

**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**POSTGRADO: MAESTRÍA EN DERECHO
ADMINISTRATIVO**

**TEMA: RÉGIMEN LABORAL EN LAS EMPRESAS
PÚBLICAS: PERÍODO DE TRANSICIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES DEL SECTOR
ELÉCTRICO EN EMPRESAS PÚBLICAS**

AUTOR:

DR. FRANCISCO DAVID MERA ROBALINO

DIRECTOR DE TESIS:

DR. LENIN PATRICIO BACA MANCHENO

LOJA, MARZO 23 DE 2011

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

“Las ideas y criterios emitidos en el contenido del informe final de la presente investigación son de exclusiva responsabilidad del autor”.

Dr. Francisco David Mera Robalino

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

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

Dr. Francisco David Mera Robalino

DR. LENIN PATRICIO BACA MANCHENO

DOCENTE DIRECTOR DE LA TESIS

CERTIFICA.

Que el presente trabajo de investigación realizado por el estudiante Dr. Francisco David Mera Robalino, ha sido cuidadosamente revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y de forma establecidos por la Universidad Técnica Particular de Loja, por lo que autorizo su presentación.

Loja, Marzo 23 de 2011

Dr. Lenin Patricio Baca Mancheno

AGRADECIMIENTO

Por medio del presente, agradezco a la Universidad Técnica Particular de Loja, por la formación académica que he recibido en la Maestría en Derecho Administrativo, a los distintos docentes de la carrera, personal administrativo y de manera especial al doctor Baca Mancheno que ha colaborado en la realización de éste trabajo.

Dr. Francisco David Mera Robalino

DEDICATORIA

Para mi esposa y mis hijos, que han sabido apoyarme para la culminación de la presente maestría.

RÉGIMEN LABORAL EN LAS EMPRESAS PÚBLICAS: PERÍODO DE TRANSICIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL SECTOR ELÉCTRICO EN EMPRESAS PÚBLICAS

INTRODUCCIÓN.-

La promulgación de la Constitución de la República del Ecuador ¹ ha generado y continuarán generando en nuestro país una enorme cantidad de cambios en varios aspectos del convivir diario, pero de manera especial en diversos temas de orden legal.

El actual texto Constitucional, en sus Arts.424 y 425 consideran la supremacía y prevalencia de la Constitución sobre cualquier otra norma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, debiendo las mismas guardar afinidad con el texto constitucional, pues lo contrario les resta eficacia jurídica, señalándose dentro del ordenamiento jerárquico, a nuestra Constitución, como norma suprema y preponderante.

Dentro de las disposiciones transitorias consideradas en el texto constitucional se establece la obligatoriedad de promulgar varias normas, entre ellas y de suma importancia en la materia del presente estudio, las normas que regulen el servicio público.

Frente a los trascendentales cambios constitucionales, a fin de lograr la indicada coherencia de la normativa inferior con el texto supremo y cumplir con los mandatos constantes en la carta magna, se han emitido ya una gran cantidad de normas novísimas y/o reformado varias de las existentes, pudiendo sostenerse que, es quizá en el aspecto de la conformación del

¹*Constitución de la República. R.O. N°449 del 20 de Octubre de 2008.*

sector público y en el de los Sector Estratégicos, Servicios y Empresas Públicas y como consecuencia de aquello, en la regulación de las relaciones laborales de los servidores públicos con sus instituciones, en las áreas en las que quizá mayores cambios han existido o van a darse, lo cual nos lleva a creer en la necesidad de una reformulación total del sector público, del Estado Ecuatoriano y del Derecho Administrativo.

Este particular exigea quienes, como servidores, nos hallamos vinculados e inmersos en el quehacer legal y jurídico de éste sector de la economía ecuatoriana, para definir múltiples aspectos relacionados con la aplicabilidad de la nueva normativa, lo cual nos permita, de manera idónea y correcta, continuar brindando adecuadamente nuestra asesoría, ajustada obviamente al nuevo marco Constitucional y normativa promulgada.

Vale citar el contenido de tres disposiciones constitucionales que confirman lo señalado anteriormente:

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...”²

Art.226: “Las Instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley”.³

²Constitución de la República. R.O. N°449 del 20 de Octubre de 2008.

³Constitución de la República. R.O. N°449 del 20 de Octubre de 2008.

Art.233: “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones.”⁴

Lo indicado, a más de la responsabilidad ética y moral que jamás debemos desatender, no solo en nuestros respectivos ejercicios profesionales, sino en todos los actos de nuestra vida, nos dejan entrever la necesidad de repensar múltiples aspectos vinculados con los trascendentales cambios que están operándose en nuestro país, a fin de coadyuvar, independientemente de nuestra filiación o tendencia política, al éxito en cuanto a la aplicación del nuevo modelo jurídico y legal, pues dicho logro colaborará en la consecución de un mejor país que todos deseamos.

Nuestro Ecuador no soporta nuevos fracasos, es necesario consolidar y fortalecer el actual sistema Constitucional y Legal, es menester contarse con estabilidad y seguridad, en todo aspecto y principalmente en el aspecto legal, siendo nuestro deber aportar para el éxito, no de una tendencia política, sino para el desarrollo íntegro de nuestro país.

⁴*Constitución de la República. R.O. N°449 del 20 de Octubre de 2008.*

CAPÍTULO 1

EL RÉGIMEN DEL TRABAJO EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES DE PROPIEDAD DEL ESTADO.-

1.1 Régimen legal de conformidad a la Constitución Política del Estado (1998).

Durante la vigencia de la Constitución Política del Estado (1998), la economía en nuestro país se hallaba organizada a través de dos grandes e importantes segmentos: el sector privado en manos de personas naturales o jurídicas particulares y el sector público, cuyas distintas instituciones se hallaban señaladas taxativamente en el Art.118 del mentado cuerpo supremo.⁵

En el Título V de la Constitución Política del Estado, denominado “DE LAS INSTITUCIONES DEL ESTADO Y LA FUNCIÓN PÚBLICA”, particularmente en su Capítulo 1 “DE LAS INSTITUCIONES DEL ESTADO” se señala

Art. 118.- Son instituciones del Estado:

1. Los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial.
2. Los organismos electorales.
3. Los organismos de control y regulación.
4. Las entidades que integran el régimen seccional autónomo.

⁵*Constitución Política del Estado R.O. N°1 del 11 de Agosto de 1998.*

5. 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.
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

Concluye la citada norma señalando, luego de ésta concreta enumeración de las entidades del sector público, que éstos son los organismos y entidades que integran el sector público ecuatoriano”, debiendo asumirse por tanto que aquellos que no se encontraban taxativamente citados en ésta norma, no eran parte de dicho sector.

Establecido taxativamente aquellas Instituciones que conformaban el sector público, conforme el anterior texto constitucional, se verifica, sin temor a equivocarse, que dentro de éste sector no se consideraba a un grupo de empresas que si bien, eran (son) de propiedad de varias otras Instituciones del sector Público, venían desarrollando sus actividades dentro del sector privado como sociedades mercantiles, sujetas para todo efecto a la normativa del sector privado, no obstante ser de propiedad del Estado o sus instituciones.

Dentro de éste segmento de sociedades mercantiles, sujetas para todo efecto a las normas del sector privado y no consideradas en el Art.118 de la Constitución Política del Estado⁶ se hallaban las Empresas Eléctricas, mismas que no eran parte o dependencia de ninguna de las en ese entonces consideraras funciones del Estado (Ejecutiva, Legislativa o Judicial), no eran un organismo electoral, no constituían un organismos de control o regulación, no integraban el Régimen Seccional Autónomo, no había sido

⁶*Constitución Política del Estado R.O. N°1 del 11 de Agosto de 1998.*

creadas por ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado, ni habían sido creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

Se debe considerar que las Empresas Eléctricas de propiedad de distintos entes del sector público, son, hasta la actualidad, sociedades mercantiles de propiedad del Estado o sus instituciones, mismas que se crearon por un acto societario de constitución de sociedad anónima, entendido éste como la resolución por la cual varios accionistas, en este caso varias instituciones del sector público, invirtieron sus capitales para intervenir en operaciones mercantiles y obtener lucro.

Muchos criterios se vertieron respecto del hecho de que, por ser los accionistas de las Empresas Eléctricas, todos o su mayoría, Instituciones del Sector Público, las Empresas Eléctricas debían tener la calidad también de Instituciones del Sector Público, no obstante éstos respetables criterios no se enmarcan en el mandato del Art.118 de la Constitución Política del Estado, ni consideraban el mandato del Art.1 de la Ley de Compañías, mismo que indica que el contrato de compañía es “aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades” ⁷.

Así mismo los indicados criterios desatendían el mandato del Art. 1957 del Código Civil que señala que sociedad o compañía es “un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.”⁸

⁷Ley de Compañías. R.O. N°312 del 5 de Noviembre de 1999

⁸ Código Civil. R.O. N°46-S del 24 de Junio de 2005 (Codificación)

De las citadas disposiciones legales, se verifica sin dificultad que la sociedad conformada, constituye una persona jurídica distinta de sus accionistas individualmente considerados, particular que evidencia que no por el simple hecho de hallarse integrado su capital por instituciones del sector público, constituían Instituciones Públicas, es decir no pierden su calidad de sociedades mercantiles sujetas al control de la Intendencia de Compañías y que desarrollan su actividad en el marco de las disposiciones del sector privado, pues la persona jurídica integrada, llámese sociedad mercantil o compañía anónima, constituye un ente totalmente distinto e independiente, en cuanto a su naturaleza jurídica, respecto de la naturaleza jurídica de sus accionistas.

Muchos criterios, así mismo, trataron de sostener que las actuales empresas mercantiles de propiedad del sector público, tenían el carácter de público, por el servicio PÚBLICO que prestaban (prestan), no obstante, en la práctica, estos respetables criterios no lograron un asidero legal ni práctico, en virtud de que varias empresas mercantiles, de propiedad del sector privado, prestan también servicios públicos y no por ello asumen la calidad de publicas o Instituciones del Sector Público.

Varias normas emitidas a través del tiempo, con posterioridad a la promulgación de la Constitución Política de la República (1998) e incluso con anterioridad a la misma, es decir en los anteriores marcos constitucionales, han confirmado el criterio referente a la naturaleza jurídica privada de las sociedades mercantiles –Empresas Eléctricas- de propiedad del sector público, tal lo señalado en el Art.1 del Decreto Legislativo N° 36 , mismo que señala en sus considerandos “...las Empresas Eléctricas del Ecuador son de carácter privado....”⁹

⁹ *Decreto Legislativo N° 36*. Registro Oficial N° 229 del 11 de Julio de 1980

De manera definitiva el Art. 26 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, vigente hasta la actualidad, promulgado en el año 1996 con anterioridad a la Constitución Política de la República (1998), define de manera clara el régimen legal para las Empresas de Generación, Transmisión y Distribución de Eléctrica, cuando señala:

“La generación, transmisión y distribución de energía eléctrica será realizada por compañías autorizadas y establecidas en el país de conformidad con esta Ley y la Ley de Compañías. Las compañías a las que se refiere esta disposición, independientemente de su estructura accionaria, se someterán para todos los efectos, incluyendo el tributario y el laboral, al régimen legal aplicable para personas jurídicas de derecho privado”.¹⁰

1.2 Aplicabilidad del Código del Trabajo: régimen individual y régimen colectivo

Definidos los sectores que integraban la economía en nuestro país durante la vigencia de la Constitución Política del Estado (1998), esto es el sector público cuyas instituciones se hallaban establecidas en el Art.118 del mentado cuerpo supremo y el sector privado en manos de personas naturales o jurídicas particulares, es posible, a partir de ésta realidad definir el ámbito de aplicación del Código del Trabajo para quienes prestaban sus servicios en distintas empresas o Instituciones de estos dos sectores de la economía y de manera específica para aquellos servidores de las Empresas del sector eléctrico, constituido como sociedades mercantiles privadas de propiedad del sector Público.

