta por ciento de los trabajadores de la empresa. En las instituciones del Estado, entidades y empresas del sector público o en las del sector privado con finalidad social o pública, el contrato colectivo se suscribirá con un comité central único conformado por más del cincuenta por ciento de dichos trabajadores. En todo caso sus representantes no podrán exceder de quince principales y sus respectivos suplentes, quienes acreditarán la voluntad mayoritaria referida, con la presentación del documento en el que constarán los nombres y apellidos completos de los trabajadores, sus firmas o huellas digitales, número de cédula de ciudadanía o identidad y lugar de trabajo”; requisito último para determinar la capacidad de contratación contenida en el Art. 245 del Código del Trabajo¹⁶, en razón de que para efectos laborales pueden celebrar dichos contratos las personas mayores de 18 años de edad; no así para suscribir contratos individuales, donde esa capacidad es posible con los trabajadores mayores de quince y menores de 18 años, conforme enseña el Art. 35 del Código de Trabajo¹⁷.

Concomitante con lo anterior, el Art. 223 del Código de Trabajo prevé: “*Presentación del proyecto de contrato colectivo.*.- Las asociaciones de trabajadoras facultadas por la Ley, presentarán ante el Inspector del Trabajo respectivo, el proyecto de contrato colectivo de trabajo, quien dispondrá se notifique con el mismo al empleador o a su representante, en el término de cuarenta y ocho horas”; desprendiéndose con ello, la facultad que tienen las organizaciones laborales de mayor jerarquía para presentar el proyecto de contrato colectivo para ser discutido, negociado y suscrito con el empleador, en el

¹⁶ *Código del Trabajo*, Art. 245: “Representantes de las Asociaciones de trabajadores.- En los contratos colectivos sólo podrán intervenir como representantes de las asociaciones de trabajadores, personas mayores de dieciocho años”.

¹⁷ *Código del Trabajo*, Art. 35: **Quienes pueden contratar.**- (Sustituido por el Art. 3 de la Ley 2006-39, R.O. 250, 13-IV-2006).- Son hábiles para celebrar contratos de trabajo todos los que la Ley reconoce con capacidad civil para obligarse. Sin embargo, los adolescentes que han cumplido quince años de edad tienen capacidad legal para suscribir contratos de trabajo, sin necesidad de autorización alguna y recibirán directamente su remuneración”.

evento de que en el centro de trabajo hubieran más de una organización de trabajadores.

También la Ley Orgánica de Empresas Públicas publicada en el suplemento del R.O. No. 48 de 16 de Octubre de 2009 establece en su artículo 27 que para la celebración de los contratos colectivos se observará el trámite contenido en los artículos 220 y siguientes del Código de Trabajo, en cuyo articulado encontramos el inciso segundo del artículo 221 que refiere la suscripción del convenio colectivo con el Comité Central Único y cualquiera de las Empresas Públicas, empresas subsidiarias, empresas filiales o Agencias y Unidades de Negocio¹⁸ que son partes del sector público conforme ordena el tercer inciso del Art. 225 de la Constitución.

De otra parte debe enfatizarse que el contrato colectivo puede celebrarse con las organizaciones laborales constituidas en los organismos y dependencias de las funciones del Estado, entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y las personas jurídicas creadas por acto normativo de éstas, al tenor del indicado artículo 225 de la Ley Suprema¹⁹.

De la revisión jurídica precedente, se aprecia las reglas a observar por los trabajadores y empleadores para establecer de manera adecuada las relaciones obreros-patronales encaminadas a normativizar el esfuerzo a la labor lícita

¹⁸ *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Art. 4.- *Definiciones*.- Las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado. Las empresas subsidiarias son sociedades de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria. Las empresas filiales son sucursales de la empresa pública matriz que estarán administradas por un gerente, creadas para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada. Las Agencias y Unidades de Negocio son áreas administrativo – operativas de la empresa pública, dirigidas por un administrador con poder especial para el cumplimiento de las atribuciones que le sean conferidas por el representante legal de la referida empresa, que no gozan de personería jurídica propia y que se establecen para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada”.

¹⁹ *Constitución de la República del Ecuador*, Art. 225.- El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las Funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”.

entregada por los obreros, así como reconocer el empleador una remuneración justa y demás beneficios que permitan al trabajador materializar el derecho económico establecido en el Art. 33 de la Constitución de la República, como fuente de realización personal y base de la economía, para lo cual el Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad y una vida decorosa.

1.3.4. Jurisprudencia

En el desarrollo de las relaciones obreros-patronales, el contrato colectivo de trabajo posiblemente en su aplicación pueda derivarse una serie de conflictos entre las partes, mismas que si no han logrado resolver sus diferencias a lo interno del centro del trabajo, acudirán ante las autoridades administrativas para lograr consensos y si allí no se encuentra la ruta de solución, posiblemente uno de los sujetos de esa relación, planteará la reclamación ante los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, facultados para conocer y resolver conflictos colectivos al tenor de lo preceptuado en el Art. 225 del Código del Trabajo, en concordancia con el Art. 251 ibídem, debidamente resguardado por la Constitución de la República que a la letra dice: “Art. 326.- El Derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: (...) 12. Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje”.

Empero, cuando el incumplimiento del contrato colectivo de trabajo es invocado por un trabajador cesado o separado voluntariamente de sus labores ante las autoridades jurisdiccionales, los fallos o resoluciones que emita la Administración de Justicia, tiene importancia las dictadas por la Corte Nacional de Justicia por disposición del ordinal 2 del Art. 184 de la Constitución²⁰ y porque “Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia o si ratifica

²⁰ Constitución de la República del Ecuador, Art. 184.-Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: (...) 2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración”.

el contenido esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.” tal cual describe el Art. 185 de la Ley Suprema. Cabe resaltar que los fallos de triple reiteración se hallan reglados en normas secundarias como el segundo inciso del Art. 19 de la Ley de Casación e inciso primero del Art. 182 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Cuando las sentencias o fallos dictados por las autoridades de justicia se lo hace observando la normatividad anterior, es indudable que hablamos de la jurisprudencia como delineadora de principios o interpretación de la ley en forma semejante; que indefectiblemente deben ser respetados obligatoriamente por los jueces inferiores como si fuera la propia ley en los casos concretos pronunciados; pues, no debemos olvidar que solo al legislador o asambleísta le corresponde interpretarla con carácter generalmente obligatorio, por lo impuesto en el ordinal 6 del Art. 120 del Estatuto Constitucional²¹.

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, ocupando el primer lugar dentro de la pirámide normativa, tal cual determinan los artículos 424 y 425 de aquella; debiendo los operadores de justicia y demás servidores públicos “aplicar directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución”²².

En esta materia la entonces Corte Suprema de Justicia, cuyos fallos de triple reiteración siguen vigentes hasta tanto existan los pronunciamientos de la actual Corte Nacional de Justicia, conforme decidió el pleno de ésta en la resolución de 1 de Abril de 2009 publicada en el R.O. No. 572 de 17 de abril del año referido, tiene resoluciones alusivas como por ejemplo las de que no procede impugnar ante la Función Judicial sentencias del Tribunal de Conciliación y Arbitraje²³,

²¹ *Constitución de la República del Ecuador*, Art. 120.- La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de la que determine la Ley: (...) 6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”.

²² *Constitución de la República del Ecuador*, Art. 426.

²³ *Gaceta Judicial No. 12, serie XVI*, dictados por la entonces Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, en los casos Manuel Cabascango contra Texaco, publicada en el R.O. No. 3 de 14 de

beneficios de los trabajadores de la compañía de Cementos Selva Alegre no ampara a ex trabajadores²⁴ y, las indemnizaciones de despido y desahucio de trabajadores una vez presentado el proyecto de contrato colectivo según el Art. 229 (actual Art. 233) del Código del Trabajo²⁵.

1.4. Nacimiento y efectos del Contrato Colectivo

Importante es mencionar que los requisitos para el nacimiento del contrato colectivo de trabajo con aplicación en el ámbito privado, frente al convenio suscrito con una entidad pública, tiene éste un requisito adicional, conforme al análisis y crítica a exponerse en líneas posteriores. Pero, lo cierto es que en ambos casos la organización sindical debe presentar el proyecto a conocimiento del empleador de modo directo o por intermedio del Inspector del Trabajo para el inicio de la discusión, negociación y suscripción que deberá concluir en un plazo máximo de treinta días y un plazo adicional consensuado por las partes tal como enseñan los artículos 221, 222 y 223 del Código de Trabajo. En el evento de no arribar a un acuerdo total del convenio las diferencias para su resolución final serán sometidas a un Tribunal de Conciliación y Arbitraje integrado por el Director Regional del Trabajo, dos vocales principales y suplentes designados por los trabajadores así como dos vocales principales y suplentes por los empleadores, en la forma como indican los artículos 225, 227, 248 y 474 del Código Obrero, quienes serán encargados de aplicar la tramitología determinada en los artículos 226, 228 y más pertinentes del último cuerpo legal aludido.

Agosto de 1996, página 2; Darío Carrera contra Texaco, publicada en el R.O. No. 986 de 11 de Julio de 1996, página 41; Heráclito Bravo contra Texaco, publicada en el R.O. No. 989 de 16 de Julio de 1996, página 23.

²⁴ *Gaceta Judicial No. 12, serie XVI*, dictados por la entonces Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, en los casos Luis Jiménez contra Cemento Selva Alegre, publicada en el R.O. No. 275 de 13 de Marzo de 1998, página 21; Gonzalo García contra Cemento Selva Alegre, publicada en el R.O. No. 273 de 11 de Marzo de 1998, página 17; Mario Haro contra Cemento Selva Alegre, publicada en el R.O. No.307 de 29 de Abril de 1998, página 24.

²⁵ *Gaceta Judicial No. 14, serie XVI, dictados por la entonces Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia*, en los casos Nos. 188-96, Luis Edwin Freire contra Quito Tennis y Golf Club; 226-97, David Cruz Espinales contra Quito Tennis y Golf Club; caso No. 24-98, Luis Sandoval contra Quito Tennis y Golf Club.

1.4.1. Informe y Dictamen de la Procuraduría General del Estado y Ministerio de Finanzas

La derogada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Homologación de las Remuneraciones del sector público imponía en la disposición transitoria séptima que previo a la suscripción de los contratos colectivos de trabajo o actas transaccionales se requería obtener el informe y dictamen favorable de la Procuraduría General del Estado al igual que obtener el dictamen del Ministerio de Economía y Finanzas sobre la disponibilidad de recursos financieros suficientes para cubrir los incrementos salariales conforme el literal a) del Art. 56 de la Ley para la reforma de las Finanzas Públicas²⁶. Si la autoridad de trabajo y los representantes legales de las instituciones u organismos públicos suscribieren los convenios sin este requisito, pueden ser objeto de sanciones administrativas, civiles y hasta penales.

Con el propósito anterior, el Dr. Raúl Izurieta Mora Bowen, ex Ministro de Trabajo expidió el 14 de abril de 2004 el Acuerdo Ministerial No. 00114²⁷, que contiene el Instructivo para la tramitación de contratos colectivos y actas transaccionales de trabajo que regla el procedimiento para la solicitud del informe y dictamen previos a emitir por el Ministerio de Economía y Finanzas así como la Procuraduría General del Estado.

²⁶ *Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas*, Art. 56.- Contratos Colectivos o Actas Transaccionales.- Para la celebración de contratos colectivos o actas transaccionales, previstos en los incisos segundo, tercero y cuarto del Art. 35 de la Constitución Política de la República del Ecuador (1998) las autoridades del trabajo, los directivos de las instituciones contratantes, los organismos de control y el Ministerio de Finanzas y Crédito Público cumplirán obligatoriamente las siguientes reglas: a) El Ministro de Finanzas y Crédito Público, en un plazo no mayor de treinta (30) días, dictaminará obligatoriamente sobre la disponibilidad de recursos financieros suficientes para cubrir los incrementos salariales y los demás beneficios económicos y sociales que signifiquen egresos, que se pacten en los contratos colectivos de trabajo y actas transaccionales. La institución del Estado deberá demostrar documentadamente el origen de los fondos con los cuales financiará los incrementos salariales a convenirse con la organización laboral. Se prohíbe que el financiamiento se haga con ingresos temporales. Se tendrá como inexistente y no surtirá ningún efecto legal el contrato colectivo de trabajo o el acta transaccional que se celebre sin el dictamen favorable del Ministerio de Finanzas y Crédito Público. (...) c) ...El funcionario que suscriba o autorice la suscripción de contratos colectivos o actas transaccionales sin sujetarse a las exigencias legales, responderá personal y pecuniariamente por los valores pagados en exceso, independientemente de la acción penal a que hubiere lugar, sin perjuicio de su inmediata y obligatoria destitución del cargo por parte de la autoridad nominadora...”.

²⁷ *Acuerdo Ministerial No. 00114 de 14 de abril de 2004*, publicado en el R.O. No. 322 de 27 de Abril de 2004.

Actualmente, según la Ley Orgánica de Empresas Públicas, “...Los representantes de las empresas públicas serán personal y pecuniariamente responsables por la aceptación, suscripción o ejecución de cláusulas de contratación colectiva pactadas al margen o en desacato de las disposiciones contenidas en la presente Ley. El Estado ejercerá las acciones de nulidad y repetición, de ser el caso, en contra de los representantes que dispusieren, autorizaron o suscribieron dichos contratos”²⁸.

Estos requisitos generaron y siguen causando malestar en la negociación y suscripción de los contratos colectivos de trabajo en el sector público, habida cuenta que se convierten en obstáculos al derecho de contratación colectiva debidamente regulados por las normas internacionales de trabajo como los convenios números 87 y 98 de la O.I.T., antes analizados, así como también por lo indicado en los convenios números 151 de 1978 relativo al derecho de sindicalización en la administración pública; y, 154 de 1981 relativo al fomento de la negociación colectiva.

Respecto del tema, la O.I.T, ha recomendado: “ ...Además la Comisión había tomado nota de que la Central Ecuatoriana de Organizaciones Clasistas (CEDOC) envió comentarios en 1989, subrayando que la Disposición General 12, de los Presupuestos Generales del Estado de 1988 y 1989, obstaculizan la negociación colectiva. A ese respecto, la Comisión observa que la disposición general en cuestión prevé: a) un informe del Ministro de Finanzas sobre el anteproyecto de contrato colectivo determinado, en función de las disponibilidades presupuestarias y de las partidas específicas, los límites hasta los que podrán negociar la institución del sector público de que se trate; b) un informe de la Oficina de Coordinación de Asuntos Laborales de la Presidencia de la República sobre el anteproyecto de contrato colectivo; c) y que los incrementos salariales en el sector público previstos en un contrato colectivo no debería superar los beneficios similares vigentes para la generalidad de los servidores públicos. El Gobierno declara en su memoria que el Presupuesto del Estado tiene una serie de partidas con objetivos específicos que no pueden ser sobrepasadas y la intervención del Ministerio de Finanzas tiene por finalidad impedir que lo sean; la utilización con

²⁸ Ley Orgánica de Empresas Públicas, segundo inciso del Art. 20.

otros propósitos de las partidas constituye el delito de "malversación de fondos públicos" del que responden los pagadores, tesoreros, contadores y jefes de despachos. La Comisión considera que en el caso de los funcionarios que no trabajan en la administración del Estado, debe garantizarse su derecho de negociación colectiva. Cuando el presupuesto del Estado prevé la limitación de los fondos disponibles en la negociación salarial, es importante que previamente tenga lugar una discusión entre el empleador nominal y las organizaciones concernidas. Asimismo, cualquier negociación posterior en el lugar de trabajo debería poder llevarse a cabo de la manera más flexible posible a fin de poder ser realmente efectiva..."²⁹.