¹⁰Ley de Régimen del Sector Eléctrico. R.O. N°43-S del 10 de Octubre de 1996.

Partiendo de la existencia de estos dos grandes sectores de la economía, la aplicabilidad del Código del Trabajo para cada uno de ellos, en cuanto al régimen individuo y colectivo, es totalmente distinto

SECTOR PÚBLICO:

El Régimen de prestación de servicios en el sector público, se hallaba estructurado en dos grupos: los obreros, sujetos para todo efecto al Código del Trabajo ¹¹ y de ser el caso a los Contratos Colectivos, de haberse suscrito en la entidad, mientras que los Empleados, sujetos a las normas de la Administración Pública, entre ellas la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCAA¹² para quienes no resultaba aplicable las disposiciones constantes en el Código del Trabajo, ni Contratos Colectivos del trabajo, estableciéndose la distinción entre ellos, de la prevalencia del trabajo físico sobre el intelectual (obreros) o del trabajo intelectual sobre el físico (funcionarios – empleados).

SECTOR PRIVADO:

En el sector Privado el Régimen de prestación de servicios, mucho más simple que en el sector público, sujeto para todos los trabajadores al Código del Trabajo¹³ y de existir en la empresa privada, a sus Contratos Colectivos de Trabajo.

¹¹*Código del Trabajo*. Codificación 2005-017. Suplemento del Registro Oficial N° 167 del 16 de Diciembre de 2005.

¹²*Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de remuneraciones del Sector Público*. Codificación R.O. N° 16 del 12 de Mayo de 2005.

¹³*Código del Trabajo*. Codificación 2005-017. Suplemento del Registro Oficial N° 167 del 16 de Diciembre de 2005.

En las Empresas Privadas de conformidad al mandato del Art. 220 del Código del Trabajo¹⁴, pueden suscribirse Contratos Colectivos, entendidos como el convenio celebrado con las 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, estableciendo el Art. 244 del Código del Trabajo¹⁵ la Preeminencia del contrato colectivo, entendido como el hecho de que las condiciones del contrato colectivo se entenderán incorporadas a los contratos individuales celebrados entre el empleador y los trabajadores, debiéndose en caso de contravención prevalecer las estipulaciones constantes en el pacto colectivo sobre las condiciones de los contratos individuales, cualesquiera que fueren las condiciones convenidas en éstos últimos.

1.3 Aplicabilidad de normas de exclusión de Contratos Colectivos.

No obstante la aplicabilidad del Código del Trabajo en la compañía privada, el Art. 247 del Código del Trabajo¹⁶ establece un límite de amparo de los contratos colectivos, en cuanto a que éstos no protegen a los representantes y funcionarios con nivel directivo o administrativo de las entidades con finalidad social o pública o de aquellas, que total o parcialmente, se financien con impuestos, tasas o subvenciones fiscales o municipales, es decir para

¹⁴ *Código del Trabajo*. Codificación 2005-017. Suplemento del Registro Oficial N° 167 del 16 de Diciembre de 2005.

¹⁵ *Código del Trabajo*. Codificación 2005-017. Suplemento del Registro Oficial N° 167 del 16 de Diciembre de 2005.

¹⁶ *Código del Trabajo*. Codificación 2005-017. Suplemento del Registro Oficial N° 167 del 16 de Diciembre de 2005.

los funcionarios de nivel directivo-administrativo de éstas compañías, resulta aplicable el Código del Trabajo, más no el Contrato Colectivo del Trabajo, exclusión lógica si consideramos que son éstos funcionarios quienes, en representación de entidades con finalidad social o pública o de aquellas, que total o parcialmente, se financien con impuestos, tasas o subvenciones fiscales o municipales, son quienes negocian, con el colectivo de los trabajadores, las condiciones de contratación colectiva.

De igual manera, los propios contratos colectivos suscritos en las Empresas Eléctricas establecen límites de amparo en cuanto a que de los mismos no son beneficiarios sino los trabajadores que mantienen una relación indefinida de trabajo, limitación a mi criterio lógico, pues estipulaciones constantes en los pactos colectivos como la estabilidad y/o la garantía por violación de la estabilidad, no podrían ser aplicables para trabajadores que mantengan un contrato de trabajo precario con la Empresa.

Vale considerar que adicionalmente en muchos Contratos Colectivos se establecieron cláusulas de exclusión de sus beneficios para trabajadores de las empresas privadas que mantenían un nivel directivo en las mismas, cláusulas de exclusión que así mismo fueron materia de amplio debate en cuanto a su legalidad.

Sobre este particular existen precedentes jurisprudenciales contradictorios entre sí, unos que aceptaban la legalidad de las cláusulas de exclusión y otras que lo rechazaban, en aplicación del mandato del Art. 244 del Código del Trabajo¹⁷ “Preeminencia del Contrato Colectivo”, lo cual a mi criterio resulta correcto.

¹⁷*Código del Trabajo*. Codificación 2005-017. Suplemento del Registro Oficial N° 167 del 16 de Diciembre de 2005.

Dentro de aquellas sentencias que aceptan las cláusulas de exclusión citadas me permito citar:

- Sentencia emitida por la Tercera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 20 de Abril de 2004, en el juicio seguido por Máximo Quizhpe en contra de Empresa Eléctrica Regional del Sur C.A., que en su parte pertinente señala: "...del texto de la norma jurídica contractual citada en el número inmediato precedente, se aprecia nítidamente que el cargo o función de Gerente Administrativo Financiero, que fue el último que desempeñara el actor, está comprendido en los casos de excepción del personal que goza del amparo del Décimo Sexto Contrato Colectivo"¹⁸
- Sentencia emitida por la Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 3 de Junio de 2004, en el juicio seguido por Jacinto Ulloa en contra de EMETEL S.A. que indica: "...el demandante como se ha dicho, es gerente regional de informática, no puede quedar amparado por el Contrato Colectivo"¹⁹.

Entre las sentencias que no aceptan cláusulas de exclusión en los contratos colectivos, me permito citar:

- Sentencia emitida por la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 8 de Octubre de 2002, en el juicio seguido por Patricio Caicedo en contra de PACIFICTEL que indica en su parte pertinente: "...y por cuanto aunque hubieren estado excluidas, tal exclusión es ilegal".²⁰

¹⁸ R.O. N°452 del 28 de Octubre de 2004.

¹⁹ R.O. N°502 del 12 de Enero de 2005.

²⁰ R.O. N°718 del 4 de Diciembre de 2002.

- Sentencia emitida por la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 10 de Diciembre de 2002, en el juicio seguido por Calos León en contra de FILANBANCO que en su parte importante señala: “...las convenciones colectivas de trabajo tienen como propósito fundamental mejorar las condiciones pactadas en los contratos individuales y no sustraer de los beneficios que aquellas consagran a los servidores de las instituciones...”²¹.

1.4 Régimen de los Representantes Legales

Como excepciones de la aplicabilidad del Código del Trabajo y Contratos Colectivos de Trabajo, se considera a quienes ejercen la representación legal de la compañía, mismos que no tienen la calidad de trabajadores, sino mandatarios, cuyos servicios se regulan bajo las normas del mandato, consideradas en el Art. 2020 y siguientes del Código Civil²², mismos que no mantienen una relación de trabajo, sino una relación de “Apoderados” o “Mandatarios” de la Compañía y que por tanto regula sus servicios bajo las normas civiles y societarias, no reuniendo los requisitos para considerar a su relación, como una prestación laboral, pues no tiene una relación de subordinación, no percibe remuneración, sino honorarios y no mantiene una prestación de servicio laborales sino ejerce la representación legal, es decir no se hallan presentes.

La excepción de la aplicación del Código del Trabajo a los representantes legales, se halla establecido claramente en el Art. 308 del Código del

²¹R.O. N°68 del 24 de Abril de 2003.

²²Código Civil. Codificación R.O. N°46-S del 24 de Junio de 2005.

Trabajo²³ que señala que cuando una persona tenga poder general para representar y obligar a la empresa, será mandatario y no empleado, y sus relaciones con el mandante se reglarán por el derecho común, más si el mandato se refiere únicamente al régimen interno de la empresa, el mandatario será considerado como empleado.

Vale considerar que sobre la exclusión del amparo de las normas laborales, tanto del Código del Trabajo, como de los Contratos Colectivos de Trabajo, existen numerosos precedentes jurisprudenciales coincidentes en establecer dicha exclusión, algunos de los cuales me permito citar para mejor ilustración:

- Sentencia emitida por la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 16 de Abril de 1997, en el juicio seguido por Alberto Zea en contra de GUAPAN que indica: "...si el gerente tiene la representación general de la empresa tanto en juicio o extrajudicialmente, sus relaciones con ella son de naturaleza civil y no laboral..."²⁴.
- Sentencia emitida por la Tercera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 20 de Junio de 2001, en el juicio seguido por Luis Silva en contra de MI RUTA S.A. que en su parte trascendental indica: "...la naturaleza de la actividad desempeñada por el gerente que ostenta la representación legal de una compañía – como en el caso subjudice- no equivale a la de un trabajador..."²⁵.

²³*Código del Trabajo*. Codificación 2005-017. Suplemento del Registro Oficial N° 167 del 16 de Diciembre de 2005.

²⁴R.O. N°114S del 23 de Julio de 1997.

²⁵R.O. N°392 del 17 de Agosto de 2001.

- Sentencia emitida por la Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 7 de Junio de 2004 , en el juicio seguido por Herberto Ríos en contra de FILANBANCO que en su parte esencial indica: “...la definición que da el artículo transcrito encaja perfectamente en la función desempeñada por el accionante y no hay ninguna duda al respecto, porque las actividades ejecutadas por el actor y el texto del poder son perfectamente explícitas...”.²⁶
- Sentencia emitida por la Tercera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 25 de Febrero de 1998, en el juicio seguido por José Semanate en contra de Empresa Eléctrica Cotopaxi S.A. que señala en su parte pertinente: “...el actor en sus relaciones con la compañía demandada estuvo comprendido dentro de los límites que describe el primer inciso del Art.314 del Código del Trabajo y por lo tanto no estuvo sujeto a Régimen del Código del Trabajo...”.²⁷

1.5 Régimen del Trabajo en las Sociedades Mercantiles Eléctricas de propiedad del Estado.

Partiendo de la consideración de que la Constitución Política del Estado²⁸, en su Art.118 establece categóricamente quiénes integran el sector público ecuatoriano y que dentro de ésta integración no se hallaban consideradas las sociedades mercantiles de propiedad del Estado y entre ellas las Empresas Eléctricas, se puede colegir que el régimen del trabajo para éstas sociedades, definidas como empresas mercantiles privadas, se hallaba sujeto al Código del Trabajo.

²⁶R.O. N° 503 del 13 de Enero de 2005.

²⁷R.O. N° 378 del 7 de Agosto de 1998.

²⁸*Constitución Política del Estado R.O. N°1 del 11 de Agosto de 1998.*

Vale precisar que si bien el Código del Trabajo²⁹ en su Art. 247 establece un límite de amparo de los contratos colectivos, en cuanto a representantes y funcionarios con nivel directivo o administrativo, límite al cual me he referido anteriormente, se señala este límite para dos tipos de sociedades cuyas características se indican claramente en la citada norma.

Dentro del primer grupo se hallan las entidades con finalidad social o pública, dentro de las cuales no se ubican las empresas eléctricas, pues éstas jamás tuvieron esta finalidad, sino más una finalidad de lucro, al tenor del mandato del Art.1 de la Ley de Compañías “dos o más personas unen sus capitales o industrias para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades”³⁰.

Tampoco resulta aplicable para el segundo tipo de sociedades citado en el Art.247, es decir para aquellas compañías, que total o parcialmente, se financien con impuestos, tasas o subvenciones fiscales o municipales, pues las Empresas Eléctricas no se financian, ni total, ni parcialmente con impuestos, tasas o subvenciones fiscales, ni municipales, sino con los ingresos que han percibido por la venta de energía eléctrica.

No obstante lo indicado, por mucho tiempo se mantuvo la discusión referente a la aplicabilidad del Código del Trabajo y Contratos Colectivos de Trabajo para los trabajadores de las Empresas Eléctricas, discusión que fue superada con la emisión de varios precedentes jurisprudenciales, que establecieron de manera reiterada, el carácter de privado de estas empresas, hallándose, entre los más importantes los siguientes:

²⁹ *Código del Trabajo*. Codificación 2005-017. Suplemento del Registro Oficial N° 167 del 16 de Diciembre de 2005.

³⁰ *Ley de Compañías*. R.O. N°312 del 5 de Noviembre de 1999

- Sentencia emitida en fecha 2 de Junio de 1999 por la Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia en el Juicio laboral seguido por Luis Alvarez en contra de la Empresa Eléctrica Regional del Sur, misma que en su parte importante dice: “que la demandada es una compañía anónima, sometida a la Ley de Compañías, bajo el control de la Superintendencia de Compañías”...“El título V de la Constitución enumera a las instituciones del Estado y la función Pública. En los artículos 118 y 119 dentro de cuya enumeración no está la Empresa demandada. Las características de la compañía anónima la distinguen de las instituciones enumeradas en la Constitución, aún cuando, en efecto, son accionistas de la sociedad los Consejos Provinciales y Concejos Cantonales”.³¹
- Sentencia emitida en fecha 3 de Julio de 1996 por la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia en el Juicio laboral seguido por Gustavo Morales en contra de la EMELGUR, misma que en su parte importante dice: “el Legislador a quienes se ha referido es exclusivamente a los entes que han sido creados por la Ley o por acto legislativo seccional, para prestar servicios públicos, así como también a las personas jurídicas creadas por Ley para ejercer dicha potestad estatal o cumplir actividades económicas asumidas por el Estado. En el caso subjudice, ninguna Ley, ni Ordenanza Provincial o Municipal dispuso la creación de EMELGUR Empresa Eléctrica Regional Guayas-Los Ríos S.A. y ante tal ausencia de un mandato legal de ésta índole ha de colegirse que aquella no pertenece al sector público...” Por otra parte el hecho de que la Empresa demandada se dedique a una actividad que tiene por objeto la prestación de un servicio público, como es el de suministrar energía eléctrica, no la convierte por esa circunstancia en

³¹R.O. N° 237 del 20 de Julio de 1999.

organismo perteneciente al sector público, pues la naturaleza pública o privada de un ente jurídico no depende de la actividad que cumpla o desarrolle, sino esencialmente de su constitución u origen...”.³²

- Sentencia emitida en fecha 23 de febrero de 1999 por la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia en el Juicio laboral seguido por Leonardo Cueva en contra de la Empresa Eléctrica Regional del Sur S.A., la cual en su parte importante dice: “sobre este asunto existe abundante y plena armonía jurisprudencial. En suma, la demandada no es otra cosa que una entidad privada...”.³³
- Sentencia emitida en fecha 30 de Agosto de 1999 por la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia en el Juicio laboral seguido por Alicia Sotomayor en contra de la Empresa Eléctrica Regional del Sur S.A. misma que en su parte importante dice: “contrario a lo que sostiene el recurrente, por el hecho de ser su representada una compañía anónima, que como bien sabemos es una persona jurídica absolutamente distinta a sus accionistas, deja de tener la calidad o carácter que tuviera cada uno de ellos, más allá de que preste servicios de la naturaleza enunciada en líneas anteriores o que sus integrantes lo sean de la misma naturaleza. La demandada no es pues una entidad del sector público...”.³⁴
- Sentencia emitida en fecha 24 de Junio de 1994 por la Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia en el Juicio laboral seguido por el doctor Michael Massa en contra de la Empresa Eléctrica Regional del Sur S.A., sentencia que en su parte importante dice: “este

³²R.O. N° 1001 del 1 de Agosto de 1996.

³³R.O. N° 169 del 14 de Abril de 1999.

³⁴R.O. N° 311 del 4 de Noviembre de 1999.

Tribunal de Casación aprecia que en el fallo impugnado no hay infracción de norma de derecho alguno puesto que, la Empresa Eléctrica pertenece al sector privado...”.³⁵

- Sentencia emitida en fecha 23 de Abril de 1996 por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia en el Juicio Fiscal seguido por la Universidad Católica de Cuenca en contra de la Empresa Eléctrica Azogues, la cual en su parte importante dice: “la prestación de un servicio público de suministro de energía eléctrica, como ya se ha dicho no es exclusivo para entes de Derecho Público, aunque por la integración de su capital, se lo considere del sector público para efectos de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, acorde al Art.384, sino que es factible darse también por entes de derecho privado, con fines de lucro, como efectivamente así sucede en el Ecuador, que, como en el caso juzgado, lo ha hecho la Empresa Eléctrica Azogues S.A., que constituye un ente con personería jurídica caracterizado con ánimo de lucro, identificada en la especie con una compañía anónima...”.³⁶
- Sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional de fecha 10 de Enero de 2003 en la acción planteada por el Comité de Trabajadores de la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A. en contra de la misma, en la que concluye “que la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A. es una entidad jurídica de derecho privado, regulada por la Superintendencia de Compañías...”.³⁷

³⁵R.O. N° 493 del 28 de Julio de 1994.

³⁶R.O. N° 954 del 28 de Mayo de 1996.

³⁷R.O. N° 20 del 12 de febrero de 2003.

Así mismo se emitieron varios pronunciamientos por diversas autoridades, que de una u otra manera clarificaron la aplicabilidad del Código del Trabajo, entre los que se hallan:

- Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado de fecha 18 de Julio de 2005: “Las sociedades de las que el Fondo de Solidaridad es accionista fueron constituidas al amparo de la Ley de Compañías; en consecuencia, son personas jurídicas de derecho privado, sujetas a sus propios estatutos...”
- Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado de fecha 15 de febrero de 2000: “Por lo expuesto la Empresa Eléctrica Centro Sur C.A. al haberse constituido como compañía anónima, sujeta al derecho societario y la Ley de Compañías, no puede ser considerada como institución del sector público; por tanto la misma continúa siendo persona jurídica de derecho privado...”.
- Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado de fecha 23 de Junio de 2008: “Esta naturaleza jurídica de las empresas eléctricas ha sido confirmada por el Art.34 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico que consagra a dichas empresas de distribución de energía eléctrica como sociedades anónimas...”
- Pronunciamiento del Ministerio de Economía y finanzas de fecha 14 de Marzo de 2005 en el que indica “La Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A. está constituida como sociedad anónima, sujeta al derecho societario y a la Ley de Compañías, por lo que, en tal virtud no se le debe considerar como organismo o institución del Estado”

Todos los citados precedentes jurisprudenciales y pronunciamientos lograron una confirmación en cuanto a su corrección, superándose definitivamente las dudas existentes, con la promulgación de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico misma que en su Art. 26 señala de maneta textual: “Régimen de las

empresas de generación, transmisión y distribución.- la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica será realizada por compañías autorizadas y establecidas en el país de conformidad con esta Ley y la Ley de Compañías. Las compañías a las que se refiere esta disposición, independientemente de su estructura accionaria, se someterán para todos los efectos, incluyendo el tributario y el laboral, al régimen legal aplicable para personas jurídicas de derecho privado”.³⁸

No obstante lo indicado, volverían a surgir nuevas discusiones respecto de la aplicabilidad del Código del Trabajo con la promulgación de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCAA.³⁹

1.6 Promulgación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y su afección a las Sociedades Mercantiles Eléctricas.

Hallándose definido jurisprudencialmente el régimen legal aplicable al interior de las Empresas Eléctrica y más aún confirmado el mismo con la promulgación de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, particularmente con el contenido de su Art. 26, anteriormente citado, se emite la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las

³⁸*Ley de Régimen del Sector Eléctrico. R.O. N°43-S del 10 de Octubre de 1996.*

³⁹*Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de remuneraciones del Sector Público. Codificación R.O. N° 16 del 12 de Mayo de 2005.*

Remuneraciones del Sector Público LOSCAA ⁴⁰, que viene nuevamente a crear una indefinición e inseguridad jurídica respecto del Régimen legal aplicable entre éstas empresas y sus trabajadores.

La indicada norma cuenta en su estructura con dos libros fundamentales: el libro 1 titulado “Del servicio Civil y Carrera Administrativa” y el libro 2 titulado “De la Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y entidades de derecho privado en las cuales las Instituciones del Estado tengan participación mayoritaria de recursos públicos”.

Vale considerar que el objetivo de la mentada ley (LOSCCA), conforme lo señalado en su Art.1, parte del libro 1 se refería básicamente a los servidores públicos.

Del análisis del cómo se halla titulado los dos libros que conforman esta Ley se evidencia sin mayor esfuerzo que la intención del legislador era promulgar una norma que regule, en su libro primero, lo concerniente al Servicio Civil y la Carrera Administrativa de los Servidores Públicos, entendidos estos como aquellos que prestaban sus servicios en las Instituciones del Estado (Art.118 Constitución Política de la República), mientras que el libro segundo, orientado a poner límites a ciertos beneficios de orden remunerativo e indemnizaciones, orientado a los funcionarios del sector público y adicionalmente a los trabajadores de las entidades de derecho privado – léase Empresas Eléctricas- en las cuales las Instituciones del Estado tengan participación accionaria mayoritaria.

Lo indicado, a mi criterio se confirma cuando luego del primer debate llevado a efecto al interior del poder legislativo, respecto de la indicada Ley, los Arts.

⁴⁰*Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de remuneraciones del Sector Público. Codificación R.O. N° 16 del 12 de Mayo de 2005.*

3 y 101 que establecían el ámbito de aplicación de los libros 1 y 2 respectivamente, tenían un texto totalmente disímil y un alcance diferente, que me permito citar para mayor ilustración:

“Art.3 Ámbito.- Las disposiciones del presente libro son de aplicación obligatoria en todas las Instituciones, Entidades y organismos del sector público determinadas en el Art. 118 de la Constitución Política de la República, incluidos aquellos que gocen de autonomía constitucional o legal y las personas jurídicas creadas por Ley para el ejercicio de la potestad estatal”.⁴¹

“Art. 101.- Ámbito.- Las disposiciones de este Libro, son de aplicación obligatoria en todas las instituciones, entidades y organismos del sector público determinadas en el Art. 118 de la Constitución Política de la República, incluidos todos aquellos organismos y dependencias de las funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial, los organismos electorales, de control y regulación así como las entidades que integran el régimen seccional autónomo. Se extenderá a las entidades de derecho privado, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación esté integrado en el cincuenta por ciento o más por instituciones del Estado o recursos públicos”.⁴²

Tanto es así la intención del legislador que en efecto se establecían dos artículos, con alcance diferente para definir el ámbito de aplicación de cada libro integrante de ésta Ley tenía, pues caso contrario hubiere bastado con tener una disposición que establezca su ámbito de aplicación.

⁴¹ *Proyecto Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público – primer debate*

⁴² *Proyecto Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público – primer debate*

No obstante lo indicado al superar la mentada Ley el segundo debate, de manera inexplicable, se estableció un cambio sustancial que implicaba mantener un texto con similar alcance para definir el ámbito de aplicación tanto del libro 1 como del libro 2, dejando a los mismos un texto similar a aquel que mantenía el Art.101 del libro 2 luego del primer debate, aunque, restringiendo el alcance de la Ley para algunos sectores.