No obstante lo anterior, la normatividad jurídica actual limita el derecho de contratación colectiva, avalada con la puesta en vigencia del principio de garantía a la contratación colectiva, con las excepciones que establezca la Ley, tal como está concebido en el artículo 326 ordinal 13 de la Constitución.

1.4.2. Acuerdo entre empleador y trabajadores

Si el contrato colectivo de trabajo significa el pacto celebrado entre trabajadores coaligados de una o varias empresas con uno o más empleadores por medio del cual reglan y norman las relaciones jurídico-laborales consistentes en condiciones generales y mínimas del trabajo al cual se someten y deben cumplir cada una de las partes; se sobreentiende que para arribar y configurar esta clase de instrumentos, los empleadores y trabajadores sin intermediario alguno, se sientan alrededor de una mesa de diálogo cada determinado tiempo, por lo general dos años para conocer en sí y planificar la marcha económica, financiera y productiva de la empresa; cometido al cual las partes deben llegar a un ambiente de mutuo respeto, consideración e igualdad para el tratamiento de cada una de las aspiraciones constantes en los articulados propuestos como proyecto de contrato colectivo o revisión del mismo; de ahí que es aconsejable que las partes no necesariamente deban ir aprobando artículo o cláusula de modo secuencial, sino

²⁹ *CEACR*: Observación individual sobre el Convenio núm. 98, Derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 Ecuador (ratificación: 1959) Publicación: 1991

que por el contrario encuentren puntos de acuerdo respecto de temas no neurálgicos y los otros como aumento de salarios, estabilidad y demás de orden económico, deban ser debatidos profundamente al tiempo de finalizar las negociaciones colectivas.

Para la O.I.T, la expresión negociación colectiva “comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”, como se desprende del Art. 2 del Convenio 154 relativo a la negociación colectiva, 1981³⁰, instrumento no ratificado por el Ecuador, tal vez porque el país vivía en esa época un predominio de conciencia de la clase obrera donde exigía el respeto de los derechos laborales, entre ellos el de negociación colectiva que, si no era fruto del consenso de las partes, los trabajadores imponían conversatorios de negociación con el empleador por medio de los conflictos colectivos de trabajo y, usando la huelga como herramienta de lucha para defender sus intereses clasistas, económicos y políticos.

En suma, si el contrato colectivo fue producto del acuerdo de las partes, debe el instrumento celebrarse por escrito ante el Director Regional del Trabajo y, a falta de éste ante un Inspector del Trabajo, debiendo extenderse por triplicado, bajo pena de nulidad en caso de no realizárselo del modo indicado en el Art. 236 del Código de Trabajo.

1.4.3. Fallos de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje

En el evento de que los trabajadores y empleadores no logran ponerse de acuerdo en el convenio colectivo de trabajo o, su revisión conforme estipula el

³⁰ *Convenio 154 sobre la negociación colectiva, 1981*, expedido en Ginebra el 19 de Junio de 1981 por la 67 Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo y entrada en vigor 11 de Agosto de 1983.

cuarto inciso del Art. 248 del Código de Trabajo, cualquiera de los sujetos de la relación laboral presentará la reclamación ante el Director Regional del Trabajo bajo los términos y requisitos previstos en el Art. 226 del Código del Trabajo, debiendo en el petitorio especificarse la designación y aceptación de los vocales principales y suplentes que integrarían el Tribunal de Conciliación y Arbitraje que conocería y resolvería sobre los puntos no convenidos.

Los Tribunales de Conciliación y Arbitraje nacen a raíz de la Recomendación No. 92 de 1951 expedida en Ginebra en la sesión 34 de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, con fecha de adopción 29 de junio de 1951, que refiere sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, que impulsa el establecimiento de “organismos de conciliación voluntaria, apropiados a las condiciones nacionales, con el objeto de contribuir a la prevención y solución de los conflictos de trabajo entre empleadores y trabajadores”, (I. Conciliación voluntaria, 1), recomendando además que “debería estimularse a las partes para que se abstengan de recurrir a huelgas y a lockout mientras dure el procedimiento de arbitraje y para que acepten el laudo arbitral” (I “Conciliación voluntaria”, 4). Asimismo, en el Convenio 154 sobre la negociación colectiva, 1981, expedido en Ginebra el 19 de Junio de 1981 por la 67 Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo y entrada en vigor 11 de Agosto de 1983, en el Art. 5 literal e) prevé “los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva”, que aluden efectivamente a esta clase de organismos de conciliación, que no es otra cosa, característica principal de la O.I.T, ya que “En relación al tripartismo en el seno de los países miembros de la O.I.T, la doctrina se expresa, especialmente, en la propia declaración de Filadelfia, que dice: La lucha contra la necesidad debe perseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en pie de igualdad con los representantes del gobierno, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común”³¹.

³¹ Obra citada de Manuel Montt Balmaceda, página 50.

En nuestra Constitución, consta como uno de los principios del derecho al trabajo, señalándose en el numeral 12 del Art. 326 que “Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje” los cuales tienen jurisdicción y competencia para administrar justicia en los términos previstos en los artículos 565 y 567 del Código de Trabajo en concordancia con los artículos 225 y 231 *ibídem*; trámite único en razón de que su resolución causa ejecutoria.

Es necesario acotar que la resolución no puede causar ejecutoria, en razón de que con la vigencia de la Constitución de la República, se instituyó en nuestra legislación lo que en doctrina se conoce como el principio del “doble conforme”, facultándose a las partes o sujetos procesales a “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”, conforme estatuye la letra “m” del ordinal 7 del Art. 76 de la Ley Suprema. Consecuentemente, las autoridades de trabajo deben instrumentalizar este derecho al tiempo de ser invocados por cualquiera de los sujetos procesales dentro de los conflictos laborales, en estricto y directo cumplimiento de lo impuesto en el Art. 426 de la Constitución³².

1.4.4. Efectos Normativos

Por lo visto antes, el contrato colectivo de trabajo tendría dos fuentes para su existencia: la negociación directa de las partes; y, la otra con la participación de terceros que representan a los trabajadores y empleadores bajo la dirección de un funcionario del Ministerio de Relaciones Laborales; esto es, el Tribunal de Conciliación y Arbitraje que por medio de resolución establece las condiciones obreros patronales colectivas que han de regir las relaciones mutuas; resolución

³² *Constitución de la República del Ecuador*, Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

ejecutoriada que debe luego ser objeto de registro en la Dirección Regional del Trabajo y tener los efectos laborales correspondientes.

En ese marco, los efectos normativos devienen del conjunto de disposiciones encaminadas a describir los parámetros consensuados y legales a observar por parte de los sujetos de la relación contractual colectiva, cuyo alcance y beneficio ampara a los trabajadores suscriptores o beneficiarios por la resolución, de la persona jurídica que representa a los trabajadores, a los cuales por supuesto se hayan afiliado los obreros; o “..se derivan del carácter normativo del convenio colectivo, esto es de su capacidad de imponerse sobre los contratos individuales de trabajo, tanto los que se encuentren ya celebrados como los que se celebraren durante la vigencia del colectivo”.³³ El caso típico anterior se da en el contrato colectivo consensuado o bilateral, en sustento a lo previsto en la última parte del Art. 220 y ordinal 6 del Art. 237 del Código de Trabajo³⁴; las resoluciones emitidas por los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, generalmente aluden a amparar a todos los trabajadores estables de un centro de trabajo, sin importar la pertenencia o no a una organización laboral, en concordancia con lo estatuido en los artículos 240 apartado último, 247 y 252 del Código laboral. El amparo a todos los obreros, por la forma determinada en la ley, ha sido interpretada por resolución de la entonces Corte Suprema de Justicia publicada en el R. O. No. 412 de 6 de abril de 1990, en el sentido de “Que el contrato colectivo de trabajo ampara a todos los trabajadores sujetos al régimen del Código de trabajo, aunque no estuvieren afiliados a la asociación de trabajadores que lo suscribió”; resolución observada por los operadores de justicia al tiempo de conocer y resolver los conflictos individuales de trabajo.

En si en esta clase de efectos, el contrato colectivo tiene presente a trabajadores individualmente hablando, sean o no miembros de la organización y que por esa razón, por ejemplo, el empleador está conminado a extender un aumento salarial

³³ *Bejarano, José Joaquín y Jaramillo Tito*, obra citada, pagina 43.

³⁴ *Código de Trabajo, Art. 220.- Contrato colectivo.-* (...) es el convenio celebrado entre uno o más empleadores o asociaciones de trabajadores legalmente constituidas, con el objeto de establecer las condiciones o bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo, entre el mismo empleador y *los trabajadores representados por la asociación contratante...*”; *Art. 237.- Contenido del contrato colectivo.-* En el contrato colectivo se fijarán: (...) 6. Las demás condiciones que estipulen las partes”.

a los trabajadores organizados si decidiera hacerlo a un obrero que no sea parte de la organización suscriptora del convenio.

1.4.5. Efectos Obligatoriales

Cuando en los convenios colectivos de trabajo nos referimos a aquello que produce exigencia u observación entre las partes contratantes respecto de la vigencia del instrumento, derivadas de los derechos y deberes mutuos entre los sujetos suscriptores; implica la obligatoriedad del instrumento en todo el centro de trabajo sin importar la existencia de una o más organización laboral y demás condiciones acordadas; o, por el resultado de lo transcrito en los artículos 252 a 258 del Código de Trabajo que regla especialmente los contratos colectivos de trabajo donde la función ejecutiva a través del decreto correspondiente declara obligatorio el contrato en todo lo que no se oponga a la normatividad del servicio público; es decir, esta clase de efectos, tiene que ver en esencia, la obligación de los sujetos contratantes de acatar, exigir y cumplir el convenio firmado por las dos terceras partes resultante de empleadores y trabajadores³⁵.

Sin embargo, pese a que en el referente histórico sindical ecuatoriano esta clase de contratos colectivos obligatorios tuvo su origen en el año 1938 al dictarse el decreto ejecutivo con carácter de ley a una parte del convenio celebrado entre los delegados de los compositores de sombreros de paja toquilla y las casas exportadoras de dichas prendas, ya en lo posterior y en la forma como se reguló en el Código de Trabajo, para determinar condiciones de una rama de trabajo y en una circunscripción territorial respectiva, en definitiva no ha tenido aplicabilidad, porque tanto trabajadores como empleadores han viabilizado los contratos colectivos de trabajo de cada centro o empresa.

De lo expuesto, se concluye que los efectos de este orden radica en la exigencia del cumplimiento de derechos y obligaciones de las partes contratantes, esto es,

³⁵ *Código de Trabajo*, Art. 252. **Obligatoriedad del contrato colectivo.-** Cuando el contrato colectivo haya sido celebrado por las dos terceras partes tanto de empleadores como de trabajadores organizados dentro de una misma rama de la industria y en determinada provincia, será obligatorio para todos los empleadores y trabajadores de la industria y provincia de que se trate, si así se resolviere por Decreto Ejecutivo, expedido de acuerdo con los artículos que siguen”.

de las personas jurídicas intervinientes en el convenio colectivo que, por excepción puede ser una persona natural como cuando el empleador es el propietario de un centro de trabajo; así los trabajadores tienen la obligación por medio de la organización de concienciar a sus miembros y todos en general, del cumplimiento de las obligaciones respecto de la seguridad en el trabajo; al igual que, el empleador para hacer efectivo un derecho de terminación de un contrato individual con un obrero, reunirse y plantear a la organización sindical las razones para tal decisión y luego del análisis del caso e, incluso con la aplicación del derecho al debido proceso respecto de las reglas de la defensa y contradicción, adoptar la decisión que sea más pertinente.

1.4.6. Acciones por incumplimiento

Siendo el contrato colectivo de trabajo una obligación bilateral³⁶, su incumplimiento por una de las partes contratantes generará daños y perjuicios que deben ser subsanados por la causante, atendiendo lo acordado en el propio instrumento y de no prever su solución, se estará a lo establecido en el Código de Trabajo con las circunstancias y alternativas que trae el Art. 251³⁷.

En los convenios se estila redactar cláusulas como que, en caso de surgir controversias entre las partes contratantes en el cumplimiento de la obligación, interpretación de las disposiciones del contrato o de cualquier asunto relacionado entre los sujetos de la relación laboral, se obligan a tratar directamente el diferendo y buscar una solución a los problemas suscitados. También suele establecerse un ente integrado por delegados del empleador y trabajadores como es el Comité Obrero Patronal, parte de la filosofía de creación de la Organización Internacional del Trabajo y sustentado en el ordinal 26 del Art. 42 del Código de

³⁶ *Código Civil, Art. 1482.- El contrato es (...) bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente"*

³⁷ *Código del Trabajo, Art. 251.- Efectos del incumplimiento del contrato colectivo.- En caso de incumplimiento de alguna o algunas de las condiciones del contrato colectivo por una de las partes, se estará a lo expresamente convenido. No constando nada sobre el particular, la parte que no hubiere dado motivo al incumplimiento podrá optar entre dar por terminado el contrato o exigir su cumplimiento con indemnización, en uno u otro caso, de los perjuicios ocasionados, salvo estipulación en contrario".*

Trabajo³⁸. En todo caso, este procedimiento es obligatorio para conocer y resolver cualquier inconveniente que amerite un reclamo del trabajador en forma individual, personal, o por medio de la organización; ora por la formulación del reclamo formulado de modo general por la organización sindical al tenor de las atribuciones conferidas en los ordinales 4 y 6 del Art. 461 del Código Obrero³⁹.

En el evento de no llegar a un acuerdo las partes quedan en libertad para acudir ante las autoridades y jueces del trabajo y activar las acciones administrativas, judiciales o constitucionales⁴⁰ en el caso de los reclamos individuales; y, las acciones administrativas colectivas o constitucionales que impulsarán las organizaciones sindicales ante los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, u operadores de justicia para la defensa de los derechos fundamentales.

La formulación del reclamo a cargo de la organización laboral representativa de los obreros, puede ejecutárselo directamente a la autoridad de trabajo y de no ser posible su solución, formular el reclamo ante el Tribunal de Conciliación y Arbitraje como se observa del Art. 225 del Código de Trabajo con un libelo contentivo de requisitos específicos contemplados en el Art. 226 ibídem; no sin antes precisar que en un conflicto de esta naturaleza los trabajadores tienen garantizada la estabilidad, no pudiendo ser objetos de desahucios o despidos, sopena de cancelar indemnizaciones por despido de parte del empleador tal como impone el Art. 233 del Código de Trabajo que norma y reglamenta el derecho de organización que tienen los obreros de un centro de trabajo específico. En este reclamo pueden los trabajadores requerir el pago de indemnizaciones u intereses de orden legal por el incumplimiento.

³⁸ *Código del Trabajo, Art. 42.- Obligaciones del empleador.-* Son obligaciones del empleador: (...) 26. Acordar con los trabajadores o con los representantes de la asociación mayoritaria de ellos, el procedimiento de quejas y la constitución del comité obrero patronal”.

³⁹ *Código del Trabajo, Art. 461.- Funciones del comité de empresa.-* Las funciones del comité de empresa son: (...) 4. Defender los derechos de clase, especialmente cuando se trate de sus afiliados. (...) 6. Representar a los afiliados, por medio de su personero legal, judicial o extrajudicialmente, en asuntos que les interese, cuando no prefieran reclamar sus derechos por sí mismos”.