“Art. 3.- Ámbito.- Las disposiciones del presente Libro son de aplicación obligatoria en todas las instituciones, entidades y organismos del Estado. Además son aplicables a las corporaciones, fundaciones, empresas, compañías y en general sociedades en las cuales las instituciones del Estado tengan mayoría de acciones o un aporte total o parcial de capital o bienes de su propiedad al menos en un cincuenta por ciento”.⁴³

Art. 101 .- Ámbito.- Las disposiciones de este Libro, son de aplicación obligatoria en todas las instituciones, entidades y organismos del sector público determinadas en el Art. 118 de la Constitución Política de la República, incluidos todos aquellos organismos y dependencias del gobierno central, los organismos electorales, de control y regulación así como las entidades que integran el régimen seccional autónomo. Se extenderá a las entidades de derecho privado, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación esté integrado en el

⁴³*Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de remuneraciones del Sector Público. Codificación R.O. N° 16 del 12 de Mayo de 2005.*

cincuenta por ciento o más por instituciones del Estado o recursos públicos”.⁴⁴

Esta situación a mi criterio generó un problema de gran magnitud pues, tratando de establecer una norma que ponga límites a ciertos beneficios remunerativos e indemnizatorios que tenían funcionarios de las entidades de derecho privado, en cuyo capital tengan participación las Instituciones del Estado, como eran las Empresas Eléctrica, Telefónicas y Petroleras, se confundió el régimen de servicio civil de los funcionarios públicos con el régimen de prestaciones de servicios laborales de los trabajadores de éstas sociedades mercantiles, creando enormes problemas en cuanto a la aplicación de la norma.

Lo indicado provocó una serie de dudas y problemas de orden legal – judicial referentes a la aplicabilidad o no del Código del Trabajo y Contratos Colectivos para los trabajadores de las Sociedades Mercantiles Privadas de propiedad de distintas instituciones del Estado, muchos de los cuales se mantienen hasta la actualidad pendientes de resolución judicial.

La indicada situación en la actualidad ha sido o será superada con el nuevo ordenamiento Constitucional y la derogatoria de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCAA.

⁴⁴*Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de remuneraciones del Sector Público. Codificación R.O. N° 16 del 12 de Mayo de 2005.*

CAPÍTULO 2

EI RÉGIMEN DEL TRABAJO EN LAS SOCIEDADES DE DERECHO PÚBLICO, DE CONFORMIDAD AL NUEVO CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO.-

2.1 El Sector Público y las Sociedades de Derecho Público.

Con la promulgación de la Constitución de la República⁴⁵ si bien se mantiene la organización de nuestra economía en parecidos términos a aquellos constantes en la Constitución Política del Estado (1998), se establece ya una categorización especial para un grupo de personas jurídicas, a las cuáles se define como Empresas Públicas EP, desarrollando un capítulo relativo a los sectores estratégicos, servicios y empresas públicas.

Se debe considerar que dentro de la actual conformación del sector público ecuatoriano, desarrollado en el Capítulo Séptimo de la Carta Constitucional, titulado “Administración Pública”, particularmente en su artículo 225, se hallan comprendidos los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia, y Control Social, las entidades que integran el Régimen Autónomo Descentralizado, los organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado y las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

⁴⁵ *Constitución de La República del Ecuador. R. O. N° 449 del 20 de Octubre de 2008.*

Conforme se evidencia nuevamente, al igual que lo ocurrido en el Art.118 de la Constitución Política del Estado⁴⁶, el actual Art. 225 de la Constitución, no considera dentro de lo que comprende el sector público, a las sociedades mercantiles de propiedad del Estado o sus Instituciones, puesto que éstas sociedades mercantiles evidentemente no son parte de las funciones del Estado (ejecutiva, legislativa, judicial, electoral y transparencia / control social), no integran el régimen autónomo descentralizado, no fueron creadas por Ley para el ejercicio de potestad estatal alguna o prestación de servicios públicos y menos aún por acto normativo de los gobiernos autónomos, conforme se ha analizado anteriormente.

Mantiene pues, la actual definición del sector público Ecuatoriano (Art.225 Constitución) una similar estructura a aquella establecida en el Art.118 de la Constitución Política del Estado (anterior texto Constitucional), estructura en la que no se incluye a las sociedades mercantiles de capital público.

Para aquellas sociedades mercantiles de propiedad del Estado o de las Instituciones del Sector Público, establece el nuevo Constitucionalismo Ecuatoriano, un nuevo e inédito régimen en cuanto a este segmento de personas jurídicas, antes desarrolladas en el marco de la normativa privada, actualmente en periodo de transición y que a futuro deberán desarrollar sus actividades como Empresas Públicas EPs.

A criterio del suscrito no es que al Constituyente se le olvidó incluir a este importante segmento de la economía dentro del Art.225 de la Constitución de la República⁴⁷ y del capítulo destinado a la Administración Pública, o les incluyo dentro de una de las categorías señaladas en el Art.225, sino que de

⁴⁶ *Constitución Política del Estado R.O. N°1 del 11 de Agosto de 1998.*

⁴⁷ *Constitución de La República del Ecuador. R. O. N° 449 del 20 de Octubre de 2008.*

manera deliberada las excluyó de éste régimen, para someterlas a uno específico considerado en el Capítulo 5 del texto Constitucional titulado “Sectores estratégicos, servicios y empresas públicas”, es decir las excluyó premeditadamente de la Administración Pública para establecer con ellas un régimen especial.

Dentro de este grupo económico se enmarcan principalmente las empresas eléctricas de nuestro país que desarrollan sus actividades en distribución, comercialización y/o generación de energía eléctrica, las empresas del ramo de las telecomunicaciones y las empresas vinculadas a la producción y comercialización de petróleo y sus derivados, muchas de las cuales, si bien se hallan en un periodo de transición, hasta la actualidad se desenvuelven en la normativa propia del sector privado y cuentan aún con una normativa específica, tal es el caso del sector eléctrico, cuya regulación específica constan en el citado Art. 26 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico.⁴⁸

El hecho de que el Constituyente, al definir el alcance del Art. 225 de la vigente Carta Magna, aprobada por la mayoría de ecuatorianos, a criterio del suscrito no consideró adecuado inmiscuir dentro de la estructura del sector público a las sociedades mercantiles, pues bien pudo haber englobado dentro del Art.225 de la Constitución a este segmento de la economía, por ejemplo bajo la caracterización de “personas jurídicas creadas por acto societario cuyo capital social mayoritario pertenezca al sector público”, dentro del sector público Ecuatoriano, no obstante establece la citada categoría específica, a mi entender por la necesidad imperiosa de que la gestión estatal en los sectores estratégicos, como el sector de las telecomunicaciones, energía y petróleo, así como el de la prestación de servicios públicos se enmarque en un funcionamiento similar al societario, esto es como una sociedad de derecho público, con personalidad jurídica,

⁴⁸*Ley de Régimen del Sector Eléctrico. R.O. N°43-S del 10 de Octubre de 1996.*

autonomía financiera, económica y administrativa, y en cuya gestión puedan desarrollar parámetros de calidad, con criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

Hay que considerar que en la primera disposición transitoria de nuestra Constitución, particularmente en su ordinal PRIMERO numeral SEIS, se otorga plazo al legislativo a efecto de que apruebe varias leyes y entre ellas las Leyes que regulan el servicio público, siendo así que se ha promulgado ya la Ley Orgánica de Empresas Públicas ⁴⁹, a través de la cual se regula la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas, estableciéndose en esta norma legal varios mecanismos de creación o transformación para los distintos entes jurídicos que a futuro desempeñarán su existencia como Empresas Públicas.

Busca el Constituyente que las futuras Empresas Públicas, mismas que desarrollarán sus funciones dentro de sectores estratégicos de la economía ecuatoriana y prestación de servicios públicos, donde también operan varias empresas privadas de propiedad del sector privado, a través de diversas figuras jurídicas como la delegación, la concesión o la autorización, desarrollen competitivamente su gestión, debiendo incluso en muchos casos competir con las empresas netamente privadas, para lo cual, no se considera conveniente sujetarlas al andamiaje del sector público, sino en contrario se requiere dotarles de personalidad jurídica, autonomía presupuestaria, económica, financiera, administrativa y de gestión, a fin de conseguir mayores niveles de eficiencia en su gestión técnica, administrativa y financiera, lo cual les torne en competitivas frente a las sociedades privadas.

⁴⁹ *Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O. N° 48-S del 16 de Octubre de 2009*

Si bien el marco constitucional prevé un funcionamiento similar en variados aspectos entre las sociedades de derechos público EP y las sociedades mercantiles de propiedad del sector privado, prevé también importantes diferencias, pues de no ser así lo más fácil hubiera sido dejarles que continúen operando bajo la figura jurídica de sociedades mercantiles de propiedad del Estado o sus Instituciones.

Entre las disimilitudes que las EPs mantendrán con las sociedades mercantiles es quizá la más evidente la titularidad o propiedad del patrimonio de las mismas, pues el de las empresas públicas corresponderá al Estado o a sus Instituciones, mientras que la titularidad de las acciones o participaciones de las empresas mercantiles corresponderá a personas naturales o jurídicas particulares.

Así mismo, desde un punto de vista eminentemente legal, es notable la diferencia del marco regulatorio en el cual cada una de éstas desempeñará su vida jurídica, pues la naturaleza jurídica de las sociedades mercantiles se desarrolla en un marco jurídico privado, esto es la Ley de Compañías⁵⁰ y sus propios Estatutos Sociales, mientras que en la actual normativa considerada en la Constitución y en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, las sociedades de derecho público desarrollarán sus actividades bajo un régimen específico similar al establecido para instituciones del sector público en algunos aspectos y bajo un sistema particular en otros aspectos.

No se debe así mismo olvidar que el hecho de que las Empresas Públicas desarrollarán su accionar principalmente en el marco legal establecido para Instituciones Públicas, lo cual les genera una gran diferencia respecto de las sociedades mercantiles, pues como conocemos, éstas, es decir las sociedades de derecho privado gozan de autonomía de la voluntad que les

⁵⁰Ley de Compañías. R.O. N°312 del 5 de Noviembre de 1999

permite realizar cualquier acto, basta con que el mismo no se halle prohibido por la Ley, mientras que afín al derecho público, las sociedades de derecho público EPs podrán realizar solamente aquellos actos para los cuales se halla facultada, situación que a mi criterio generará una desigualdad que considero brindará mayores oportunidades a aquéllas que desarrollen su actividad dentro del sector privado.

Así mismo será notoria la distinción en cuanto al mecanismo de constitución de éste tipo de personas jurídicas, actual distinción que antes era similitud, pues en el marco constitucional anterior, se lo hacía a través de actos societarios, mientras que actualmente al tenor del mandato de la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁵¹, éstas deberán constituirse mediante Decreto Ejecutivo o acto normativo seccional.

En el aspecto tributario, la Ley Orgánica de Empresas Públicas brinda una enorme ventaja económica a las sociedades de derecho público frente a las sociedades mercantiles, pues éstas últimas continuarán siendo sujetos pasivos de todo tipo de impuestos tanto fiscales como municipales, mientras que las Empresas Públicas cuentan con un régimen de exoneraciones propio del sector público.

En relación a los objetivos finales de las empresas públicas y aquél que orienta la actividad de las sociedades mercantiles, si bien podemos encontrar una coincidencia o similitud en cuanto a que todas ellas buscan eficiencia y eficacia en su gestión técnica, administrativa y financiera, es distinción el que dicha eficiencia y eficacia se orienta a diferentes finalidades: la sociedad mercantil fundamentalmente a la obtención de lucro, mientras que la empresa pública a conseguir rentabilidad de orden social; si bien se prescribe que las empresas públicas deban propender a lograr generar

⁵¹ *Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O. N° 48-S del 16 de Octubre de 2009*

excedentes, los mismos no serán divididos entre los accionistas de la compañía (lucro), sino serán destinados al cumplimiento de los objetivos sustanciales declarados por la propia Ley como el lograr un desarrollo integral, sustentable, descentralizado y desconcentrado del Estado, lograr suplir de forma eficiente y con parámetros de calidad las necesidades básicas de los habitantes en cuanto al servicio público que prestan, contribuyendo a su desarrollo y buen vivir, lograr un uso racional de los recursos naturales, colaborar en la reactivación y desarrollo del aparato productivo, conseguir una actualización tecnológica y en general lograr eficacia operativa, administrativa y financiera es decir busca obtener beneficios de orden social.