⁴⁰ *Constitución de la República*, establece desde los artículos 86 a 94 las acciones (garantías jurisdiccionales) que pueden formularse en defensa de los derechos fundamentales, sin perjuicio de las acciones administrativas o judiciales ordinarias.

Valga anotar que, si por causas ajenas a la voluntad del empleador o trabajador, no pueda cumplirse el contrato colectivo o deba inaplicárselo temporalmente por circunstancias altamente comprometedoras para la existencia del centro de trabajo o empresa; la contraparte se someterá a lo convenido e incluso a no hacer efectiva indemnización alguna.

CAPITULO II ESTADO CONSTITUYENTE

En un estado constituyente actúa el poder constituyente y por ende en el trabajo nos referiremos a este.

2.1. Concepto

El término poder constituyente, fue originariamente acuñado en el derecho público francés desde la *Revolución Francesa* (1789), significa *“lo que instituye”, “lo que establece”, “lo que crea”, “lo que organiza institucionalmente”*.

En derecho público este término se aplica a la sociedad políticamente organizada, es decir al Estado.

Emmanuel Joseph Sieyès⁴¹ fue el primero en teorizar sobre el poder constituyente y expresó que es *“la potestad que tiene un pueblo de constituir un Estado y de darse la organización jurídica y política que más le convenga”*. También dijo que *“El poder Constituyente todo lo puede (...) no se encuentra de*

⁴¹ **Emmanuel Joseph Sieyès (Fréjus 1748-1836)**. Político francés ordenado sacerdote en 1773. Sieyès atrajo la atención, en los primeros días de la Revolución Francesa, con una octavilla: *Qu'est-ce que le tiers état? (¿Qué es el tercer estado?*, 1789), que fue publicada de forma anónima en previsión de posibles represalias, y en la que exponía su rechazo ante los privilegios de los estamentos nobiliario y eclesiástico, y propugnaba una legislación nacional, válida para todos los ciudadanos, sin exclusiones. Su prudencia y moderación le permitieron sobrevivir a todas las fases de la Revolución. Fue miembro de los Estados Generales (1789), diputado de la Convención Nacional (1792-1795) en la que votó a favor de la muerte del Rey Luis XVI, del Consejo de los Quinientos (1795-1799) y del Directorio (1799); además, ayudó a iniciar la carrera política de Napoleón Bonaparte, después de que éste ganara popularidad gracias a sus victorias militares. Junto con el político francés Pierre Roger Ducos y Napoleón, se convirtió en cónsul provisional del Consulado en 1799. Sieyès proyectó la Constitución, pero Napoleón introdujo tantas modificaciones que Sieyès dimitió. Durante el Imperio napoleónico fue marginado políticamente, aunque se le designó como presidente del Senado, cargo que no tenía eficiencia política. Tras la caída de Napoleón, Sieyès fue desterrado como regicida en 1816, pero regresó a Francia tras el éxito de la Revolución de 1830 que instauró en el poder a Luis Felipe de Orleans

antemano sometido a ninguna Constitución (...) por ello para ejercer su función ha de verse libre de toda forma y de todo control, salvo los que él mismo los pudiera adoptar.”

Para **Carl Schmitt**⁴² el poder constituyente es *“la voluntad política cuya fuerza o autoridades capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y fuerza de la existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como de un todo”*. Ahora bien de las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal y constitucional.

Linares Quintana, sostiene que el poder constituyente es *“la facultad inherente a toda comunidad soberana de darse su ordenamiento jurídico-político fundamental originario por medio de una constitución y de reformar este total o parcialmente cuando sea necesario”* Aparecen en esta definición cuatro características esenciales del concepto de poder constituyente, que son:

- 1) Que su titularidad está en cabeza de la comunidad soberana, esto es el pueblo como titular de la soberanía nacional;
- 2) La facultad, consiste en darse su propio ordenamiento jurídico-político fundamental a través de una constitución;
- 3) Que el poder constituyente es originario o primario, cuando actúa para dar este ordenamiento por primera vez o para cambiarlo por otro distinto; y
- 4) Que el poder constituyente es derivado cuando delega a un cuerpo específico, que puede ser un poder constituido, la facultad de reformar o modificar el ordenamiento jurídico, es decir para hacer una reforma constitucional.

El poder constituyente tiene la facultad de crear o reformar la Carta Magna, ya que la elaboración, derogación o modificación de normas está a cargo de órganos

⁴² **Carl Schmitt** nace en Plettenberg, Prusia, Imperio Alemán el 11 de julio de 1888 y muere el 7 de abril de 1985. Jurista de Estado Alemán, adscrito a la escuela del llamado Realismo político la teoría del orden jurídico. Fue uno de los principales ideólogos del, lo mismo que a Movimiento Revolucionario Conservador de Alemania

especiales o se realiza por medio de procedimientos especiales, sostiene Rafael Oyarte⁴³.

Algunos autores afirman que el poder constituyente es unitario e indivisible, lo que es un error, ya que se está confundiendo al poder constituyente con la soberanía; pues no es unitario por que el acto constituyente es múltiple y por ende la voluntad constituyente varía; no es indivisible porque se puede clasificar o separar jerárquicamente como en el caso de los Estados Federales.

Otros autores señalan que el Poder Constituyente es la denominación que se da al poder que tiene la atribución de establecer la norma fundamental de un ordenamiento jurídico, dando origen a un Estado y su sistema político y, posteriormente, de modificarla o enmendarla. Esta facultad es ejercida al constituir un nuevo Estado y al reformar la Constitución vigente. Por lo anterior, habitualmente se distingue un *poder constituyente primario u originario* y un *poder constituyente derivado o constituido*.

El poder constituyente en si es la vanguardia del proceso democrático y social para constituir o transformar el nuevo estado, y no debe interfiere en los actuales poderes constituidos sino hasta la aprobación de la nueva carta magna.

El poder constituyente es la voluntad que configura la forma de organización política de una nación. Establece las bases del pacto político, su expresión en la distribución de las ramas del poder público y sus relaciones con el ciudadano.

El Poder Constituyente es el poder soberano que rediseña la Constitución, la reforma o la enmienda. También podemos entenderlo como la voluntad soberana, suprema o directa para constituir un estado.

El concepto de poder constituyente es propio del constitucionalismo moderno, el mismo no puede menos que reconocer ciertos valores éticos - jurídicos que son la esencia de los derechos naturales o derechos fundamentales, garantizados en

⁴³ DIARIO LA HORA "LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE TIENE LA FACULTAD DE CESAR Y ORGANIZAR", Artículo publicado el 17/Agosto/2007

todas las constituciones. Dichos valores considerados absolutos, tienen que ver con el derecho a la vida, la libertad, la dignidad, la justicia, valores sobre los cuales se fundamenta el poder constituyente.

La intervención del poder constituyente es en períodos de crisis, porque son precisamente los momentos en que se requiere concitar los esfuerzos de toda la nación hacia objetivos de reconstitución de las condiciones de la vida social. No es un problema de legalidad (que norma autoriza) sino ante todo de legitimidad.

En el proceso constituyente, podemos distinguir tres elementos⁴⁴ que son imprescindibles, en la formación de un estado constitucional de derecho, estos son:

- a) El *acto constituyente*, que son el hecho o hechos en los que se manifiesta una voluntad política, cuya eficacia permite al pueblo organizarse en sociedad civil o estado. Es un hecho realizado por el pueblo;
- b) *El poder constituyente*, consiste en la suprema capacidad o dominio del pueblo sobre sí mismo al darse por su propia voluntad una organización política y un ordenamiento jurídico. Es actitud y cualidad de la función perteneciente al pueblo; y
- c) *La Constitución*, que es al mismo tiempo organización del Estado y orden jurídico para la sociedad. Es la normativa institucional que se da al pueblo.

El poder constituyente puede ser delegado a una *asamblea* o a una *convención*. Una *Asamblea Constituyente* funciona luego de una revolución o un golpe de Estado. Una *Convención Constituyente* se reúne siguiendo el *procedimiento* de la Constitución o la *Ley*, la misma que no puede ir contra la Constitución que será reformada.

2. Clases de Poder Constituyente

⁴⁴ SANCHEZ VIAMONTE CARLOS, "El Poder Constituyente", Editorial Bibliográfica Argentina. Pag. 564.

Hemos dicho que, dependiendo de las circunstancias y la forma en las que se instituye el poder constituyente, este puede ser de dos clases: Originario o Primario; y Derivado o Constituido

2.1.1 Originario

Se entiende por poder constituyente originario, tanto en el derecho constitucional, como en las ciencias políticas, como aquel que está encarnado por el pueblo, en virtud del principio de soberanía nacional, el mismo que es intransferible en el sentido que los poderes públicos actuarán en representación del pueblo, no pudiendo actuar en contra de su voluntad y además no tiene límites⁴⁵.

El Poder Constituyente es originario porque emana de la voluntad de cambio popular como titular de la soberanía nacional, como sujeto de la democracia, podemos decir también que emerge de la crisis del estado y deviene de las luchas sociales.

El Poder Constituyente originario, puede actuar dictando una nueva constitución que no necesariamente sea la primera en el país, pues la nueva constitución va a producir un cambio radical en las raíces del estado, ya que consagra nuevas estructuras políticas, sociales y a veces hasta económicas y son fruto de un poder constituyente originario, pese a que históricamente no es la primera constitución del país. Es importante destacar que con el poder constituyente originario, el procedimiento que se utiliza para dictar la constitución no siempre es el previsto en la constitución anterior.

El Poder Constituyente Originario, ha sido considerado como el verdadero poder constituyente y se le conoce también como: Poder Constituyente *Absoluto, Político, Revolucionario o Fundacional*

⁴⁵ Emmanuel Joseph Sieyès, considera que las únicas limitaciones podrían ser algunos derechos naturales y éticos (por ejemplo derecho la vida) por la sencilla razón de que los *derechos fundamentales* del hombre valen como anteriores y superiores al Estado. Aunque es refutado por autores que dicen que los *derechos fundamentales* no son límites al Poder Constituyente, sino su base, el fundamento, el principio del mismo. Otros autores dicen que el Poder Constituyente *si tiene restricciones*, solo la voluntad divina no tiene restricciones, la voluntad humana está condicionada y el poder constituyente, está condicionado por el *proceso político del momento* en que es ejercido, por el pueblo.

2.2.2 Derivado

El poder constituyente derivado o constituido, es el que está establecido en la propia constitución y se utiliza para realizar reformas a la constitución. Es generalmente ejercido por la Asamblea, parlamento o congreso y generalmente coexiste con los tres poderes clásicos del estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial y es limitado desde su origen.

El poder constituyente derivado o constituido se encuentra, en una situación intermedia entre el poder constituyente originario y el poder legislativo. El mismo está prescrito en la Constitución, como mecanismo de reforma constitucional que evita el rompimiento del hilo constitucional. Es un poder constituyente encausado dentro del Estado de Derecho, aunque por sus efectos pueda implicar, al igual que el poder constituyente originario, la aprobación de una nueva Constitución.

El poder constituyente derivado, está establecido en la constitución, siendo un procedimiento extraordinario diferente al de las leyes, ya que el pueblo aprueba el cambio a través del referéndum constitucional⁴⁶.

En fin podemos concluir que si se dicta reformas a la constitución por los órganos constitucionales y con el procedimiento previsto en la constitución vigente, estamos ante una actuación del poder constituyente derivado.

2.3. Asamblea Constituyente

La Asamblea Constituyente es una reunión nacional de delegados del pueblo, elegidos o designados con el objetivo específico de formar las reglas de funcionamiento y distribución del Poder como fundamento del sistema político y social y de plasmar estas reglas a través de un pacto político en la Constitución que fijará reglas para la construcción de un nuevo Estado y de convivencia entre el Poder público y la sociedad.

⁴⁶ Institución de participación democrática a través de la cual generalmente con un SI o un NO el cuerpo electoral de un país o nación expresa su voluntad respecto a la normativa constitucional de un estado sometidos a su consulta.

La Asamblea Nacional Constituyente es la designada por el pueblo con objetivo específico de discutir y aprobar una nueva constitución

La Asamblea Constituyente que se origina en el Poder Constituyente Originario o Primario, tiene la obligación de seguir el Principio de División de poderes; no tiene límites para establecer en la nueva constitución todo lo que le plazca. En tanto que la que nace del poder Constituido o Derivado tiene límites y no puede desconocer los Derechos Fundamentales ya reconocidos en la Constitución que pretende reformar, ni tampoco puede desconocer la ley que le dio origen.

El Presidente Ec. Rafael Correa, cumpliendo la oferta de campaña electoral, pero desconociendo lo previsto en el artículo 280 y 283 de la Constitución Política de la República del Ecuador⁴⁷ mediante Decreto Ejecutivo No. 02 de 15 de Enero del 2007⁴⁸, convocó al pueblo para que en consulta popular el 18 de marzo del 2007⁴⁹, se pronuncie afirmativa o negativamente sobre la siguiente pregunta ***¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución?*** . El Estatuto Electoral referido en la pregunta, fue modificado y posteriormente codificado⁵⁰.

El 15 de abril de 2007, el pueblo del Ecuador respondió afirmativamente a la pregunta formulada por el primer mandatario y mediante elecciones celebradas el 30 de septiembre de 2007, eligió a 130 ciudadanos y ciudadanas como sus mandatarios y mandatarias para conformar la Asamblea Constituyente; quienes cumpliendo lo previsto en el artículo 22 del Estatuto Electoral, se reunieron en el Centro Cívico Ciudad de Alfaro, situado en el Cantón Montecristi, Provincia de Manabí, el 29 de Noviembre del 2007

2.3.1. Fines

⁴⁷ Registro Oficial No.0 1 de 11 de Agosto de 1998

⁴⁸ Suplemento R.O. 08 de jueves 25 de Enero del 2007

⁴⁹ Previo el trámite correspondiente, mediante Resolución PLE-TSE-13-13-2-2007 de febrero 13 del 2007, el Tribunal Supremo Electoral fijó para el 15 de abril del 2007 la fecha para la convocatoria de la referida Consulta Popular

⁵⁰ Segundo Suplemento R.O. 33 de 5 de Marzo del 2007

El objetivo primordial de una Asamblea Constituyente es lograr una auténtica democratización de las estructuras imperantes en la sociedad y además impulsar mecanismos de democratización, los mismos que serán plasmados en la norma constitucional, la misma que desde que entra en vigencia debe ser cumplida y acatada por todos quienes forman parte de ese estado.

La Asamblea Constituyente de plenos poderes aprobada por los ecuatorianos, tuvo dos objetivos: Transformar el marco institucional del estado y elaborar una nueva constitución la misma que debía ser sometida a referéndum aprobatorio para que sea aceptada o rechazada por los ecuatorianos

2.3.2. Plenos Poderes

La Asamblea Constituyente plenipotenciaria o de plenos poderes, no tiene límites en su accionar por que emana de la soberanía del pueblo, recibe un mandato para crear, modificar, cambiar o extinguir ciertos actos jurídicos en nombre de ese mismo pueblo, estos actos incluyen la modificación del estado y la creación de una nueva constitución como norma fundamental de la existencia de un país; por tanto los plenos poderes son los que permiten a la Asamblea, en forma libre y sin restricción alguna elaborar el nuevo texto constitucional; pero en el caso de nuestro Ecuador, la Asamblea Constituyente, confundiendo los plenos poderes, en algunos casos, desconociendo la constitución y la normativa jurídica vigente en el país, los tratados y convenios internacionales ratificados por el Ecuador, emitió 23 mandatos constituyentes⁵¹, 6 leyes, 12 amnistías, 15 acuerdos, 23 resoluciones, 5 indultos y 2 notificaciones⁵²

2.3.3. Facultad Legislativa

La facultad legislativa de la Asamblea Constituyente está limitada a la elaboración de la nueva constitución de un estado, teniendo libertad absoluta y plenos poderes para introducir los cambios estructurales, institucionales, legales,

⁵¹ 21 mandatos emitió hasta el 25 de julio del 2008 y 2 mandatos lo hizo el 24 de Octubre del 2008 luego de culminadas sus actividades e inclusive ya en vigencia la nueva constitución, que fue publicada en el R.O. 449 de 20 de Octubre del 2008.

⁵² <http://www.museo.asambleaconstituyente.gov.ec>

económicos y otros, pero respetando valores éticos - jurídicos que son la esencia de los derechos naturales o derechos fundamentales, garantizados en todas las constituciones y en los convenios internacionales.

2.4 Temporalidad y efectos del poder constituyente

Como hemos indicado, el poder constituyente emana del pueblo y tiene como objetivo crear una constitución, para lo cual necesita contar con una asamblea, la misma que estará integrada por personas elegidas por el pueblo y que tienen la calidad de asambleístas, quienes ejercerán su actividad en un período determinado previamente, ya que la normativa por ellos aprobada, debe ser sometida a consideración aprobación de quien los eligió. Es así que su trabajo lo realizan en etapas o fases, dando lugar a un período ordinario y extraordinario de actividades.

2.4.1. Periodo ordinario

Comprende el tiempo normal o regular en el que el organismo constituyente, planifica, analiza, discute y elabora la nueva constitución

El artículo 2 del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, aprobado por los ecuatorianos en la consulta popular, expresa: *“La Asamblea Constituyente tendrá una duración de ciento ochenta días (180), contados a partir del día de su instalación, salvo que ella misma establezca una prórroga que no podrá exceder de sesenta (60) días contados a partir del vencimiento de plazo inicial. La Asamblea Constituyente entrará automáticamente en receso una vez cumplido el plazo anterior y solo se disolverá cuando la nueva Constitución sea aprobada en Referéndum.”;*

Por tanto si la Asamblea Constituyente, inició sus actividades el 29 de Noviembre del 2007, las mismas debía desarrollarlas en período ordinario hasta el 27 de Mayo del 2007.

Considero importante destacar que en este período los Asambleístas no cumplieron totalmente su función de elaborar la nueva constitución, pues como indicamos se dedicaron también a actividades que no les competía.

2.4.2 Periodo extraordinario

Comprende el tiempo adicional que hace uso del organismo constituyente para elaborar la nueva constitución

Por la necesidad de contar con tiempo adicional para cumplir su objetivo, la asamblea constituyente del Ecuador, prorrogó sus funciones por sesenta días más, culminando sus actividades el 25 de Julio del 2008

2.4.3. Periodo de la Comisión Legislativa

Es un período adicional que lo estableció la Asamblea Constituyente del Ecuador, en el mandato constituyente 23⁵³, amparándose en el artículo 17 del Régimen de Transición⁵⁴ y contrariando el mandato dado por el pueblo en la consulta popular, el Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, e inclusive el artículo 7 del Mandato Constituyente No. 1, que regulaba el periodo de funcionamiento de la Asamblea Constituyente, el mismo que culminó con la aprobación y entrega del proyecto de Constitución y que además indicaba que los diputados cesados, debían regresar a sus funciones cuando se realice la proclamación oficial de los resultados del referendo aprobatorio.

Es así que con la finalidad de evitar el regreso de los congresistas y para dar vigencia a los mandatos constituyentes luego del periodo de la Asamblea, se emitió el mandato 23

⁵³ Registro Oficial 458 de 31 de Octubre del 2008

⁵⁴ Conjunto de normas que contiene 11 artículos y una disposición final y que

CAPITULO III

REFORMA DEL CONTRATO COLECTIVO EN EL SECTOR PUBLICO POR LOS MANDATOS CONSTITUYENTES

3.1. Mandato Constituyente

En la historia del Derecho Constitucional⁵⁵ Ecuatoriano nunca antes se escuchó ni usó los términos mandatos constituyentes sino hasta luego de instalada la Asamblea Constituyente el 29 de noviembre de 2007 en el cantón Montecristi, provincia de Manabí, como una de las formas de expresión o cristalización del trabajo que debía impulsar en camino a la elaboración del borrador de la nueva Constitución, dado que la Asamblea se convertía en la legítima representante de la voluntad soberana del pueblo.

Al instalarse la Asamblea Constituyente el 29 de Noviembre de 2007, expide el primer mandato constituyente⁵⁶, refiriendo en el artículo dos que ejercerá facultades mediante la expedición de mandatos constituyentes, entre otros (leyes, acuerdos, resoluciones y demás decisiones) que, los denomina actos decisorios conforme el Art. 2 del Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente emitido el 11 de diciembre de 2007⁵⁷, que comportan la declaración de voluntad mediante la cual se constituye, modifica o extingue una situación jurídica. De ahí la importancia de descifrar el concepto y definiciones de los mandatos constituyentes.

3.1.1. Conceptos y definiciones

⁵⁵ *Derecho Constitucional* según Vladimiro Naranjo Mesa en su obra *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Décima Edición, Ediciones Temis, 2006, página 24, "...rama del derecho público que estudia la estructura del Estado dentro del marco de la Constitución, la situación del individuo frente al poder del Estado, la organización y funcionamiento de ese poder en sus aspectos fundamentales y las instituciones políticas que constituyen el soporte de la vida estatal".

⁵⁶ Publicado en el suplemento del R.O. No. 223 de 30 de noviembre de 2007.

⁵⁷ *Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente*, publicado en el suplemento del R.O. No. 236 de 20 de diciembre de 2007.

Partiendo de lo que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua refiere sobre el Mandato, tenemos que es la orden o precepto que el superior da a los súbditos; encargo o representación que por la elección se confiere a los diputados, concejales, etc. En tanto que sobre el término constituyente, el referido diccionario alude a lo que se constituye o establece; igualmente, dicho de las Cortes, asambleas, convenciones, congresos, etc.; o convocados para elaborar o reformar la Constitución del Estado.

En el Diccionario jurídico elemental del Dr. Guillermo Cabanellas, el mandato de modo general es orden, mandamiento, precepto; en tanto que en la acepción de derecho político es la representación o poder que a los diputados y concejales se confiere por el resultado de la votación; también se convierte en la línea de actuación impuesta como obligatoria a un representante, por los electores o representados. En cambio sobre el término constituyente, el señalado jurisconsulto no lo define. La Enciclopedia Jurídica Omeba indica que es un “Término técnico de Derecho Público, de origen francés (constituant), que figura en el léxico de los idiomas italiano y portugués (constituyente), pero no en el vocabulario inglés. Significa “lo que instituye”, “lo que establece”, “lo que crea”, “lo que organiza institucionalmente”.⁵⁸ Desde esa óptica, remitiéndonos a la historia del Derecho Constitucional encontramos que “El vocablo constituyente se incorpora a la técnica del derecho público mediante la obra intelectual del abate Emmanuel Sieyès y especialmente por su famoso libro *¿Qué es el Tercer Estado?*, publicado en 1788, en donde emplea esa expresión *para calificar el poder perteneciente al pueblo de constituir la sociedad civil o Estado y de darse una organización política y jurídica*”.⁵⁹

Ensamblando entonces los dos términos, el concepto de mandatos constituyentes sería aquel conjunto normativo adoptado por la Asamblea Constituyente en el marco de la asunción y ejercicio del poder constituyente con plenos poderes que regula, sea expidiendo, limitando, derogando o reformando, cualquier tema del ordenamiento jurídico que se intenta suplantar o incorporar con la emisión de la

⁵⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba; IV tomo, Editorial Bibliográfica Argentina, impreso en México, año 2005, página 11.

⁵⁹ Sánchez Viamonte, Carlos; Manual de Derecho Constitucional, Editorial Kapelrus, cuarta edición, 1959, página 66.

nueva Constitución, que tienen fuerza jurídica sobre las existentes en el sistema jurídico así como de cumplimiento inmediato e inexpugnable.

Visto así, hay varias definiciones como las siguientes:

El Dr. Nelson López Jácome, ex Asambleísta por la provincia del Carchi en su intervención de 27 de mayo de 2008 decía “El Mandato Constituyente es una categoría jurídica del Derecho Constitucional Ecuatoriano, de carácter extraordinario, de cumplimiento inmediato, no sujeto a impugnación, congruente con los principios de justicia y equidad, que crea, limita, modifica y extingue derechos y obligaciones; acto legislativo trascendental, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente en ejercicio de sus plenos poderes, que expresa la voluntad popular”; además agregó el jurisconsulto que “El anterior es un concepto concreto que aúna múltiples definiciones y sin embargo constituye la unidad de lo múltiple”.

Para el Dr. Fabián Corral, articulista del Diario el Comercio y defensor patronal sostenía en su columna publicada el 10 de abril de 2008 en el Diario El Comercio, que los mandatos constituyentes conforme concebía la Asamblea Constituyente “...son ‘decisiones y normas que... expedidos para el ejercicio de sus plenos poderes’, “son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna”. “Ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos”. “Los jueces y tribunales que tramiten cualquier acción contraria a las decisiones de la Asamblea Constituyente serán destituidos de su cargo y sometidos al enjuiciamiento correspondiente” (Arts. 2 y 3 del Mandato 1, Arts. 2 y 3 del Reglamento de la ANC).” Pero a ésta definición la confrontaba advirtiendo estar por encima de una constitución aún no aprobada y por encima de tratados y convenios internacionales; se aparta de lo prescrito en el Art. 27 de la Convención de Viena; se trastocó el principio de impugnabilidad de las normas y de los actos del poder público; se eliminaron las facultades de control de la constitucionalidad y de la legalidad de las normas y de actos públicos.

El Dr. José García Falconí en su texto “Los principios rectores y disposiciones fundamentales que se deben observar en la Administración de Justicia en el Ecuador según el Código Orgánico de la Función Judicial” cita al Lic. Fabián Amaguaña que define al mandato constituyente como “..un cuerpo normativo que nace de las atribuciones de la Asamblea Nacional Constituyente, expedido para el ejercicio de sus plenos poderes, donde el mandatario lo conforman los asambleístas y el mandante el pueblo soberano del Ecuador, es jurídicamente superior a cualquier otro cuerpo normativo y tiene por objeto reformar o legislar sobre temas donde se necesite acciones jurídicas inmediatas”⁶⁰.

El Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente en su artículo 2 ordinal 2 respecto de los mandatos constituyentes señala: “...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”.

Con todo, se aprecia que los mandatos constituyentes fueron herramientas jurídicas de carácter legislativo que tuvo la Asamblea Constituyente para decidir sobre asuntos puntuales de la vida institucional y jurídica del país dentro del período que le correspondía, hasta analizar y esbozar el borrador de la constitución que finalmente fue puesta a consideración de los pueblos del Ecuador en fecha 28 de septiembre de 2008 a través de referéndum aprobatorio.

No puede por ende considerarse al Mandato Constituyente una ley, porque ésta al tenor de lo prescrito en el Art. 1 del Código Civil “...es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”; por tanto no puede titularse ni entenderse como Ley orgánica u ordinaria. Pues las primeras según el Art. 133 de la Constitución vigente son las que se expiden para regular la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución; las que reglan el ejercicio de los

⁶⁰ *García Falconí, José*; “Los principios rectores y disposiciones fundamentales que se deben observar en la Administración de Justicia en el Ecuador según el Código Orgánico de la Función Judicial” , Ediciones RODIN, primera edición, noviembre de 2009, páginas 83 y 84.

derechos y garantías constitucionales; las que regulan la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados; las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral. Por su parte, según la citada norma constitucional, las leyes ordinarias son todas aquellas que no norman el accionar de los entes públicos, sin poder modificar ni prevalecer sobre una orgánica.

3.1.2. Temporalidad de los mandatos

El 29 de noviembre de 2007 se instala la Asamblea Constituyente con la presencia de 130 asambleístas provenientes 100 de ellos en representación de las provincias, 24 por representación nacional y, 6 por las ciudadanas y ciudadanos ecuatorianos domiciliados en el exterior, últimos que representaron zonas geográficas así: 2 por Europa, 2 por Estados Unidos y Canadá y, 2 por los países de América Latina; la orientación política de los asambleístas fue 80 de Alianza País, 19 del PSP, 8 del PRIAN, 5 del PSC, 3 de RED ETICA y DEMOCRACIA, 4 del MPD, 2 de UNA NUEVA OPCION (1), 1 del PRE, 1 de la Alianza PS-FA-MUPP-NP, 1 del Movimiento Honradez Nacional, 2 de la Alianza ID-PC y 1 del Movimiento Independiente Futuro Ya. El trabajo de la Asamblea culminó el 25 de julio de 2008 cuando la Asamblea entregó al entonces Tribunal Supremo Electoral el texto del proyecto de resolución de la Constitución vigente.

Partiendo entonces desde el 29 de noviembre de 2007 hasta el 25 de julio de 2008 en que culminó las actividades la Asamblea Constituyente, se observa el tiempo en que podían dictarse los mandatos constituyentes y por ende sus efectos alcanzarían el lapso reseñado por lo impuesto en el Art. 2.2 del Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente al expresar que los mandatos son decisiones y normas que expide la Asamblea Constituyente para el ejercicio de sus plenos poderes, mandatos de efecto inmediato y sin perjuicio de la publicación en el registro oficial o gaceta constitucional; considerando además que la temporalidad en sí es lo que dura por algún tiempo, pero no es fijo ni permanente, salvo que expresamente se lo erija como parte del sistema jurídico en calidad de norma constitucional, legal o reglamentaria. Más se observa que los

efectos de estos actos decisorios han trascendido del lapso de vigencia de la Asamblea Constituyente, en razón de que autoridades y funcionarios públicos, trabajadores y empleadores, al igual que autoridades administrativas y judiciales, se refieren aún a los mandatos expedidos por la Asamblea en los temas jurídicos que tuvieron incidencia, planteándose interrogantes de que si ellos tienen cabida en el sistema jurídico actual o, al no haber sido constitucionalizados o referidos en la Ley Suprema, dejaron de tener vida jurídica.