2.2 El Régimen de las Empresas Públicas

El hecho de que el Constituyente al redactar el alcance del actual Art. 225 de la vigente Carta Magna y no incluir en el listado de las Instituciones que conforman el sector público, a las actuales sociedades mercantiles de propiedad del Estado y/o a las futuras sociedades de derecho público EPs, no responde, a mi criterio, a un simple olvido, sino a una clara decisión de no inmiscuir dentro de la estructura del sector público ecuatoriano a las Empresas Públicas.

En contrario, el Constituyente consideró más bien conveniente establecer una categoría específica para dichos entes, categoría que no se enmarque o reúna con otras Instituciones del sector público, lo cual se busca alcanzar a través de las nuevas sociedades de derecho público, a mi entender debido a la necesidad de que la gestión estatal en los sectores estratégicos, como los sectores de telecomunicaciones, energía y petróleo, así como el sector de la prestación de servicios públicos asuma un funcionamiento similar al societario del sector privado, concediéndole para el efecto la estructura de una sociedad de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía

financiera, económica y administrativa, y en cuya gestión puedan desarrollar parámetros de calidad, con criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales; con lo indicado se busca que las mentadas sociedades reúnan ciertos elementos propios del sector público, como el control, pero a su vez ciertos aspectos del sector privado como la gestión.

Sobre la posibilidad de que, como parte de nuestra economía, contemos con instituciones, como son las sociedades de derecho público que conjuguen aspectos del sector público y el privado, a efecto de conseguir una eficaz gestión estatal en los sectores estratégicos y de prestación de servicios públicos, existen importantes criterios doctrinarios, como aquel emitido por el doctor Marco Morales Tobar⁵², mismo que al referirse a lo establecido en el Art.66.25 del texto constitucional que garantiza a los ciudadanos el derecho a recibir servicios públicos y privados de óptima calidad, señala: “me parece que el constituyente cuando menciona <servicios privados>, más bien se refiere a que el prestador de servicios públicos es una persona privada, esto es que el régimen mediante el cual se regula las relaciones jurídicas de dicho prestador, es el de derecho privado, nótese que el régimen de la prestación brindada siempre estará normado por el derecho público, de tal guisa que, solo aquello que se refiera a las relaciones propias del prestador, estarán bajo el régimen privado, tales como son su creación, las relaciones de personal, su patrimonio, sus recursos”.

Vale considerar que la inclusión en nuestra Constitución, de las sociedades de derecho público, como una nueva categoría dentro de la economía de nuestro país obedece a varios aspectos que vale la pena reseñarlos, aunque brevemente a efecto de entender la voluntad del Constituyente.

⁵² *Morales Tobar, Marco 2010. Derecho Procesal Administrativo. Loja. Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja.*

Uno de los aspectos de importancia, que motiva el establecimiento de éste nuevo régimen es el fracaso del modelo anterior, es decir del funcionamiento de las sociedades mercantiles dentro de un régimen legal de compañías anónimas, que por conveniencia ostentaban formas societarias privadas, aun cuando la totalidad o mayoría de su capital provenían del estado o sus instituciones, empresas que fueron, en su mayoría administradas como “tierra de nadie” lo cual llevó a este modelo al fracaso, a excepción de unas pocas sociedades que sí lograron éxito en su gestión convirtiéndose en herramientas productivas con fines sociales e incluso con fines de rentabilidad económica para el Estado, lo cual evidencia que, por si sola, esta razón no tendría suficiente peso como para justificar el cambio de un sistema.

Otro aspecto que motivo la implementación de éste nuevo régimen son los malos resultados obtenidos dentro de una privatización de importantes sectores económicos, realizada, a criterio del suscrito, más que nada como un botín económico del cual aprovecharon varios sectores de la economía y representó para el Estado la pérdida de importantes empresas, dentro del auge de un sector privado que supuestamente si permitiría una correcta y eficaz administración, particular que motivó la promulgación de la Ley de Modernización del Estado⁵³.

La decadencia e incluso el agotamiento de varias empresas privadas en nuestro país, que se las veía como el modelo de eficiencia y corrección en cuanto a la gestión, como aquellas del sector financiero que hizo

• ⁵³*Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada. R.O. N°349 del 31 de Diciembre de 1993*

cuestionarse la idea del paradigma de que en el sector privado todo funcionaba adecuadamente.

Por último la inoperancia de varias Instituciones del Sector Público, que no han logrado a través del tiempo eficiencia ni eficacia, sino al contrario han logrado detrimento para el patrimonio del Estado.

Lo indicado llevó a considerar la necesidad de contarse con sociedades de derecho público que traten de aglutinar los aspectos positivos de cada sector, dentro de un ente que podríamos considerarlo híbrido, en los cuales se destierre definitivamente caracteres como su discrecionalidad, que en muchos casos las llevaba a la corrupción, así como su inseguridad jurídica, a fin de impulsar en las nuevas sociedades públicas metas no solamente relacionadas con la rentabilidad, sino con la responsabilidad social.

A mi criterio las innovaciones consideradas en la mentada reestructuración de nuestra economía, considerado en el Art.315 del texto Constitucional, no se orienta, a una estatización total de dicho sector, pues para ello hubiere bastado con incluir a éstas sociedades dentro del Art.225, orientándose más bien a encontrar soluciones que otros regímenes no alcanzaron lo cual colabore en el desarrollo del país, en lograr una eficiente explotación e industrialización de los recursos con los que se cuentan y contarse con un control adecuado de la propiedad estatal y la actividad empresarial pública.

La Empresa pública debe pues entenderse como una herramienta a través de la cual el Estado busca intervenir efectiva y eficientemente dentro de la economía, criterio compartido por tratadistas de gran importancia como Roberto Dromi⁵⁴, que considera que es posible hablar de “empresas públicas como un género organizativo de la administración económica en sentido

⁵⁴ Dromi, Roberto José. 2006. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires - Argentina. Editorial Astrea.

amplio, integrado por una diversidad de especies”, concluyendo que debemos tener muy claro que éstas sociedades de derecho público, se localizan en el sector público, más no en el estatal de la economía.

Sobre la posibilidad de contarse pues, al interior de las sociedades de derecho público, con un régimen legal híbrido en el que coexistan los aspectos positivos del orden público, con las perspectivas de orden privado-societario, existen valiosos criterios esgrimidos, como aquel citado por el doctor Marco Morales Tobar⁵⁵ mismo que señala, al referirse a las Empresas Públicas, que lo “fundamental en el entendimiento del régimen de las sociedades del Estado radica en que sus relaciones con terceros se sujetan al derecho privado y, en sus relaciones con la Administración Pública, se someten al Derecho Público”.

2.3 El régimen laboral en el marco del nuevo Constitucionalismo y la Ley de Empresas Públicas.

Así como la inclusión de las sociedades de derecho público dentro de nuestra economía ecuatoriana, a través del nuevo texto Constitucional y de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, representada una importante innovación de un régimen hasta ahora inédito en nuestro ordenamiento legal, que generará profundos cambios, estos cambios necesariamente también deben operar en el aspecto de orden laboral.

Si bien El Art.326.16 de nuestra Constitución establece un régimen respecto del ámbito laboral para el sector público, la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁵⁶, sin apartarse u oponerse al mandato constitucional, pero si orientando su aplicación hacia una nueva norma de derecho público,

⁵⁵ *Morales Tobar, Marco 2010. Derecho Procesal Administrativo. Loja. Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja.*

⁵⁶ *Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O. N° 48-S del 16 de Octubre de 2009*

denominada Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece una aplicación diferente del régimen para los servidores de las nuevas sociedades de derecho público a constituirse.

Este nuevo ordenamiento Constitucional y Legal, demanda pues un cambio o cuando menos una apertura de la concepción de que veníamos asumiendo por regímenes laborales en el marco del anterior texto constitucional, dado el novísimo e inédito régimen establecido para las sociedades de derecho público que antes venían desarrollando sus actividades como sociedades mercantiles privadas, siendo necesario entender también el régimen laboral de sus servidores en el marco de una normativa específica.

Tratar de entender el nuevo ordenamiento Constitucional y Legal, bajo la anterior óptica de los regímenes laborales existentes en el ordenamiento legal anterior, puede provocar el no alcanzar a entender sus alcances.

CAPÍTULO 3:

LA LEY ORGÁNICA DE EMPRESAS PÚBLICAS.-

3.1 Régimen Laboral para Empresas Públicas

Dentro del Capítulo Séptimo de nuestro texto Constitucional, de manera particular en la sección tercera titulada “Servidoras y Servidores Públicos”, el Art.229 define a éstos como “...todas las personas que en cualquier forma o cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La Ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de sus servidores. Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo” ⁵⁷; vale recordar que ésta disposición es parte del capítulo intitulado de la Administración Pública y la citada norma se refiere al sector público, haciendo relación a las instituciones detalladas en el Art.225 del texto constitucional.

El Art. 326 de la Constitución de la República señala a su vez que el derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: numeral 16 “en las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas, profesionales, su sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Aquellos que no

⁵⁷ *Constitución de la República. R.O. N°449 del 20 de Octubre de 2008.*

incluyen en ésta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo”.⁵⁸

Es importante, respecto del mandato del Art.326 de la constitución, realizar una consideración especial, sumamente importante en la determinación del régimen laboral en las Empresas públicas, cual es el que el Constituyente incorporó en el capítulo sexto del Texto Constitucional, titulado Trabajo y producción, varias normas y entre ellos principios rectores de la organización del trabajo, refiriéndose en éste capítulo, no solamente a varios aspectos del derecho de trabajo, entendido como aquel regulado por el Código del Trabajo, sino de manera general, varios aspectos relativos a la prestación del servicio, tanto con sujeción al código del trabajo, como con sujeción a las normas laborales aplicables en las instituciones del sector público.

Evidencia de lo indicado, a mi criterio es el hecho de que en éstas normas, el Constituyente ya no se refiere únicamente “al trabajador” entendido como aquel sujeto al Código del Trabajo, sino se refiere siempre a “la persona trabajadora” acepción a mi entender con la cual se busca dar mayor amplitud al concepto del prestador de servicios y se refiere tanto al trabajador sujeto al Código del Trabajo, cuanto al servidor público definido en el Art.229 de la Carta Constitucional. Así mismo considero que confirma lo señalado el hecho de que varias disposiciones constantes en dicho capítulo, tales son las constantes en las normas 326.3, 326.9, 326.15, 326.16 resultan absolutamente aplicables para la prestación de servicios que brinda el trabajador sujeto al Código del Trabajo, como el servidor sujeto a las normas de administración pública.

Vale recordar lo señalado en los capítulos 1 y 2 del presente trabajo, referente a que con la promulgación del actual texto constitucional, se

⁵⁸ *Constitución de la República. R.O. N°449 del 20 de Octubre de 2008.*

mantiene la organización de nuestra sociedad en parecidos términos a aquellos constantes en la Constitución Política del Estado, esto es el sector público conformado por las entidades e Instituciones definidas en el Art.225 de la Constitución, estableciéndose una categorización especial para un grupo de personas jurídicas como Empresas Públicas EP, cuyo régimen se halla desarrollado en un capítulo independiente de aquel titulado “Administración Pública” , esto es en el capítulo innominado “Sectores estratégicos, servicios y empresas públicas”.