Para despejar la interrogante basta con revisar el Art. 425 de la Constitución que determina el orden jerárquico de aplicación de las normas, teniendo en primer lugar a la Constitución, 2. los tratados y convenios internacionales, 3. las leyes orgánicas, 4. las leyes ordinarias, 5. las normas regionales y las ordenanzas distritales, 6. los decretos y reglamentos, 7. las ordenanzas, 8. los acuerdos y resoluciones y, 9. los demás actos y decisiones de los poderes públicos. Se observa entonces que dentro del precitado ordenamiento jurídico no se evidencia la presencia de los Mandatos Constituyentes así como tampoco en ninguna de las otras 443 normas de la Constitución ni en las 30 disposiciones transitorias o disposición derogatoria o, las 30 normas del Régimen de Transición. Y, en todo caso, si el Asambleísta no se preocupó en referirlo o estimarlo como parte del sistema jurídico, fue porque simple y llanamente aquellos fueron usados por la Asamblea Constituyente como actos decisorios para resolver temas necesarios para el desarrollo y preparación del borrador de la Constitución o, porque los poderes constituidos no lograban dar soluciones a ciertas situaciones que con el ordenamiento jurídico vigente para entonces no, eran descifrables. En suma, eran actos decisorios temporales, transitorios, ya que si la finalidad era reglar situaciones jurídicas permanentes, que solamente corresponde a las Leyes, debieron en las disposiciones generales o transitorias de los mandatos así establecerlos, hasta cuando el avance de la Ciencia Jurídica impulsada por los ciudadanos que constituyen el Estado Ecuatoriano así decidan mantenerlo o sustituirlo o derogarlo por no tener ya vigencia o eficacia en la regulación de las relaciones de los hombres y mujeres. Podemos percatarnos si, que el Asambleísta Constituyente pretendió dar vida permanente a los Mandatos cuando en la expedición del cuestionado Mandato No. 23 de 25 de Octubre de 2008,

contentivo de la Conformación de la Comisión legislativa y de fiscalización⁶¹ señaló en la DISPOSICION GENERAL UNICA que “Los Mandatos expedidos por la Asamblea Constituyente están en plena vigencia. Para su reforma se adoptará el procedimiento previsto en la Constitución de la República del Ecuador para las leyes orgánicas”; en consecuencia tales actos decisorios no son leyes y lo que buscaba el constituyente era dotar a los mismos una inimpugnabilidad, pues sabemos que para la expedición de leyes orgánicas hay un procedimiento para su nacimiento, aprobación y vigencia, tal cual se aprecia en la mayoría de los sistemas jurídicos del orbe. Y, es tan cierta nuestra afirmación de que los mandatos tuvieron un tiempo de vigencia cierto de existencia y trabajo de la Asamblea Constituyente, cuando en la citada disposición general única se refiere que “Los Mandatos expedidos por la Asamblea Constituyente, cuyo objeto fue la designación provisional de funcionarios de los poderes constituidos, perderán vigencia una vez que los nuevos funcionarios sean posesionados de acuerdo con las disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador”. Pero esa decisión no le otorgó a los Mandatos Constituyentes fuerza de leyes o mucho menos de normas permanentes, excepto por ejemplo en el caso del Mandato Constituyente No 8 que eliminó y prohibió la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones laborales de trabajo en actividades a las que se dedique la empresa o empleador, así como determinó que la relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador; en razón de que ese acto decisorio de la Asamblea Constituyente lo incorporaron en el texto constitucional, concretamente en el Art. 327 de la Ley Suprema.⁶²

En el supuesto que los Mandatos se los haya expedido con el carácter de una ley, ésta por supuesto tiene un inicio de vigencia ilimitado que corre a partir de la promulgación en el Registro Oficial, alcanzando el carácter de obligatoria y

⁶¹ *Mandato Constituyente No. 23*, expedido el 25 de Octubre de 2008, contentivo de la Conformación de la Comisión legislativa y de fiscalización, publicado en el segundo Suplemento del RO N° 458 de 31 de octubre de 2008.

⁶² *Constitución de la República del Ecuador, Art. 327.*- La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa. Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley.

entendiéndose conocida por todos los habitantes; o, también puede tener un plazo especial o temporal, siempre y cuando así se establezca en la expedición de la ley, tal como enseña el Art. 6 del Código Civil⁶³. Más, reiteramos esta característica de ley no reunieron los Mandatos Constituyentes y se limitaron hacer actos decisorios para reglar ciertas situaciones jurídicas concretas.

3.1.3. Constitucionalidad de los mandatos

Nos proponemos analizar la constitucionalidad de los mandatos constituyentes como actos decisorios que comportan la declaración de voluntad, mediante la cual se constituye, modifica o extingue una situación jurídica.

La Asamblea Constituyente expidió los mandatos números 2⁶⁴, 4⁶⁵ y 8⁶⁶ que tuvieron connotación en el Derecho Laboral.

El mandato constituyente 2 estableció la forma de cálculo para montos de las indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de cualquier tipo de relación laboral⁶⁷, y en el artículo nueve la imposibilidad de impugnar administrativa y jurídicamente la eficacia de los mandatos. El Mandato Constituyente 4 complementario al Mandato 2, prescribió el límite para la indemnización de trabajadores despedidos en las entidades del sector público. El Mandato Constituyente 8 eliminó la intermediación laboral, contrato por horas y reguló la tercerización laboral con la creación de Empresas de Servicios Complementarios, y en las disposiciones generales dispuso la revisión de los contratos colectivos de trabajo suscritos entre empleadores y trabajadores organizados del sector público, en relación a las cláusulas que supuestamente contenían “excesos y privilegios”; incluso la Disposición Transitoria Quinta de este mandato estableció la facultad de reglamentación al Presidente de la República

⁶³ *Código Civil, Art. 6.*- La Ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces. Podrá sin embargo, en la misma Ley, designarse un plazo especial para su vigencia a partir de su promulgación”.

⁶⁴ Suplemento R.O. 261 de 28 de Enero de 2008

⁶⁵ Suplemento R.O. 273 de 14 de Febrero de 2008

⁶⁶ Suplemento R.O. 330 de 6 de Mayo de 2008

⁶⁷ Mandato Constituyente 2, Art. 8, inciso 2do.

en el plazo de sesenta días⁶⁸; en cuyo instrumento se modificó el texto del mandato incorporando nuevas restricciones a la contratación colectiva, inclusive generando normas y procedimientos para la revisión de los contratos colectivos de trabajo del sector público.

En el marco de aplicación de los mandatos constituyentes, los obreros organizados en los Sindicatos Únicos Nacionales y Comités de Empresa, defendieron la vigencia de los contratos y reclamaron la protección constitucional y supranacional que rodea los convenios colectivos que doctrinariamente también están tutelados por el Derecho Social y, rechazaron la eficacia y aplicabilidad de los mandatos por parte de funcionarios públicos, autoridades administrativas y judiciales de trabajo.

Los Trabajadores del Sector Público vieron afectados sus derechos laborales, intereses económicos y hasta organizativos, ya que el Gobierno Nacional del Eco. Rafael Correa logró dividirlos señalándolos como beneficiarios de contratos dorados los unos y contratos racionales los otros.

De modo que, ante la existencia, vigencia o no de los mandatos constituyentes, es preciso realizar un estudio holístico de los mismos, atendiendo la normatividad interna con énfasis en el cotejamiento jurídico constitucional vigente que al caracterizar al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, intercultural, plurinacional y laico, (Art. 1 de la CRE) describe el escenario de un Estado Moderno Constitucional regulado por la Constitución con la función instrumental de estar al servicio de la satisfacción de los derechos fundamentales de las personas, tomando en cuenta que en sus características, la centralidad radica en el ciudadano, su fuente constituye el poder constituyente, los límites y vínculos son la Constitución con los derechos fundamentales por sobre todo y, el poder arbitral o réferi es la función judicial constitucional con énfasis en el juez constitucional; todo lo anterior inspirado en la Teoría del Neoconstitucionalismo donde los derechos fundamentales son el principal análisis, ejercicio y modo de aplicación plasmado

⁶⁸ El Reglamento al Mandato 08 fue publicado en el Suplemento del R.O. 353 de jueves 5 de junio de 2008; y la reforma de este Reglamento encontramos en el R.O. 427 de 17 de Septiembre de 2008

en la Constitución. También analizarlos bajo la lupa de la normativa supranacional por ser el Ecuador integrante de la sociedad jurídica internacional al tener suscritos varios convenios y tratados internacionales de orden general y, específicos como los de derechos humanos.

3.1.3.1. Garantías Constitucionales

Al abordar este subtema es menester diferenciar los derechos y garantías para luego conceptualizar lo que son derechos humanos, derechos fundamentales, derechos constitucionales o garantías constitucionales.

Así los “*derechos* tienen un contenido sustantivo propio, y existen por sí mismos, en la persona humana y su accionar. Las *garantías*, en cambio, son recursos o procedimiento formales, de carácter adjetivo, que el Estado por medio de la Constitución o la Ley diseña para salvaguardar y hacer efectivos los derechos. Estos preexisten al Estado, las garantías son creadas por él”⁶⁹; esto es, los derechos en si nacen y son intrínsecos al ser humano, persona o ciudadano; en tanto que las garantías son las herramientas a usar de parte de ellos para hacer efectivos y cristalizar los derechos que de algún modo sean menoscabados por las otras personas o por el propio Estado.

Los derechos humanos contemporáneamente son aquellos derechos de las personas reconocidos y garantizados por el derecho internacional a través de los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los derechos fundamentales o derechos esenciales como suelen llamarse, son en cambio aquellos derechos de las personas que los encontramos resguardados en las constituciones políticas de los Estados, razón ésta para denominarlos como derechos constitucionales. Sin embargo la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia publicada en el suplemento del R.O. No. 602 de 1 de junio de 2009, páginas 35-36 advierte una relevancia de los derechos constitucionales frente a

⁶⁹ *Burneo, Ramón Eduardo*; Derecho Constitucional, (incluye Análisis de la Constitución de la República del Ecuador de 2008), Editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, junio de 2010, páginas 219 y 220.

los derechos fundamentales, considerando que para la procedencia de las acciones extraordinarias de protección debe existir un derecho constitucional vulnerado, tal cual efectivamente refieren los artículos 94 de la Constitución y 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es decir, para el máximo órgano de justicia constitucional, los derechos constitucionales comprenden un universo más amplio que la categoría de derechos fundamentales. Más nosotros pensamos que los derechos fundamentales son sinónimos de derechos constitucionales, en razón de que los legisladores al tiempo de estructurar la Constitución y establecer derechos de las personas, no está haciendo otra cosa que constitucionalizar derechos inmanentes de las personas; pues, “los derechos fundamentales son los derechos naturales democráticamente constitucionalizados acompañados de las notas distintivas de eficacia directa y vinculación a los poderes públicos, indisponibilidad para el legislador en su contenido esencial, control judicial y control de constitucionalidad” como afirma el destacado profesor español Javier Pérez Royo.⁷⁰

Ante lo señalado, es evidente que el subtema en estudio alude a esos derechos fundamentales y no a las garantías constitucionales con las que de forma errónea se asemejaban los derechos dentro del Estado Social de Derecho; más bien las garantías en el sistema jurídico actual implica aquellas herramientas jurisdiccionales que poseen las personas para hacer respetar o exigir el cumplimiento de sus derechos vulnerados.

Al ser los mandatos constituyentes una variable de los actos decisorios con los cuales la Asamblea Constituyente desarrolló su actividad en el lapso de funcionamiento para la elaboración del borrador de la Constitución de la República, se entiende que tales actos deben ser analizados también bajo la Teoría del Acto Administrativo donde éste “Es entonces una declaración de voluntad que crea efectos jurídicos directos e inmediatos en terceros. Inmediatos pues al tiempo de ser expedidos, la creación, extinción o modificación del derecho subjetivo del administrado se hace evidente y puede ser ejecutada. Directos en razón de que el acto administrativo decide una situación jurídica concreta que

⁷⁰ Pérez Royo, Javier; Curso de Derecho Constitucional, 8va edición, impresa por Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2002, página 284.

atañe a personas jurídicas naturales determinadas”⁷¹, englobando en tal definición tres características bases como la *declaración de voluntad de autoridad competente* que en el caso presente fue la Asamblea Constituyente; *asuntos de la administración pública* por emanar igualmente de la Asamblea Constituyente; y los *efectos jurídicos de orden particular* que para el caso fueron de carácter particular o general, esto es para quienes laboraban en la administración pública y para los del sector privado. Igualmente podemos hablar de los elementos del acto como el *mérito* que implicaba reglar situaciones específicas laborales del sector público y privado, al igual que la *legitimidad* que significa adecuarse el acto dentro de la normatividad jurídica del Estado a reemplazarse, para lo cual debía observarse el ordenamiento jurídico vigente y en especial aquellos preceptos instituidos en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 que en el lapso del período de la Asamblea Constituyente no desapareció sino luego de aprobada la Carta Política vigente decidida por los ecuatorianos mediante referéndum aprobatorio por así disponerlo la disposición derogatoria introducida luego de las disposiciones transitorias de la referida Norma Suprema.

Ahora bien, tampoco debemos perder de vista que la Asamblea Constituyente funcionaba dentro del Estado Social de derecho caracterizado así por la Constitución de 1998 (Art. 1 CPRE) y por tanto, vigente el Estado Ecuatoriano, dentro de la sociedad jurídica internacional donde somos suscriptores de convenios y tratados internacionales generales y de derechos humanos en particular.

En ese marco, al expedirse los mandatos constituyentes debieron observar los *Derechos fundamentales o Constitucionales* reconocidos a los trabajadores en la Norma Estadual de 1998 en el Art. 35 referente a que el Trabajo es un derecho y un deber social que se rige por las normas fundamentales como el de que la legislación del trabajo y su aplicación se sujetarán a los principios del derecho laboral, (35.1.CPRE); éstos que significan líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de las que pueden darse en

⁷¹ *Secaira Durango, Patricio*; Texto-guía Derecho Administrativo, módulo IV, de la Maestría en Derecho Administrativo, impreso por la editorial de la UTPL, 2008, primera edición, página 130.

otras ramas del derecho; en suma fuentes y bases que han servido de matriz para las normas de la legislación positiva en las que empleadores, trabajadores y autoridades públicas administrativas o judiciales han de tener presente cuando esté de por medio el tratamiento de un tema laboral. El Estado garantizará la intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores, y adoptará las medidas para su ampliación y mejoramiento (Art. 35.3. CPRE), lo que implica defender y asumir retos de mejoramiento en las condiciones de vida y laboral que los trabajadores tengan o hayan alcanzado por medio de la normativa jurídica e instrumentos colectivos de trabajo; derecho que transita de la mano con los de irrenunciabilidad de los mismos, puesto que aunque exista cláusula en desmedro o desventaja, esa no se la tendrá como viva o existente en el mundo jurídico (Art. 35.4 CPRE); de igual forma, en el evento de que los trabajadores hayan convenido en una negociación y revisión de los contenidos laborales previamente suscritos, ese acuerdo o transacción hubiere sido posible en la medida que los actores de la relación laboral lo hayan aceptado siempre y cuando no implique renuncia de derechos y sea celebrado ante autoridad administrativa o juez competente (Art. 35.5. CPRE). Aparte de lo dicho, cabía observarse otro de los principios básicos y rectores del derecho laboral pero muy fundamental como es el del principio protector (Art. 35.6. CPRE), que supone "...en un lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador"⁷². Debíó considerarse que el derecho de organización de los trabajadores y empleadores lleva implícita la obligación y facultad de reglamentar las condiciones adecuadas de las relaciones de trabajo, obviamente con la participación de sus actores y con la posibilidad de actuación sin condicionamientos de autoridades o de normativa jurídica alguna, habida cuenta que son ellos los que planifican sus actividades (Art. 35.9), que pueden plasmarlas en un convenio colectivo de trabajo que legalmente celebrado no puede ser objeto de modificación, desconocimiento o menoscabo en forma unilateral, que se positivizó constitucionalmente para su cabal garantía (Art. 35.12. CPRE); y, que, en el supuesto de existir conflicto colectivo, debían ser los tribunales de conciliación y arbitraje los diriman cualquier tema de discusión

⁷² *Plá Rodríguez, Américo*; Los principios del derecho del trabajo, Biblioteca de Derecho Laboral, edición actualizada, página 23.

laboral (Art. 35.13. CPRE). La temática anterior en la actual Constitución (2008) básicamente la encontramos desarrollada en los artículos 33. 325 y 326.