De Lo indicado, partiendo de la definición que el Art. 229 del texto constitucional hace sobre los servidores públicos, en relación con lo establecido en su Art.326.16, haría suponer que por igual, en las Instituciones del sector publico enumeradas en el Art.225 del texto Constitucional, así como en las Empresas Públicas señaladas en el Art. 315 de la carta suprema, para todas las personas que prestan sus servicios, o ejerzan un cargo, función o dignidad y cumplan actividades de representación, directivas, administrativas, profesionales, su sujetarán a las leyes que regulan la administración pública, mientras que las obreras y obreros al Código del Trabajo.

Lo señalado, es decir considerar que en las entidades públicas enumeradas en el Art.225 del texto constitucional, así como en las empresas públicas definidas en su Art.315, se aplicaría de manera idéntica el régimen laboral, simplificaría y no generaría incertidumbre respecto de las normas legales aplicables, no obstante, a criterio del suscrito, la promulgación de otra normativa, específica para el sector, cual es la Ley Orgánica de Empresas Públicas ⁵⁹ha generado dudas e incertidumbres y potencialmente problemas.

⁵⁹ *Ley Orgánica Empresas Públicas R.O. N° 48 del 16 de Octubre de 2010.*

A fin de entender la señalada problemática, vale hacer una consideración inicial, partiendo de la definición que realiza el Art.315.16 del texto constitucional que resulta indispensable citar textualmente: “en las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas, profesionales, su sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Aquellos que no incluyen en ésta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo”.⁶⁰

Partiendo de ésta distinción citada en la norma Constitucional, Respecto de la categoría de los obreros, tanto para Instituciones del Estado (Art.225) como para Empresas Públicas (Art.315), no existe duda alguna, que para aquellos es aplicable las distintas disposiciones del Código del Trabajo, en aplicación de lo establecido en los Arts. 229 y 326.16 del texto constitucional. El problema más bien surge respecto de los funcionarios o empleados, es decir respecto de aquellos cumplan actividades de representación, directivas, administrativas, profesionales, para quienes la norma del 326.16 establece se sujetarán a las disposiciones que regulan la administración pública, siendo respecto de la aplicación de éstas últimas (disposiciones que regulan la administración pública) donde surgen los problemas y se da, a criterio del suscrito la diferencia de aplicación, entre Instituciones Públicas y Empresas Públicas, que no considero tienen el mismo régimen legal.

Al efecto cuando no referimos a “disposiciones que regulan la administración pública”, respecto de régimen de prestación de servicios en el sector público, de manera general, pensaríamos en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las

⁶⁰ *Constitución de la República. R.O. N°449 del 20 de Octubre de 2008.*

Remuneraciones del Sector Público LOSCAA ⁶¹ actualmente derogada y de la Ley Orgánica de Servicio Público ⁶² no obstante las señaladas no son las únicas normas que regulan la administración pública en materia de prestación de servicio, pues existen otras Leyes, como es la Ley Orgánica de Empresas Públicas ⁶³, que contienen regulaciones referentes a prestación de servicios laborales.

A criterio del suscrito, el concepto de servidores públicos alcanza tanto a los funcionarios de las Instituciones públicas como a los funcionarios de las Empresas Públicas, sin embargo el régimen legal aplicable es distinto: en las Instituciones del sector público (Art.225) se aplica la disposición que regula la administración pública denominada Ley Orgánica de Servicio Público ⁶⁴ mientras que en las Empresas Públicas (Art.315) se aplica la disposición que regula la administración pública denominada Ley Orgánica de Empresas Públicas ⁶⁵

Lo señalado a mi entender se halla confirmado por lo establecido en los Arts. 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público y Art. 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, aunque con graves falencias de redacción y estructuración de la norma, mismas que me permito citar para mejor ilustración:

⁶¹ *Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de remuneraciones del Sector Público. Codificación R.O. N° 16 del 12 de Mayo de 2005.*

⁶² *Ley Orgánica de Servicio Público R.O. N° 294 del 6 de Octubre de 2010.*

⁶³ *Ley Orgánica Empresas Públicas R.O. N° 48 del 16 de Octubre de 2010.*

⁶⁴ *Ley Orgánica de Servicio Público R.O. N° 294 del 6 de Octubre de 2010.*

⁶⁵ *Ley Orgánica Empresas Públicas R.O. N° 48 del 16 de Octubre de 2010.*

Ley Orgánica de Servicio Público. Art. 3:

AMBITO: “Las disposiciones de la presente ley son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende...”

Procede el legislador de manera inmediata a señalar textualmente la aplicación de ésta norma, coincidiendo con lo señalado en el Art.225 de la Carta Suprema, para posteriormente referirse, dentro de éste mismo capítulo a los regímenes de excepción de la norma, llegando a establecer en el último párrafo de la misma, de manera textual:

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

Conforme se evidencia, si bien se cita, dentro del ámbito de aplicación el alcance en cuando a la aplicación de la Ley Orgánica de Servicio Público, en la misma norma titulada AMBITO se hace relación a los casos de excepción, como son por ejemplo las fuerzas armadas y policía nacional colocándose entre las excepciones a mi entender, al personal de las empresas públicas, no obstante mantener idéntica redacción, que en el texto constitucional al definir qué debemos entender por servidor público.

Vale considerar que la citada ley (Servicio público), en varios otros artículos, pero a manera excepcional considera su aplicación para el personal de las empresas Públicas, conforme se señala en la disposición general QUINTA que me permito citar para efectos de ilustración:

Ley Orgánica de Servicio Público. Disposición General Quinta:

“A partir de la promulgación de la presente Ley, prohíbese en las instituciones, organismos y entidades previstas en el artículo 3, en las empresas públicas y en las sociedades mercantiles en las que el Estado o sus instituciones tengan mayoría accionaria, por cualquier

mecanismo, modo o circunstancia, la creación o el establecimiento de asignaciones complementarias, compensaciones salariales, beneficios adicionales o bonificaciones especiales, en general cualquier tipo de erogación adicional a lo previsto en éste cuerpo legal, sea ésta en dinero o en especie...”

Conforme se evidencia en la citada norma se establece una prohibición referida a las instituciones públicas detalladas en su Art.3, pero hace extensiva la prohibición para las Empresas Públicas e incluso para las sociedades mercantiles de propiedad del Estado.

Por su parte la Ley Orgánica de Empresas Públicas dice en su Art.18:

“La prestación de servicios del talento humano de las empresas públicas, se someterá de forma exclusiva a las normas contenidas en ésta Ley, a las Leyes que regulan la administración pública y a la codificación del Código del Trabajo...”.

Lo señalado llega a concluir al suscrito que definitivamente el régimen legal a aplicarse en las Empresas Públicas debe regularse por el Código del Trabajo en todo lo relacionado a los obreros, mientras que debe regirse a la Ley orgánica de Empresas Públicas y Código del Trabajo, en aspectos puntuales, en todo lo relacionado a quienes desempeñen actividades de representación, directivas, administrativas y profesionales, entendida ésta como una norma de administración pública, y, solamente por excepción, cuando se la hace extensiva, a otras normas de administración pública como es la Ley Orgánica de Servicio Público.

Lo indicado nos llevaría a considerar la posibilidad de que las Empresas Públicas a constituirse al amparo del mandato del Art.315 del texto constitucional admitan un régimen legal aplicable de carácter mixto, es decir que considere la aplicabilidad, al mismo tiempo de disposiciones de derecho privado y disposiciones de derecho público, en uno u otro ámbito de su

ejercicio; la indicada consideración requiere abstraernos de los criterios que teníamos regularmente sobre empresas privadas e instituciones públicas y considerar a las sociedades derecho público, como un segmento distinto de las indicadas, con caracteres propios, en donde superviven elementos de los dos regímenes, necesarios a efecto de lograr la consecución de los objetivos considerados en el texto constitucional para los sectores estratégicos, servicios y empresas públicas.

Sobre lo indicado existen importantes criterios doctrinarios, como aquel señalado por Roberto Dromi en su obra *Derecho Administrativo*⁶⁶, mismo que al referirse al régimen jurídico de las Empresas Públicas, señala textualmente: “la particularidad de éste tipo de organizaciones radica en que su régimen se somete al derecho privado en todas sus actividades específicas (comerciales e industriales), y al derecho público en todo lo que atañe a sus relaciones con la Administración o al servicio público que estuviere a su cargo. Es decir que la normativa prevé la duplicidad de régimen fundada en la distinción entre actividades específicas y actividades de servicio público de la Empresa, que se regirá por el derecho privado y el derecho público”.

La tolerancia de ésta dualidad es justificada por tratadistas como Gaspar Ariño Ortiz⁶⁷ al referirse a las empresas públicas señala: “permiten evidenciar con claridad la fisonomía de la empresa pública, cuyo advenimiento se impuso por la apertura de la competencia de sectores reservados con exclusividad al Estado, que exigía la creación de un nuevo marco regulatorio...”.

⁶⁶ Dromi, Roberto José. 2006. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires - Argentina. Editorial Astrea.

⁶⁷ Ariño Ortiz, Gaspar. 2004. *Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Granada – España. Editorial Comares

3.2 Contratación Laboral en el marco de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

A fin de analizar lo concerniente a la prestación de servicios y su régimen de contratación, en las empresas públicas EPs, es menester realizar la distinción establecida en el Art.326.16 de nuestra constitución, es decir es necesario partir de la distinción entre el servicio prestado por obreros y aquel prestado por quienes cumplen actividades de representación, directivas, administrativas y profesionales.

Respecto de los obreros y obreras, el régimen aplicable para aquellos, de conformidad al mandato del Art. 229 de la Carta Constitucional, de manera inconfundible será el del Código del Trabajo y Contratos Colectivos de Trabajo, en las Instituciones donde existieran, hallándose por tanto la contratación de éstos sujeta a los diversos tipos de contratos de orden “laboral” establecidos en el Código del Trabajo, con las distintas características y peculiaridades de cada uno de ellos.

Respecto de quienes cumplen actividades de representación, directivas, administrativas y profesionales, el régimen de contratación deberá sujetarse a lo establecido 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas ⁶⁸.

Al efecto es menester recordar que dicha norma señala de manera textual:

“La prestación de servicios del talento humano de las empresas públicas se someterán de forma exclusiva a las normas contenidas en ésta Ley, a las leyes que regulan la administración pública y a la Codificación del Código del Trabajo....”

⁶⁸ *Ley Orgánica Empresas Públicas R.O. N° 48 del 16 de Octubre de 2010.*

Establece para el efecto la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en su Art.18 una clasificación de sus servidores, encontrando tres categorías plenamente identificadas, cada una de ellas con una modalidad diferente de contratación o designación, dependiendo del caso, definidas en el Art.19 de la citada norma:

1. Servidores públicos de libre designación y remoción: hallándose entre ellos quienes ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y de manera general considerando entre ellos a quienes ejerzan funciones definidas como funciones de confianza.

Conforme se evidencia dentro de ésta categoría se consideran a los servidores de un nivel de dirección, representación o asesoría que no se hallan por tanto amparados por la norma de carrera en la Empresa pública, abstracción de su estabilidad, a mi criterio lógica, si suponemos que el administrador de una sociedad de derecho público requerirá de funcionarios de su estricta confianza a fin de realizar la administración de la empresa pública.

Para éstos servidores públicos, de libre designación, su prestación de servicios se sujetará a un nombramiento emitido al amparo del mandato del Art.11 numerales 12 y 13 y Art.13 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

2. Servidores públicos de carrera: estando entre ellos los servidores que ejerzan funciones administrativas, profesionales, de Jefatura, técnicas en sus distintas especialidades y operativas.

Dentro de éste nivel se consideran al indicado grupo de servidores, mismos que como característica para pertenecer a este grupo definido como “de carrera”, necesariamente deben por un lado no estar dentro del grupo de funcionarios considerados de “libre designación o remoción”, es decir no desempeñar ninguno de los cargos de

confianza, y, por otro lado no deben sus en sus funciones prevalecer el trabajo físico sobre el intelectual, pues de ser así deberían ser considerados dentro del tercer grupo o categoría, esto es dentro del grupo de los obreros sujetos al código del trabajo.

A efectos de regularse la prestación de servicios de éste segundo grupo de servidores, la Ley prevé el otorgamiento de un nombramiento, expedido al amparo de la mentada Ley, su reglamento de aplicación (pendiente de emisión hasta la presente fecha) y la normativa interna de la sociedad de derecho público, que obviamente deberá guardar coherencia con las citadas normas.

El indicado nombramiento debemos entender a la luz del concepto de que este servidor es un funcionario de carrera, a pesar de no señalarlo la norma, como un nombramiento definitivo, con sujeción a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, más no al Código del Trabajo o Contrato Colectivo de Trabajo.

3. Obreros: hallándose entre éstos aquellos que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública, cuya definición será realizada por la Autoridad competente, en este caso el Ministerio de Relaciones Laborales, conforme el mandato constante en el Decreto Ejecutivo N° 1701 ⁶⁹

Conforme se indicó para aquellos opera el régimen de contratación laboral establecida en el Código del Trabajo, contrato individual de trabajo que se sujetará a su vez a las normas de contratación colectiva establecidas en el

⁶⁹ Registro Oficial N° 592 de 18 de Mayo de 2009 y Registro Oficial N° 123 del 4 de febrero de 2010.

Art. 244 del Código del Trabajo⁷⁰ que señala la preeminencia del contrato colectivo, entendido como el hecho de que las condiciones del contrato colectivo se entenderán incorporadas a los contratos individuales celebrados entre el empleador y los trabajadores, debiéndose en caso de contravención prevalecer las estipulaciones constantes en el pacto colectivo sobre las condiciones de los contratos individuales de trabajo, debiendo sujetarse además a lo establecido en el Art.26 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Se evidencia entonces que las normas de contratación de prestación de servicios en la sociedad de derecho público, dista las modalidades de contratación o designación establecidas en la Ley Orgánica de Servicio Público que establece modalidades para los funcionarios de las Instituciones del Estado a quienes se clasifica como servidores permanentes, servidores provisionales (con cinco casos distintos), servidores de libre nombramiento y remoción y servidores de periodo fijo.

El indicado particular confirma, a mi criterio una vez más que en las sociedades de derecho público, subsiste un régimen totalmente independiente del régimen establecido para las Instituciones del Sector Público (Art.225).

3.3 Jurisdicción para efectos de reclamos

Establecido el marco regulatorio aplicable para los distintos servidores de las Empresas Públicas, así como el tipo de contratación o designación que regularizaría la prestación de servicios de los servidores públicos, parecería

⁷⁰ *Código del Trabajo*. Codificación 2005-017 (Suplemento del Registro Oficial 167, 16-XII-2005).

hallarse definida la jurisdicción a efectos de controversias y reclamos que surgieren entre la sociedad de derecho público y sus servidores.

Necesariamente debería partirse de la distinción establecida en el Art.326.16 de la carta constitucional, esto es de la distinción entre el servicio brindado por los obreros, sujeto a la autoridad del trabajo (Inspector-Director Regional) en el ámbito administrativo y Juez del trabajo en el ámbito jurisdiccional, mientras que para quienes cumplen actividades de representación, directivas, administrativas y profesionales, cualquier resolución administrativa de la administración de la Empresa, ser la misma susceptible de ser impugnada en vía contencioso administrativa.

Esta forma de jurisdicción, a mi criterio no generaría dudas en cuanto a su aplicación y sería idéntico que el Régimen Jurisdiccional aplicable en las Instituciones del Sector Público definido en el Art.225 del texto Constitucional.

No obstante lo indicado, que no generaría a criterio del suscrito mayor cuestionamiento, se promulga la Ley Orgánica de Empresas Públicas ⁷¹misma que vale recordar, en su Art.18, sujeta a la prestación de servicios del talento humano de las empresas públicas, en forma exclusiva a las normas contenidas en ésta Ley, a las Leyes que regulan la administración pública y a la codificación del Código del Trabajo...”.

De la lectura de ésta disposición, al parecer no se generaría aún conflicto, porque obviamente cada una de las normas citadas tendría su ámbito o alcance de aplicación, no obstante lo cual más adelante, en la Ley Orgánica de Empresas Públicas se incluyen nuevas disposiciones que podrían generar a futuro problemas de orden legal, cuando menos generan cierta incertidumbre respecto de la intención del legislador, que a mi criterio

⁷¹ *Ley Orgánica Empresas Públicas R.O. N° 48 del 16 de Octubre de 2010.*

confirman la idea de que en el nuevo ordenamiento Constitucional y Legal, nos hallamos frente a un nuevo e inédito régimen, distinto de los sectores públicos y privado que se desarrollaron en el marco del texto constitucional de vigencia anterior.

Resulta indispensable entonces transcribir textualmente, aquellas disposiciones constantes en la ley Orgánica de Empresas Públicas, a las cuales me he referido y que confirman, a mi entender el particular régimen legal al cual se sujetan las sociedades de derecho público:

Art. 29 “Competencia y Procedimiento.- Para efectos de la competencia y del procedimiento en las relaciones contractuales generadas entre las empresas públicas y servidores públicos de carrera y obreros, se estará a lo dispuesto en esta Ley y en el artículo 568 y siguientes de la Codificación del Código del Trabajo”.

Añade tal artículo:

“Para efectos del desistimiento del abandono y de la prescripción, se estará a lo dispuesto en el Título VIII de la Codificación del Código de Trabajo”.

De igual manera más adelante tenemos:

Art. 32 “Solución de Controversias.- Las controversias que se originaren de las relaciones laborales entre las empresas públicas y sus servidores de carrera u obreros, serán resueltas por la autoridad del trabajo o los jueces de trabajo competentes, quienes para el efecto observarán las disposiciones especiales previstas en este Título” (el subrayado me pertenece).

Para concluir se indica:

Art. 33 “Normas Supletorias.- En todo lo no previsto expresamente en este Título y siempre que no contraríe los principios rectores de la

administración del talento humano de las empresas públicas, se estará a lo que dispone la Codificación del Código de Trabajo en lo relativo a la contratación individual”.

A criterio del responsable de éste trabajo, el legislador, al promulgar la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁷² no es que incurre en imprecisiones en las citadas normas al confundir los regímenes de jurisdiccionales y de competencia, sino deliberadamente lo hace, pues de hecho busca establecer un inédito régimen para éste segmento de la economía.

Si analizamos el contenido del Art. 29 de la LOEP titulado “Competencia y Procedimiento” vemos como se establece, con alguna imprecisión el tema, puesto que señala que para efectos de la competencia se estará a lo dispuesto en esta Ley y en el artículo 568 y siguientes de la Codificación del Código del Trabajo, pudiendo pensarse que es una simple imprecisión del legislador, al no referirse en la norma o distinguir en la misma a empleados y obreros respectivamente.

Este particular, que al parecer respondería a una falencia del legislador, a criterio del suscrito no lo es, considerando eso sí que el texto legal podría haber sido mucho más claro, situación confirmada por su Art. 32 titulado “Solución de Controversias” que ahora sí, de manera explícita y directa establece que las controversias que se originaren de las relaciones laborales entre las empresas públicas y sus servidores de carrera u obreros, serán resueltas por la autoridad del trabajo o los Jueces de trabajo competentes, norma ahí si clara en cuanto otorga a éstos (inspector del trabajo o Juez del Trabajo) competencias para conocer de controversias laborales, tanto en el caso de obreros)lo cual no genera duda), cuando en e caso de servidores de carrera.

⁷² *Ley Orgánica Empresas Públicas R.O. N° 48 del 16 de Octubre de 2010.*

Más allá aún, la citada ley LOEP constituye al Código del Trabajo en herramienta normativa supletoria para la aplicación de dicha Ley.

Todo lo indicado, a criterio del suscrito, hace concluir que éste inédito régimen de organización societaria pública, establece en materia de solución de controversias también un inédito régimen, distinto a aquel aplicable para Instituciones del Sector Público cuyo principio es la sujeción entre las Empresas Públicas y sus servidores, llámense éstos Servidores Públicos de carrera u obreros, al Código del Trabajo, y como consecuencia de ello a la resolución de conflictos por parte del Juez de lo Laboral.

Es importante considerar que no se emite aún el Reglamento General a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, norma que quizá sin salir del alcance de la Ley podría, aclarar este aspecto de la organización de las nuevas empresas públicas ecuatorianas.

3.4 Aplicabilidad del Código del Trabajo y de la Ley Orgánica de Servicio Público, antes de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de Remuneraciones del Sector Público.

Una vez establecido el régimen legal y jurídico aplicable y principalmente considerando el contenido del Art.18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas ⁷³misma que vale recordar, sujeta la prestación de servicios del talento humano de las empresas públicas, en forma exclusiva a las normas contenidas en ésta Ley, refiriéndose a la LOEP, a las Leyes que regulan la administración pública y a la codificación del Código del Trabajo...”, surge la inquietud del alcance o hasta donde se aplicaría en éstas sociedades de derecho público, el Código del Trabajo y la Ley Orgánica de Servicio Público.

⁷³ *Ley Orgánica Empresas Públicas R.O. N° 48 del 16 de Octubre de 2010.*

De manera general se puede sostener, conforme las disposiciones antes citadas que la norma básica de aplicación, alrededor de la cual deberá organizarse el funcionamiento de las sociedades de derecho público, en cuanto se refieren a la administración del talento humano, es fundamentalmente la Ley Orgánica de Empresas Públicas LOEP, entendida la misma como la norma de administración pública fundamental en las mismas.

Sobre la base de ésta consideración, conforme lo señalado antes, es el Código del Trabajo, norma primordial en la relación de la Empresa Pública con sus obreros y norma supletoria en la relación de la sociedad de derecho público con sus funcionarios, es decir quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, guardando coherencia con el mandato del Art.326.16 del texto constitucional.

En cuanto a la aplicación de otras normas de administración pública, en materia de recursos humanos, esto es la Ley Orgánica de Servicio Público LOSEP⁷⁴, anteriormente la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCAA⁷⁵ actualmente derogada por la primera nombrada, vemos que ésta, es decir la Ley Orgánica de Servicio Público, si tiene una aplicabilidad al interior de las Empresas Públicas, pero no de manera general y ni siquiera de manera supletoria, sino única y exclusivamente cuando en varias disposiciones de la LOSEP se extiende su ámbito de aplicación a las Empresas públicas.

⁷⁴ *Ley Orgánica de Servicio Público R.O. N° 294 del 6 de Octubre de 2010.*

⁷⁵ *Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de remuneraciones del Sector Público. Codificación R.O. N° 16 del 12 de Mayo de 2005.*

Para evidenciar lo señalado, me permito citar textualmente algunas disposiciones constantes en la mentada Ley, las cuales amplían su ámbito o alcance de aplicación a las Empresas Públicas:

Disposición General Quinta:

“A partir de la promulgación de la presente Ley, prohíbese en las Instituciones, Organismos y entidades previstas en el Art.3, en las Empresas Públicas y en las Sociedades Mercantiles en las que el Estado o sus Instituciones tengan mayoría accionaria, por cualquier mecanismo, modo o circunstancia, la creación o establecimiento de asignaciones complementarias, compensaciones salariales, beneficios adicionales o bonificaciones especiales...”

Disposición General Octava:

“Los Gerentes y Administradores y quienes ejerzan la representación legal en las entidades y empresas públicas o sociedades mercantiles en las que el Estado o sus Instituciones tengan mayoría accionaria, comprendidas en el Art.3 de ésta Ley, tendrán siempre la calidad de mandatarios, con poder para representar a la organización, serán personal y pecuniariamente responsables por los actos o contratos que suscriban o autoricen...”