De otro lado, tuvo que considerarse la norma supranacional en materia de derechos laborales fundamentalmente contenidas en los Convenios emitidos por la Organización Internacional del Trabajo, O.I.T., como el Convenio No. 87 relativo a “La libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación”, normando varios principios que permiten salvaguardar derechos como el de organización y constitución jurídica base, superior y extranjera y, afiliación libre (Arts. 2, 6, 7 y 10); elección de sus representantes y derecho a formular programas de acción, sin poder ser limitados por autoridad pública (Art. 3); la organización no puede ser objeto de disolución o suspensión por vía administrativa (Art. 4); respeto al derecho de legalidad y prohibición de menoscabo de garantías laborales (Art. 8); el Convenio No. 98 relativo a la “Aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva”, convenio descriptor de principios importantes que salvaguardan derechos como el de protección contra la discriminación (Art. 1); protección contra toda injerencia de una organización contra otra (Art. 2); adopción de medidas para fomentar la negociación colectiva y por supuesto, entidades que viabilicen y garanticen aquello (Arts. 3 y 4).

3.1.3.2. Debido Proceso

Este derecho en la Constitución de 1998 estuvo instituida en el Art. 23.27 como uno de los derechos civiles que tenían las personas en cualquier trámite o procedimiento que debía ser conocido, resguardado o protegido por el Estado, sea que a su nombre lo haya debido conocer, tutelar y resolver una autoridad pública. Derecho que es “entendido como la función básica de proteger a las personas de las ilegalidades que pudieren cometer los órganos estatales o los funcionarios en un procedimiento legal o judicial de la índole que fuera. En otras palabras, tal cual se refiere Luis Cueva Carrión, autor invocado en la demanda, el debido proceso: “es el más importante escudo protector del sistema jurídico en su conjunto”. Es entonces, la garantía esencial de la defensa de los ciudadanos frente a las arbitrariedades de las funciones del Estado...”, tal cual lo ha

concebido la Corte Constitucional⁷³. Por otra parte, el debido proceso en la Constitución de 1998 comportaba 17 reglas básicas de aplicación como se infería del Art. 24, sin dejar de observarse otras de orden general que contemplaba dicha Norma Suprema, instrumentos internacionales, leyes y la misma jurisprudencia que para entonces se empezó a desarrollar de buena forma por el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales al ser reguladora de un Estado Social de derecho que marcaba pasos para discutir, elaborar y aprobar una nueva Constitución que avance de dicho Estado al Constitucional de derechos y justicia que vivimos en teoría inicialmente; empero, de tales reglas la de trascendencia y de obligatorio cumplimiento por parte de los asambleístas debió ser la contemplada en el ordinal 1 del referido Art. 24, en razón de que nadie podía ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicaría una sanción no prevista en la Constitución o la ley, cuyo ejemplo se convertía en dejar como no acordada beneficios contractuales en especial de orden económicos; tampoco se podía juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento que, para el caso concreto la Asamblea estableció parámetros supuestos como los de “excesos y privilegios” para revisar unilateralmente los contratos colectivos; y, creo normas de procedimiento para conculcar y derogar acuerdos colectivos de trabajo que los sujetos de la relación laboral suscribieron en el libre ejercicio de la negociación y transacción, con lo cual se evidenció la distracción del juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el efecto (Art. 24.11 CPRE); así como se hizo tabla rasa del derecho a ser oportuna y debidamente informada de las acciones iniciadas en su contra (Art. 24.12 CPRE); así como se trastocó el derecho de los trabajadores a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión (Art. 24.17. CPRE), al disponer en el Mandato Constituyente 1 que los actos decisorios adoptados por la Asamblea eran inimpugnables.

⁷³ *Sentencia de la Corte Constitucional publicada en el suplemento del R.O. No. 97 de 29 de diciembre de 2009, páginas 74 y 75,*

Debido proceso que en el esquema jurídico constitucional vigente lo ubicamos en el Art. 76 con todas sus reglas básicas y que los Asambleístas Constituyentes debieron respetar, máxime si reconocían en sus actuaciones al Estado Social de Derecho, ya que aquel derecho se imponía como una norma garantía eficaz a la vigencia de otros principios y derechos que le favorecían a los trabajadores del País.

1.3.3. Seguridad jurídica

La seguridad jurídica fue otro derecho civil de las personas, entre ellas de los trabajadores, garantizado en el Art. 24 ordinal 26 de la Constitución de 1998 y que la Carta Política de Montecristi la prevé en el Art. 82. Implica que los dignatarios, autoridades, representantes y en general, quien realice una actividad a nombre del Estado, tiene la obligación de cumplir y hacer cumplir la normatividad jurídica existente, determinando así la certeza de la norma clara y pública, observando los lineamientos constitucionales para así generar la confianza y respeto en la Carta Fundamental y que, para la época de emisión de los mandatos constituyentes significaba considerar el sistema jurídico que daba razón al Estado Social de Derecho; en particular los preceptos, reglas y derechos constitucionales analizados en el ordinal precedente de este capítulo y por supuesto aplicando el conjunto normativo supranacional que posee debidamente reconocido el derecho laboral por parte de los Estados en la emisión de los convenios internacionales de trabajo que luego del procedimiento constitucional respectivo puede ser objeto de ratificación, registro y así alcanzar vigencia y eficacia en el país miembro de la OIT. No puede concebirse que en pleno siglo 21 donde los derechos de las personas que están por encima de cualquier consideración jurídica, sean irrespetados por los representantes constituyentes y mandatarios del pueblo soberano y con ello se atropellen principios y normas; pues no tendría calidad ética ni moral para pedir a los subalternos, administrados o ciudadanos en general, cumplan con normas que ellos los constituyentes dejaron de inobservarlas de aquel grupo normativo existente. Al decir del catedrático Patricio Secaira Durango, Juez de la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, la Seguridad Jurídica "...Tiene siempre una base de

legitimidad nacida de la característica moral de la soberanía y la justicia. Pero (...) debe entenderse también en el cabal cumplimiento de las normas jurídicas y el respeto del derecho ajeno. (...) Una nación que cuenta con funcionarios y entes públicos celosos del cumplimiento de sus atribuciones e integrada por personas cumplidoras del deber y de las obligaciones ciudadanas, es sin duda, una organización social con plena seguridad jurídica, en la cual se ejerce y se cumple el derecho sin óbices”⁷⁴.

En conclusión, se colige con claridad que los mandatos constituyentes si bien fueron expedidos por la Asamblea Constituyente en el marco de los plenos poderes, éstos no le daban carta blanca o decisiones absolutas para eludir preceptos constitucionales e internacionales que cobijaban y de hecho iluminan todo el andamiaje jurídico que protege a los trabajadores; y, lo que es peor reglar situaciones jurídicas de contratos colectivos de trabajo que al ser celebrados y suscritos por las partes directamente o, ser el resultado de los fallos de Tribunales de Conciliación y Arbitraje, conculcaban el principio procesal de la cosa juzgada⁷⁵ así como también dar efectos retroactivos (en el supuesto de que el mandato se asemeje a una ley) no aceptados por la legislación universal y la interna como la dispuesta en el Art. 7 del Código Civil cuyo contenido literal es: “La ley no dispone sino para lo venidero...”

3.2. Mandatos Constituyentes 2 y 4

El Mandato Constituyente 2 expedido el 24 de Enero de 2008 en el Centro Cívico “Ciudad Alfaro”, cantón Montecristi, provincia de Manabí por parte de la Asamblea Nacional, publicado en el suplemento del R.O. No. 261 de 28 de enero de 2008, en lo referente a las implicaciones en el derecho laboral lo encontramos básicamente en el Art. 8 alusivo a las liquidaciones e indemnizaciones, estableciendo que el monto de la indemnización, por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los

⁷⁴ *Secaira Durango, Patricio*, Texto-guía Derecho Administrativo, Módulo IV, de la Maestría en Derecho Administrativo, año 2008, primera edición, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, página 60.

⁷⁵ *Cosa Juzgada* que según el Diccionario Jurídico Elemental del Dr. Guillermo Cabanellas, implica “Según Manresa se da este nombre “a toda cuestión que ha sido resuelta en juicio contradictorio por sentencia firme de los tribunales de justicia”.

funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público, con excepción del perteneciente a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, *será de hasta siete 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 estipuló también que salvo en el caso de despido intempestivo, las indemnizaciones por supresión de puesto o terminación de relaciones laborales del personal de las instituciones contempladas en el Art. 2 de este Mandato, acordadas en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito y cualquier otro acuerdo bajo cualquier denominación, que estipule pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de cualquier tipo de relación individual de trabajo, *será de 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 dispuso notificar con el contenido del Mandato al Presidente Constitucional de la República, a los representantes de los poderes constituidos y a los órganos de control; con una vigencia inmediata sin perjuicio de su publicación en la Gaceta Constituyente y en el Registro Oficial.

El Mandato Constituyente 4 emitido el 12 de febrero de 2008 y publicado en el suplemento del R.O. No. 273 de 14 de febrero de 2008, fue complementario al Mandato 2, en razón de que dispuso en el inciso dos del Art. 1 que las indemnizaciones por despido intempestivo del personal que trabaja en las instituciones señaladas en el artículo 2 del Mandato No. 2, acordadas en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito o cualquier otra forma de acuerdo o bajo cualquier denominación, que estipule el pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de relaciones individuales de trabajo, *bajo la figura de despido intempestivo, no podrán ser superiores a trescientos (300) salarios básicos unificados del trabajador privado.*

Se prohibió que ninguna autoridad, juez o tribunal declare como derecho adquirido, ni ordene el pago de una indemnización por terminación de relaciones laborales, bajo la figura de despido intempestivo por un monto superior al indicado.

En el Artículo 3 de este Mandato se contempló la derogatoria de las disposiciones que se opongan o contradigan a lo impuesto en el Mandato.

Igualmente en la disposición final se advierte notificar con el contenido del Mandato al Presidente Constitucional de la República, a los representantes de los Poderes Constituidos y a los Órganos de Control.

En ambos Mandatos se dejó imperativamente señalado que sus disposiciones son de cumplimiento obligatorio, no pudiendo ser objeto de queja, impugnación, acción de amparo, hoy protección, demanda, reclamo o cualquier otra acción administrativa.

En suma, los Mandatos describieron que para el caso de la terminación de la relación laboral vía despido intempestivo se debía cuantificar la indemnización tomando en cuenta 7 remuneraciones básicas del trabajador privado por cada año de servicios y con un máximo de liquidación de hasta 300 remuneraciones básicas.

Del contenido de los Mandatos se observa graves violaciones a los derechos del trabajador contenidos en la Constitución de 1998 y consagrados hoy en la Carta Política de 2008, así como a los principios que informan al Derecho Laboral y Derecho Internacional, a saber:

En el Estado Social de Derecho, así ratificada su existencia por el Asambleaísta Constituyente en el Art. 5 del Mandato 1, se garantizaba en el Art. 35.12 la contratación colectiva, no pudiendo incluso ser modificada, desconocida o menoscabada en forma unilateral; esto es, que ni los trabajadores o los empleadores de forma aislada podían dejar de aplicar o dar un alcance distinto a las normas acordadas en el convenio colectivo. Sin embargo, el Asambleaísta

Constituyente, en franca contradicción al Estado de Derecho que decía reconocer, en forma unilateral reformó la contratación colectiva de los obreros del sector público al imponerle un techo remunerativo para el caso de despidos intempestivos, anulando en sí y convirtiéndose en una parte más de la negociación colectiva de la cual jamás participó.

Uno de los principios básicos que informan el Derecho Laboral es el PROTECTOR, ya que toda sociedad organizada debe necesariamente proteger a un sector social que por su ubicación frente a los medios de producción estarán en desigualdad de condiciones en relación a un reducido número de familias que ostentan el control, dirección y propiedad de tales medios que, de suyo les permite controlar el poder político para imponer siempre su presencia frente a la gran mayoría de ciudadanos que son los trabajadores y empleados que producen bienes y servicios para sí y todos quienes hacemos un País, a pesar de no ser partícipes de la riqueza que genera el trabajo; principio que se expresa de tres formas: 1. Regla *in dubio pro operario* que usa el juez o intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, por la más favorable al trabajador; 2. Regla de *la norma más favorable* que significa adoptar o decidir por la norma más favorable de entre las varias que existan respecto de un tema concreto laboral; y, 3. Regla de *la condición más beneficiosa* que comporta la aplicación de una nueva norma laboral como proveedora de mayor beneficio laboral frente a la existente, no pudiendo en modo alguno disminuir las condiciones más favorables en las que se desenvuelva el trabajador. Ante lo último, es innegable que acude como soporte y auxilio el otro principio básico como es el de IRRENUNCIABILIDAD "...por el cual existen una serie de derechos asegurados y garantizados por la ley, los estatutos especiales y los convenios colectivos que se encuentran fuera del marco de negociación y libertad de contratación de las partes, y cualquier pacto en contrario será nulo y sin ningún valor"⁷⁶; dado que la situación de condiciones de inferioridad en la que se desenvuelve el trabajador en la relación obrero-patronal, permitió que la doctrina apuntale este principio del Derecho del Trabajo, reconocido constitucionalmente en la mayoría de Estados del orbe.

⁷⁶ De Diego, Julián; Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; cuarta edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, página 98.

Estos principios, fueron precisamente vulnerados por los Asambleístas Constituyentes de 2008 al expedir los mandatos 2 y 4, ya que según ellos, el establecimiento de límites y regulaciones en cuanto al pago de indemnizaciones por terminación de las relaciones laborales no implicaban atentar contra el derecho a la contratación colectiva garantizado en la legislación nacional (Código del Trabajo) y convenios internacionales suscritos por el Ecuador, tal cual advierte en el penúltimo considerando del Mandato 4. Más el resultado lógico-jurídico elemental nos conduce a pensar y ratificar que si hay vulneración a tales principios.

Uno de los principios que inspiran la acción de la Organización Internacional del Trabajo es de que el Trabajo no es una mercancía, así como que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades; para lo cual se determinan medidas específicas como el reconocimiento a la libertad sindical y al derecho de negociación colectiva, por cuya razón , en el año 1948 se emitió el Convenio No. 87 relativo a la Libertad Sindical y a la protección del derecho de sindicación y, en el año 1949 se expide el Convenio No. 98 relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva. Precisamente estos instrumentos internacionales eran parte del ordenamiento jurídico del Estado de Derecho que describió la Carta de 1998 según su Art. 163 y que los Asambleístas de Montecristi dijeron considerarla hasta que los pueblos del Ecuador en referéndum acepte y apruebe la nueva Constitución, más sin embargo, estos convenios fueron inobservados por ellos.

3.2.1. Ley Orgánica Reformatoria al Mandato 2

El 30 de diciembre de 2008 la Comisión de Legislación y Fiscalización de la Asamblea Nacional expide la Ley Orgánica Reformatoria al Mandato Constituyente No, 2 que emitiera la Asamblea Constituyente el 24 de enero del mismo año, en la que básicamente se alude a la remuneración que percibirían los

servidores públicos de la Provincia Insular de Galápagos y la remuneración variable o mayor que pueden percibir ciertos servidores a la máxima determinada por el Art. 1 del mandato 2. Sin embargo, debemos indicar que en la indicada ley orgánica reformativa no se realiza variación alguna a la normativa que en materia de contratación colectiva se reglaba en el artículo octavo del Mandato 2, por manera que no cabe comentario específico sobre el tema.

3.3. Mandato Constituyente 8

El Mandato Constituyente No. 8 fue emitido el 30 de Abril de 2008 por la Asamblea Constituyente, publicado en el suplemento del R. O. No. 330 del Martes 6 de Mayo de 2008; en lo fundamental eliminó y prohibió la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador, señalando que la relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador. Pero, asimismo, en el último considerando del Mandato, la Asamblea argumentó que, en aras de la equidad laboral es necesario revisar y regular las cláusulas de los contratos colectivos de trabajo celebrados por instituciones del sector público, empresas públicas estatales, de 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, que contienen privilegios y beneficios desmedidos y exagerados de grupos minoritarios que atentan contra el interés general y de los propios trabajadores; por lo que bajo tal consideración en la disposición general cuarta dispuso garantizar la contratación colectiva de trabajo en las instituciones del sector público, empresas públicas estatales, de 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, *que se ajuste a los términos establecidos en los mandatos constituyentes y en las regulaciones del Ministerio del Trabajo y Empleo* (hoy Ministerio de Relaciones Laborales); y en ese orden de cosas en la disposición transitoria tercera impuso 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; ajuste que debe realizarse con la participación de los empleadores y trabajadores mediante el proceso de revisión de los contratos que se harán de manera pública y establecerán claras restricciones a todas las cláusulas en las que se consagran excesos y privilegios, tales como: transferencia y transmisión de cargos a familiares en caso de jubilación o fallecimiento del trabajador, horas suplementarias y extraordinarias no trabajadas y cobradas por dirigentes laborales, pago de vacaciones y reconocimiento de otros beneficios para el grupo familiar del trabajador, gratificaciones y beneficios adicionales por retiro voluntario, entrega gratuita de productos y servicios de la empresa, entre otras cláusulas de esta naturaleza. Es de anotar que las cláusulas de los contratos colectivos que no se ajusten a los parámetros referidos, que contengan privilegios y beneficios desmedidos y exagerados que atentan contra el interés general, *son nulas de pleno derecho*.

En la disposición transitoria cuarta se ordenó que la Función Ejecutiva luego de un proceso de diálogo social, dentro del plazo de un año establecerá los criterios que regirán la contratación colectiva de trabajo de todas las instituciones del sector público, empresas públicas estatales, municipales 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, *los cuales no podrán ser modificados*; para finalmente indicar que el Mandato será reglamentado por el Presidente de la República en el plazo de sesenta días.

En las disposiciones finales del Mandato se observa la derogatoria de una serie de normas jurídicas que aludían al trabajo precario así como todas las

disposiciones legales y reglamentarias que se opongan o contradigan al presente Mandato.

Como se aprecia, el Mandato 8 afecta básicamente el derecho de organización y contratación colectiva para lo cual se instituyen las organizaciones sindicales; en vista de plantear los parámetros de negociación colectiva que no deben ser objeto de acuerdo entre las partes laborales, dejar sin efectos por estimarlos nulos de pleno derecho, los beneficios sindicales alcanzados a través de la negociación que, con la anuencia de las autoridades del Ministerio de Economía, emitieron oportunamente sus criterios, previos a la firma de los convenios colectivos.

Al facultar al Presidente de la República reglamentar la aplicación del Mandato, se da el contenido y fuerza de ley a éste, por ende se amplía la posibilidad de que el Reglamento contenga posiciones subjetivas para delimitar en los contratos colectivos públicos los denominados privilegios y beneficios desmedidos y exagerados que atentan contra el interés general, así calificados por el Asambleísta Constituyente de Montecristi.

3.4.1. Reglamento de aplicación

El 3 de junio de 2008, el Econ. Rafael Correa Delgado, Presidente de la República expide el Decreto 1121, publicado en el suplemento del R.O. No. 353 de 5 de junio de 2008, que contiene el Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente No. 8 que suprime la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral y la contratación por horas y, en lo atinente a la revisión de los contratos colectivos del sector público, en la cláusula tercera de las disposiciones transitorias se destaca la ampliación por parte del Presidente de la República de las restricciones a las cláusulas de excesos y privilegios no previstos por los Asambleístas, tales como considerar no solamente a los dirigentes sindicales, sino a los trabajadores en general, beneficiarios de trabajo suplementario y extraordinario no trabajado y cobrado; indemnizaciones por cambio o sustitución del trabajador; contribuciones de la entidad o empresa, para fondos de cesantía extralegales o particulares; en la prohibición de gratificaciones y beneficios adicionales por retiro voluntario, se amplió el caso de separación

voluntaria; estipulación de pago de vacaciones y de la décimo tercera y décimo cuarta remuneraciones en cuantías o valores superiores a los que establece la ley; contribuciones de la entidad o empresa para actividades sindicales; días feriados adicionales a los establecidos en la ley; para culminar señalando entre otras cláusulas de esta naturaleza. Es decir, el Presidente de la República, reformó y amplió los parámetros de restricciones de las cláusulas de revisión de los contratos colectivos fijados por el Asambleísta Constituyente.

En la misma cláusula tercera comentada, el Presidente de la República delegó al Ministro de Trabajo hoy Ministro de Relaciones Laborales para que dicte las regulaciones y procedimientos para la revisión de los contratos colectivos, facultad última (procedimiento) jamás otorgada por la Asamblea Constituyente y, en todo caso debió en el mismo Decreto establecer tales parámetros, ya que de igual modo se utilizarían criterios subjetivos al tiempo de reglar tales situaciones jurídicas, como en efecto se dieron, tal como se verá en líneas posteriores.

De lo anotado se desprende la posición injurídica del Presidente de la República al reglamentar el Mandato Constituyente No. 8, al violentar la máxima jurídica de que no se puede reglamentar u cuerpo jurídico más allá de lo prescrito en tal cuerpo legal; y, por supuesto hay vulneración del derecho de sindicalización debidamente protegido por el Derecho Internacional de Trabajo previsto en el Convenio 87, en razón de que el momento que se restringe la posibilidad de realizar actividades sindicales a los obreros dirigentes, es de entenderse por lógica elemental que deban ejecutarlas generalmente dentro de las jornadas de trabajo, ya que por ejemplo como atenderían las sesiones de los Comité Obrero-patronales y otras actividades eminentemente sindicales.

3.4.2. Acuerdos Ministeriales

En el marco de la revisión injurídica de los contratos colectivos, el Abg. Antonio Gagliardo Valarezo, Ministro de Trabajo de entonces, cumpliendo con la disposición impartida por el Presidente de la República y Asamblea Constituyente, dicta el 8 de julio de 2008 el Acuerdo Ministerial No. 00080, publicado en el R.O.

No. 394 de 1 de agosto del mismo año, que contiene “Varias regulaciones de ajuste automático y revisión de las cláusulas de los contratos colectivos de trabajo” entre las que cabe destacar la creación de Comisiones (Art. 1) para la dirección y coordinación de los procesos de ajuste automático y revisión de las cláusulas de los contratos colectivos de trabajo, en la jurisdicción de la Sierra y Amazonía: Subsecretario de Trabajo y Empleo de la Sierra y Amazonía, quien la presidirá, Director Regional del Trabajo de Quito y Director Técnico de la Dirección de Asesoría Jurídica; en la jurisdicción del Litoral y Galápagos: Subsecretario del Litoral y Galápagos, quien la presidirá, Director Regional del Trabajo de Guayaquil y Coordinador de Asesoría Jurídica. Se impuso que como Secretario de estas comisiones actué el funcionario abogado que designe el respectivo Subsecretario de Trabajo y Empleo. Por otra parte, como otra atribución ilegal del Ministro fue designar funcionarios abogados (Art. 3) para que previo a la labor de revisión de las comisiones y subcomisiones efectúen un análisis de los contratos colectivos de trabajo y establezcan los casos y cláusulas que estimen supuestos privilegios y excesos; funcionarios en sí que les dieron los parámetros a imponerse en las Comisiones de revisión de los Contratos integradas (Art.4) por tres representantes de los empleadores y tres por los trabajadores que debían acreditarse ante el Secretario de la comisión, quien incluso debía levantar y suscribir con el Presidente la correspondiente acta de revisión que como addendum pasaba a formar parte del contrato colectivo de trabajo. Otra de las situaciones regladas en este acuerdo fue que los convenios colectivos debían ajustarse a las cláusulas pactadas a las disposiciones establecidas en los mandatos constituyentes No. 2 y 4, respecto a cuantías y límites máximos de remuneraciones e indemnizaciones por terminación de relaciones laborales y por despido intempestivo. (Art.5). Sin embargo, tal como indicábamos en los análisis anteriores, los criterios subjetivos que el Ministro del ramo implementaría, las tenemos en el Art. 8 de este acuerdo, ya que a más de los precisados en el Mandato 8 y Reglamento de aplicación expedido por el Presidente de la República, tenemos el de *suspensión de labores para realización de asambleas u otros actos de naturaleza sindical sin autorización previa de la autoridad correspondiente*, entre otras cláusulas de esta naturaleza. Por último, en el Art. 9 del acuerdo en referencia, se instituye la inimpugnabilidad ante autoridad administrativa y judicial.

De igual forma, el 2 de octubre de 2008, el mismo Ab. Antonio Gagliardo Valarezo, Ministro de Trabajo, emite el Acuerdo Ministerial No. 00155A, publicado en el R.O. No. 445 de 14 de octubre del citado año, que contiene ampliación de “Las normas de procedimiento para la revisión de los contratos colectivos de trabajo” dictadas en el Acuerdo No. 00080, imponiendo que las normas de procedimiento aplicables al proceso de revisión de los contratos colectivos serán conocidas por los participantes al iniciarse la sesión del organismo encargado de llevar a cabo esa tarea (norma 1); que jurídicamente el proceso de revisión constituye el acto de someter una cosa a nuevo examen, para corregirla, enmendarla o repararla, por lo que el proceso de revisión a cargo de la comisión, establece que desde el punto de vista procesal, las cláusulas del contrato colectivo pueden ser declaradas, nulas de pleno derecho, modificadas parcialmente o totalmente en ejercicio de la facultad discrecional que tiene este organismo (Las comisiones) al amparo de las disposiciones del Mandato Constituyente No. 8, su reglamento de aplicación y el Acuerdo Ministerial No. 00080 (norma 2); que en el proceso de revisión, las partes (empleadores y trabajadores) podrán intervenir a través de un portavoz designado al iniciarse la sesión, lo cual constará en el acta y permitirá a dicho representante emitir criterios, opiniones y planteamientos tendientes a un mejor enfoque de la actividad de revisión de la comisión, aclarando que estos aportes serán apreciados por los miembros de la comisión aplicando el principio de la sana crítica en la revisión de las cláusulas del contrato colectivo (norma 3); que si una de las partes no se presenta a la sesión de revisión continuará con la otra y, en el evento de no asistir los representantes de la empresa del sector público o de la organización laboral, se procederá a la revisión del contrato (norma 7) de acuerdo al procedimiento que se señala en forma posterior, más si una de ellas se ausenta se entenderá por aceptación tácita la revisión conforme la norma 17; que el proceso de revisión siendo facultad privativa de la comisión no permitirá a los participantes negociar o impugnar la nulidad o modificación de las cláusulas del contrato colectivo, pero pueden participar con opiniones o criterios que permitan a la comisión tener un mejor análisis durante el proceso de revisión (norma 15), opinión que en todo caso no obliga a la comisión revisora, ya que ésta tiene facultad discrecional de considerarlos o no (norma 16); y, el contrato

colectivo surte efecto una vez suscrita el acta de revisión del mismo y legalizada por el Secretario de la comisión, quien entregará una a las partes al concluir el proceso de revisión del contrato colectivo (norma 20).

Visto de modo general el contenido de los acuerdos ministeriales precedentes, se infiere con total claridad la ineficacia e invalidez de los mismos, en razón de que si la Asamblea Constituyente al expedir los mandatos 2, 4 y 8, así como el Presidente de la República al emitir el Reglamento de aplicación del Mandato último, ya vulneró en sí los convenios 87 y 98 de la OIT, los acuerdos se convirtieron en una radiografía patética y mucho peor de la violación a tales instrumentos internacionales, porque se violentaron derechos fundamentales o humanos prescritos en la misma Constitución de 1998 así como por las normas consagradas en instrumentos internacionales relacionadas con los derechos humanos, tales como el de que las personas tienen derecho a conocer oportuna y en igualdad de condiciones los asuntos materia de análisis y discusión, para de esa forma ejercer en forma plena el derecho a la defensa, tal como establece verbigracia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en la parte correspondiente del Art. 14: "1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. (...). 2. (...). 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) (...); d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección..."⁷⁷. También no ser juzgado por Comisiones especiales, sino por el Juez competente conforme

⁷⁷ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas en resolución de 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

describe la Convención Americana sobre Derechos Humanos o más conocida como Pacto de San José, (Costa Rica) cuando en el Art. 8.1 referente a Garantías Judiciales establece “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”⁷⁸; lo que es más, toda persona que se sienta lesionada en sus derechos por una decisión de orden administrativo o judicial, puede recurrir ante el órgano competente con la finalidad de ser revisadas, tal como establece por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos en su Art. 8: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”⁷⁹.

Debe precisarse que sobre el tema de los acuerdos ministeriales y por efectos de la queja formulada por la Federación Nacional de Trabajadores de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador, FETRAPEC; la Internacional de Servicios Públicos (ISP); la Organización Sindical Unica Nacional de Trabajadores del Ministerio de Salud (OSUNTRAMSA); y la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), que denunciaron los efectos nocivos de los Mandatos Constituyentes 2, 4 y 8, al violentar esencialmente los Convenios 87 y 98, en Informe No. 354 (informe provisional) del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo del año 2009 ya tuvo pronunciamientos en el caso No. 2684-Ecuador, señalando como Recomendaciones al Ecuador que se “...realicen consultas en profundidad y con suficiente tiempo con las organizaciones de trabajadores y de empleadores” (literal b); “...El Comité pide al Gobierno que restaure el derecho de negociación sobre estas materias que afectan a las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores...” (letra c); “en cuanto a la imposición de la revisión

⁷⁸ *Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica*, expedida y suscrita por los Estados Americanos presentes en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos HUMANOS, realizada en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.

⁷⁹ *Declaración Universal de Derechos Humanos*, adoptada y proclamada por la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas ONU, No. 217 A (III) de 10 de Diciembre de 1948.

de las cláusulas de los contratos públicos (...) el Comité subraya que el control de las cláusulas supuestamente abusivas de los contratos colectivos no debería corresponder a la autoridad administrativa (que tratándose del sector público es a la vez juez y parte) sino a la autoridad judicial y ello sólo en casos sumamente graves. El Comité pide al Gobierno que anule los mencionados acuerdos ministeriales y sus efectos ya que violan gravemente el principio de negociación colectiva libre y voluntaria consagrado por el Convenio número 98...” (letra d). Se vislumbra entonces que el accionar de la Asamblea Constituyente como el del Presidente de la República y los Acuerdos Ministeriales expedidos para la revisión de los contratos colectivos del sector público, fueron inconstitucionales y atentatoria al derecho supra-laboral recogido en el Derecho Internacional del Trabajo.

3.4.3. Decreto Ejecutivo 1701

El 30 de abril de 2009 mediante Decreto ejecutivo No. 1701, publicado en el R.O. No. 592 de 18 de mayo de 2009, el Eco. Rafael Correa Delgado, Presidente de la República, emitió criterios sobre los cuales debe regirse “La contratación colectiva de trabajo en todas las instituciones del sector público; y entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza, o estructura jurídica, el Estado o sus instituciones tienen participación accionarial mayoritaria y/o aportes directos o indirectos mayoritarios de recursos públicos”, considerando para ello que la Disposición Transitoria Cuarta del Mandato Constituyente No. 8, determinó que la Función Ejecutiva luego de un proceso de diálogo social, dentro del plazo de un año establecerá los criterios que regirán la contratación colectiva de trabajo en todas las instituciones del sector público; y 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; y, que el diálogo social se desarrolló a través de los criterios expuestos por diferentes analistas y representantes de diversos sectores de la sociedad ecuatoriana; que la contratación colectiva de trabajo en el sector público debe mantener principios de equidad, ecuanimidad y justicia, que terminen con

privilegios y beneficios desmedidos y exagerados de grupos minoritarios, que atentan contra el interés general y de los propios trabajadores.

En razón de lo anotado, este Decreto en lo sustancial toma en cuenta las restricciones prescritas por el Mandato 8, Reglamento de Aplicación, Acuerdos Ministeriales emitidos por el Ministerio de Relaciones Laborales y como de costumbre en la línea de las injuridicidades crea nuevas restricciones a considerarse para la celebración de los convenios colectivos, quedando entonces suprimidas y prohibidas las cláusulas que contienen privilegios y beneficios desmedidos y exagerados que atentan contra el interés general, según el Gobierno Nacional. Estos nuevos criterios se refieren a no pagar indemnizaciones por despido intempestivo, incluidos dirigentes sindicales, por encima de los valores establecidos en el Mandato Constituyente No. 4, es decir, no más de trescientas remuneraciones básicas del trabajador en general; (1.2.1.); en tornos a los permisos sindicales a tiempo completo, permanentes y remunerados, se podrán establecer licencias o permisos remunerados a los dirigentes sindicales o a sus alternos que se principalicen, de hasta diez días al mes, que no serán acumulables y con la aclaración que siendo una facultad discrecional de la parte empleadora del sector público, estos permisos se regularán y concederán siempre y cuando no afecten sus actividades (1.2.11); pagos no justificados por subsidios y compensaciones sociales (1.2.13); que para el pago de horas suplementarias o de tiempo extraordinario, el cálculo se determinará por sobre 240 horas mensuales y no menos (1.2.14); que se reconocen jornadas inferiores a ocho horas diarias solo en el caso de estar contempladas en tratados internacionales, leyes especiales y normas contenidas en los reglamentos del IESS sobre seguridad, salud y riesgos del trabajo, tales como: trabajo en laboratorio de rayos X, subsuelo, ascensores y operadoras telefónicas de las empresas de telecomunicaciones (1.2.15); que los Incrementos salariales y beneficios de orden social no pueden superar los techos establecidos por el Ministerio de Relaciones Laborales actualmente, antes SENRES y previo informe favorable del Ministerio de Finanzas, debiendo aplicarse el principio de imputabilidad de los incrementos fijados por el Gobierno a los acordados en la contratación colectiva (1.2.17); que el pago de subsidios y bonificaciones se considerarán dentro de la remuneración unificada y por tanto los componentes como subsidios de transporte, familiar,

antigüedad, comisariato, educacional y otros de similar naturaleza, por tanto no podrán restablecerse (1.2.18); no es procedente el pago de gratificaciones, bonificaciones y entrega de joyas y obsequios por años de servicio, aniversarios institucionales, sindicales y por días del trabajador (1.2.19); no aceptar injerencia sindical en el reclutamiento de personal y en la administración de bienes institucionales (1.2.21).

Como se observa, estas restricciones evidencian la actuación unilateral de los funcionarios del Gobierno Nacional y particularmente del Ministerio de Relaciones laborales que jamás abrieron el diálogo social con los actores pertinentes y establecer las nuevas condiciones en que se han de sustentar las negociaciones y suscripciones de convenios colectivos; en dicho diálogo, por supuesto debieron estar presentes los representantes de las organizaciones laborales de tercer grado del país como la Unión General de Trabajadores del Ecuador UGTE, la Confederación de Trabajadores del Ecuador CTE, el Frente Unitario de Trabajadores FUT, la Central de Organizaciones Sindicalistas Libres CEOLS, la Confederación Ecuatoriana de Obreros Católicos CEDOC, CEDOCUT Y CEDOCLAT; por ser quienes dan las orientaciones sindicales necesarias para que la clase obrera en medio de la lucha política y económica, con la contratación colectiva, logren alcanzar una mejora económica y bienestar social para sus familias. Señalar que un diálogo social se sustenta con las opiniones vertidas por diferentes analistas y representantes de diversos sectores de la sociedad ecuatoriana, no es cumplir con ese cometido, tanto más que en el decreto ejecutivo no se describió uno solo de los presuntos actores sociales.

En todo caso, el Decreto en cuestión es una síntesis de toda la orientación ideológica, de clase y política que el Gobierno Nacional de Alianza País ha asumido para menguar el nivel de organización, contratación colectiva y de reclamo de los obreros del país, fundamentalmente de aquellos que laboran en el sector público que tuvieron un despunte en la década del noventa, luego del silencio, reclamo y falta de organización adecuada de los trabajadores del sector privado que se rindieron y arreararon de alguna forma sus banderas de lucha ante el paquete de medidas flexibilizantes usadas en los últimos días de gobierno de la socialdemocracia. En suma, el decreto es el corolario de las conculcaciones a los

derechos de los trabajadores resguardados por la legislación interna y el derecho internacional, antes analizado.

IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

1. La organización de los trabajadores se constituyó por siempre en una preocupación de los sectores dominantes de los poderes constituidos porque los trabajadores a través de la unión y asociación se preparaban para defender su derecho a la vida, vida digna y mejor redistribución de la riqueza por ellos generada en el proceso de producción.
2. La actuación organizada de los trabajadores les permitía de algún modo entrar en un proceso de confrontación con los empleadores, debiendo indefectiblemente entrar en el campo de la lucha política, describir el tipo de gobierno que necesitaría implementarse para lograr un equilibrio e identificación de los mandantes y hacedores del proceso de producción, encaminados por la búsqueda de la paz en medio de las realizaciones de bienes y servicios que dignifiquen la vida de los trabajadores.
3. Por esa razón los poderes constituidos en manos generalmente de los sectores predominantes de la sociedad ecuatoriana, pretendieron siempre aislar a los servidores y trabajadores del sector público en la imposibilidad de organización sindical, bajo el argumento de que las Instituciones del Estado producen bienes y servicios y no generan utilidad; lucha ardua que tuvieron que soportar los trabajadores del Estado hasta que la Organización Internacional del Trabajo, OIT, por medio de las Recomendaciones y Convenios internacionales reglaran el derecho de los trabajadores del sector público a organizarse.
4. Normativa internacional que finalmente dio como resultado la organización de los servidores del sector público, pero de aquellos obreros que desarrollan

actividades eminentemente manuales o físicas, amparados por las leyes laborales y dejando fuera a los servidores que producen actividades eminentemente intelectuales, bajo el amparo de las normas del Derecho Administrativo que en la actualidad están disgregadas en la Ley Orgánica del Servicio Público, Ley Orgánica de Empresas Públicas, limitando en ellas cualquier posibilidad de organización sindical al señalar que no pueden constituir Sindicatos ni declarar huelgas.

5. El derecho de organización es el resultado no solo de los convenios emitidos por la OIT, que se convirtieron en mecanismos de instrumentalización de los derechos de las personas establecidas en los Instrumentos internacionales de derechos humanos y afines.
6. Efecto de la organización sindical, su cometido fue y es mejorar la calidad de vida de los trabajadores plasmados en peticiones a los empleadores que logran plasmarlos en los Contratos colectivos de trabajo como un termómetro de distribución relativa de las utilidades que genera el trabajo de los obreros en la producción de bienes y servicios; instrumento jurídico contractual debidamente resguardados por las normas del Derecho Internacional del Trabajo y por el Derecho Interno de los países, básicamente descritos ya en la mayoría de Constituciones.
7. Que en la búsqueda de la transformación del marco institucional del Estado y elaboración de la nueva Constitución, por supuesto que los derechos laborales deben ser mejores ante la realidad jurídica que se pretende cambiar, amparados en los principios básicos que inspiran al derecho del trabajo y cobijados por la razón de ser del Derecho Social que busca proteger a la parte frágil de la relación obrero-patronal como son los trabajadores; de manera que en atención a tales principios el nuevo marco institucional y normas constitucionales no pueden ser regresivas porque no lo permiten principios como el de intangibilidad e irrenunciabilidad de derechos.
8. Que en el marco de funcionamiento, objetivo y fin para la cual se eligió la Asamblea Constituyente, dieron paso a mandatos constituyentes suigeneris dentro del Derecho Constitucional local y del orbe, mismos que por su

naturaleza eran actos decisorios temporales para abrir camino en búsqueda de la elaboración del borrador de la Constitución que debía ser decidida por los pueblos del Ecuador en referéndum aprobatorio.

9. Que la Asamblea Constituyente del 2008 al reglar la Contratación Colectiva de instrumentos ya celebrados por consenso de las partes y fallos de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje y, disponer lo que debe hacerse en la suscripción de los futuros convenios, obviamente que por medio de los denominados mandatos constituyentes, vulneraron derechos de organización, contratación colectiva, de irretroactividad de la ley, cosa juzgada, así como el de discusión y negociación voluntaria de las partes, prescritas en el derecho interno como en el derecho internacional del trabajo.
10. Que los actos decisorios de la Asamblea Constituyente nacieron y fenecieron en el lapso de funcionamiento de aquella, por cuanto no fueron parte del ordenamiento jurídico de la Constitución actual en su artículo 425 así como de ninguna otra ley, verbigracia la Orgánica de la Función Legislativa.
11. Que los poderes constituidos (sean éstos Corte Constitucional, autoridades públicas, administrativas y judiciales) en el marco de la Ley Suprema vigente, no pueden dar validez, eficacia y jerarquización a actos decisorios que no constan en el ordenamiento jurídico que, para la vigencia de la Asamblea Constituyente se los protegió con la finalidad de no ser impugnados, violándose así derechos procesales como el de impugnabilidad de los actos, reconocidos por la legislación internacional y nacional.
12. Que la insistencia y persistencia del Gobierno Nacional respecto de tales Mandatos Constituyentes no es compatible con la caracterización del nuevo Estado Constitucional de derechos y justicia que vive el Ecuador, según el Art. 1 de la Ley Suprema.

RECOMENDACIONES

1. Con la puesta en vigor de la Constitución de 2008, los poderes constituidos con sus funcionarios y autoridades públicas, administrativas, jueces constitucionales y ordinarios, deben analizar, resolver y dar pautas de soluciones a los conflictos de orden laboral en el marco de la aplicación de la Ley Suprema, esencialmente observando sus artículos como el 75; 83.1; 84; 172 inciso primero; 226; 326; 424; 426; y, 427.
2. En la misma dirección jurídica y constitucional anterior, los poderes constituidos deben tener un pronunciamiento adecuado del contenido, vigencia y eficacia para lo cual fueron expedidos los mandatos constituyentes, en consideración de que todos ellos no forman parte del ordenamiento jurídico-constitucional vigente.
3. La Corte Constitucional como máximo órgano de control constitucional y de administración de justicia en esta materia, debe adecuar sus fallos en correspondencia con la normatividad anterior y los tratados y convenios internacionales alusivos especialmente a los del derecho internacional del trabajo, para de esa forma no ser eco de las absurdas posiciones de los representantes del gobierno y empleadores en materia de los derechos de organización y contratación colectiva.
4. Las actuaciones de las organizaciones de trabajadores debe concretarse en insistir definitivamente en las instancias internacionales para las observaciones de modo puntual y definitivo, respecto de la vulneración de los derechos de organización, petición y contratación colectiva, así como exigir la vigencia de los principios rectores del Derecho Social que guardan y tienen razón de ser no solo en la legislación interna sino en la del derecho internacional del trabajo.
5. Debe la Corte Constitucional dar un pronunciamiento total, holístico y eminentemente jurídico, respecto de la no vigencia de los mandatos constituyentes que vulneran aún derechos laborales.

13. BIBLIOGRAFIA

1. Acosta Cerón, Ramiro (1989). *La Sindicalización en el Sector Público – caso IETEL*. Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales. Quito – Ecuador
2. Alomía Rodríguez, José (2002). *Diccionario de Derecho Laboral y Seguridad Social*. Editorial Jurídica del Ecuador.
3. Barriga López, Washington y Sánchez Muñoz, Fernando (1993). *Convenios Internacionales Sociolaborales vigentes 1919-1993*. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Quito-Ecuador.
4. Bejarano, José Joaquín; y Jaramillo Tito (1991). *Manual El Contrato Colectivo*. Segunda Edición. Editorial FEDIP-EDISOL. Guayaquil.
5. Cabanellas de Torres, Guillermo (1984). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta. Argentina
6. Cabanellas de Torres, Guillermo (2000). *Compendio de Derecho Laboral*. Tomo I. Editorial Heliasta. Argentina
7. Caldera, Rafael (1960). *Derecho del Trabajo, tomo I*. Editorial El Ateneo. Argentina.
8. Cevallos Vásquez María Elena (1998) *Legislación Laboral*, Impreso en Gráficas Hernández Cía Ltda. Cuenca - Ecuador.
9. Constitución Política de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones. Edición X. Año 2005. Quito – Ecuador
10. Constitución de la República del Ecuador, Editorial Jurídica El Fórum, 2009.
11. Código Civil, Editorial Jurídica del Ecuador. año 2009.
12. Código de Procedimiento Civil, Editorial Jurídica del Ecuador. Año 2009
13. Código del Trabajo, Editorial Jurídica del Ecuador. Año, 2009.
14. Cueva Carrión, Luis. (1994) *La Casación en materia laboral*, Tomo II. Editorial Impreseñal Cía. Ltda.
15. Diccionario Jurídico Anbar.
16. Espinoza Galo, Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.
17. Guzmán Lara, Aníbal. (1986). *Diccionario Explicativo de Derecho del Trabajo en el Ecuador*. Corporación Editora Nacional Tomo I y Tomo II.
18. Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2009, Quito-Ecuador

19. Montt Balmaceda, Manuel. (1984) . *Principios del Derecho Internacional del Trabajo*. Editorial Jurídica de Chile.
20. Pérez Guartambel, Carlos (2007). *La Asamblea Constituyente*. Graficas Hernández Cía. Ltda. Cuenca - Ecuador
21. Robalino Bolle, Isabel (2000) *Manual de Derecho del Trabajo* segunda edición, Editorial Mendieta, Quito- Ecuador, 2000.
22. Robalino Bolle, Isabel (1992). *El Sindicalismo en el Ecuador*. Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
23. Salgado Pesantez Hernán, Lecciones de Derecho Constitucional, Ediciones Legales, Quito-Ecuador, 2003.
24. Trujillo Julio César (1987), *Derecho del Trabajo* segunda edición, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
25. Valencia Haro, Hugo (1979). *Legislación Ecuatoriana del Trabajo*. Editorial Universitaria. Quito –Ecuador.
26. Varios Autores, (2001) *Diccionario Jurídico*, Editorial Esparsa, Madrid.
27. Zamora y Castillo, Luis Alcalá y Cabanellas de Torres Guillermo (1976). *Tratado de Política Laboral y Social*. 3 Tomos. Editorial Heliasta. Argentina.

.....