Así mismo existen en ésta Ley (LOSP), disposiciones que prevén la limitación de su alcance solamente a algunas Instituciones Públicas, esto es las señaladas en su Art.3 y más bien confirman que ésta norma no tiene un carácter de general y por lo tanto no resulta aplicable en algunos sectores de la Economía, como las Empresas Públicas, salvo en aquellas disposiciones en las que expresamente amplía su ámbito de acción:

Art.51 inciso inserto después del literal k:

“En las Instituciones, entidades y organismos del sector público, sujetos al ámbito de ésta Ley, el porcentaje de incremento de las remuneraciones y cualquier otro beneficio que cause un egreso económico de un ejercicio a otro.....”

Art. 57 último inciso:

“Se exceptúa del proceso establecido en el inciso anterior los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, las universidades y escuelas politécnicas públicas y las entidades sometidas al ámbito de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”.

Art. 83:

“Servidoras y servidores públicos excluidos de la carrera del servicio público: excluyese del sistema de la carrera de servicio público a: k) El personal de las Empresas sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas.”

Titulo VIII “Del ámbito y objeto de las remuneraciones e indemnizaciones del sector público” Art. 94:

“Ámbito: Las disposiciones de éste Título son de aplicación obligatoria en las Instituciones, entidades y organismos del sector público, determinadas en su artículo 3 de ésta Ley, con las excepciones previstas en éste artículo y en general en ésta ley”

Todo lo indicado, deja evidenciado el régimen legal aplicable en las relaciones de administración del talento humano al interior a las Empresas Públicas.

3.5 Régimen de transición de acuerdo a la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Al amparo del mandato del Art.225 de la Constitución de la República⁷⁶ podría suponerse que las Empresas Públicas se hallan creadas por Ley, en este caso por la propia Constitución en su Art.315, situación que provocaría se hallen inmersas dentro del Sector Público, pues ahí si se adecuaría su constitución a lo establecido en el numeral 3 del mentado Art.225 que establece que el sector público comprende: “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”.

En este caso nos hallaríamos, cuando nos referimos a Empresas Públicas, a una de las Instituciones del Estado consideradas en su Art.225, sujeta en toda su normativa, a aquella establecida para las Instituciones públicas.

No obstante de lo indicado al promulgarse la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dentro de su Art.2 se establece como objetivo de ésta Ley la de determinar los procedimientos para la constitución de las empresas públicas que deban gestionar los sectores estratégicos, entre ellos el sector eléctrico.

Es así que el Art. 5 de la mentada Ley Orgánica de Empresas Públicas⁷⁷ establece los mecanismos de creación de empresas públicas, bajo las siguientes alternativas:

⁷⁶ *Constitución de la República. R.O. N°449 del 20 de Octubre de 2008.*

⁷⁷ *Ley Orgánica Empresas Públicas R.O. N° 48 del 16 de Octubre de 2010.*

1. Mediante Decreto Ejecutivo para las empresas constituidas por la función ejecutiva.
2. Por acto normativo legalmente expedido por los gobiernos autónomos descentralizados; y,
3. Mediante escritura pública para las empresas que se constituyan entre la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados para lo cual se requerirá del Decreto Ejecutivo y de la decisión de la máxima autoridad del organismo autónomo descentralizado.

Conforme se evidencia, no prevé la Ley Orgánica de Empresas Pública LOEP, la creación de sociedades de derecho público EPs a través de una Ley y más aún dentro de las disposiciones transitorias contenidas en la misma, particularmente dentro de su disposición transitoria SEGUNDA se establece con amplitud el régimen de transición de las sociedades mercantiles anónimas de propiedad del Estado y sus Instituciones, constituidas al amparo de anteriores regímenes Constitucionales, así como de sociedades de economía mixta, hacia el régimen de Empresas Públicas, mecanismo legal de transición que prevé la emisión de un Decreto Ejecutivo; dentro de éste proceso se incluye, de manera expresa, a las actuales sociedades mercantiles del sector eléctrico, de propiedad del Estado o sus Instituciones.

Vale considerarse que algunas sociedades que operan en sectores estratégicos de la economía ecuatoriana, como son las telecomunicaciones, ya han culminado su proceso de transformación como sociedades de derecho público EPs, a través de los citados mecanismos, tal es el caso de la Empresa Pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT E.P., creada mediante Decreto Ejecutivo N°218 publicado en R.O. N°122 de fecha 3 de Febrero de 2010, transformado de lo que fue la Corporación Nacional

de Telecomunicaciones S.A., surgida a su vez de la fusión de Pacifictel S.A. y Andinatel S.A., esto es al amparo del mandato del Art.5 numeral 1 de la LOEP.

Así mismo en el Régimen Seccional, se ha dado la creación de algunas empresas públicas, al amparo del mandato del Art.5, numeral 2, como es en la ciudad de Cuenca, de sociedades de derecho público como son, entre otras, ETAPA E.P. dedicada a los servicios de telecomunicaciones, agua potable y alcantarillado o FARMASOL E.P. dedicada al servicio de comercialización de insumos médicos.

En el caso particular de las empresas eléctricas, las mismas NO han iniciado aún su proceso de transformación de sociedades mercantiles S.A. O C.A. en sociedades de derecho público, denominadas Constitucional y legalmente Empresas Públicas EP, pero se prevé que el mecanismo de constituciones de éstas sociedades de derecho público, será, como en el caso de las telecomunicaciones, mediante la emisión de un Decreto Ejecutivo, radicando quizá el mayor inconveniente en que el Estado debe negociar con los otros accionistas de éstas empresas (Municipios, Consejos Provinciales, etc.), la transferencia de las acciones que a éstas corresponden, como paso previo a la emisión del indicado Decreto Ejecutivo, luego de lo cual, esto reunido por parte del Estado la totalidad del accionariado, emitido el correspondiente decreto ejecutivo.

La indicada situación ha permitido al Estado concluir el proceso de transformación en sociedades de derecho público, de anteriores sociedades mercantiles en las cuales tenía la calidad de único accionista y a impedido u obstaculizado pueda iniciar o concluir el proceso de transformación en las otras sociedades, como aquellas del sector eléctrico, en las cuales no reúne la totalidad de su accionariado.

CAPÍTULO 4:

LA ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL EN LAS EMPRESAS PÚBLICAS.-

4.1 Régimen de Administración de personal a aplicarse

La Ley Orgánica de Empresas Públicas LOEP, en su título IV considera el capítulo denominado “De la gestión del Talento Humano de las empresas públicas, en el cual desarrolla, en términos al menos generales el marco regulatorio para la administración de su personal.

Dentro de dicho capítulo es de especial importancia la determinación de la naturaleza jurídica de la relación del talento humano, estableciéndose que el mismo se sujetará a las normas contenidas en ésta Ley (LOEP), las Leyes que regulan la administración pública y el Código del Trabajo.

Establece la norma citada varias categorías de servidores de las Empresas Públicas, siendo menester establecer el régimen aplicable para cada uno de ellos:

SERVIDORES PÚBLICOS DE LIBRE REMOCIÓN:

Se considera entre ellos a los servidores que ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y de manera general considerando entre ellos a quienes ejerzan funciones definidas como funciones de confianza, abstrayéndoles del amparo de la carrera administrativa dentro de la Empresa Pública y por tanto de la estabilidad.

El Régimen aplicable para éstos funcionarios es el establecido básicamente en la LOEP, con absoluta similitud del régimen para para este tipo de funcionarios, de libre nombramiento y remoción, de las entidades del sector

público, se halla establecido en el Art. 17 literal “c” de la Ley Orgánica del Sector Público ⁷⁸.

Estos servidores no sujetan la prestación de sus servicios, para ningún efecto al Código del Trabajo y Contratos Colectivos del Trabajo, pues su relación netamente se ampara en las normas de la administración pública, aunque no en la carrera administrativa.

SERVIDORES PÚBLICOS DE CARRERA:

La LOEP define a los servidores de carrera como aquellos que ejerzan funciones administrativas, profesionales, de Jefatura, técnicas en sus distintas especialidades y operativas, que obviamente no se hallen considerados como funcionarios de confianza.

La prestación de servicios de éstos servidores se regula básicamente por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en cuanto a su designación y tipo de contratación y la normativa interna de la sociedad de derecho público, hallándose éstos servidores excluidos, expresamente, de los Contratos Colectivos del Trabajo.

No obstante lo indicado, al referirse la norma a la jurisdicción y la competencia, los servidores públicos de carrera son incluidos o considerados, dentro de la jurisdicción del Código del Trabajo de conformidad al mandato de los Arts. 29 y 32 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Para el efecto es ilustrativo citar el contenido del Art.32 de la LOEP titulado “Solución de Controversias” que establece: “Las controversias que se originaren de las relaciones laborales entre las empresas públicas y sus servidores de carrera u obreros, serán resueltas por la autoridad del

⁷⁸ *Ley Orgánica de Servicio Público R.O. N° 294 del 6 de Octubre de 2010.*

trabajo o los Jueces de trabajo competentes, quienes para el efecto observarán las disposiciones especiales previstas en este Título”

Conforme se evidencia, en la norma transcrita existen en ella elementos de suma importancia que me permito resaltar:

- Define a la prestación de servicio que existe entre los servidores de carrera y la Empresa pública como una relación laboral, figura legal circunscrita básicamente para los trabajadores sujetos al Código del Trabajo.
- Establece que los conflictos entre las empresas públicas y sus servidores de carrera serán resueltos por la autoridad del trabajo (léase a mi criterio Inspectores del Trabajo) y Jueces del Trabajo, no pudiendo ser considerados dentro de ésta modalidad a los actuales Tribunales de lo Contencioso Administrativo o las futuras Salas de lo Contencioso Administrativo que se creen en el marco de la actual Código Orgánico de la Función Judicial ⁷⁹
- Se establece la sujeción para la solución de controversias a las disposiciones previstas exclusivamente en éste título sin referirse a otras disposiciones relacionadas con la solución de controversias previstas en otras normas de administración pública en materia de solución de conflictos, como la considerada en los Arts. 23 literales “h” e “i” y Art.46 de la Ley Orgánica del Sector Público⁸⁰.

Lo indicado deja entrever, respecto de los funcionarios de carrera dentro de las empresas públicas, de un régimen híbrido sujeto para ciertos aspectos a las normas de administración pública contenidas en la Ley Orgánica de

⁷⁹ *Código Orgánico de la Función Judicial R.O. N° S 544 del 9 de Marzo de 2010.*

⁸⁰ *Ley Orgánica de Servicio Público R.O. N° 294 del 6 de Octubre de 2010.*

Empresas Públicas y para otros aspectos al Código del Trabajo, con expresa exclusión, en cuanto a beneficios de orden remunerativo, de los Contratos Colectivos de Trabajo.

OBREROS:

Servidores que intervienen de manera directa y con su trabajo físico en los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública, cuya clasificación debe ser realizada por el Ministerio de Relaciones Laborales:

Esta categoría de servidores, para todo efecto, así como los servidores obreros de las Instituciones del Sector Público, se sujetan al régimen establecido en el Código del Trabajo, debiendo su contrato individual de trabajo sujetarse a las normas de contratación colectiva, en virtud de la preeminencia de éste último cuerpo normativo establecida en el Art. 244 del Código del Trabajo⁸¹.

Todo lo indicado lleva a concluir que la administración del talento humano, en las Empresas Públicas, necesariamente deberá observar los distintos regímenes señalados para servidores de libre remoción, servidores de carrera y servidores obreros, cada uno de los cuales tendrá su propia normativa.

4.2 Problemas de orden legal y judicial que podrían presentarse dentro de la administración de personal:

Es común y más aún es totalmente entendible el hecho de que la aplicación de cambios de orden legal dentro de la estructura legal de un país, genere diversos problemas de orden jurídico, por afecciones propias que este tipo

⁸¹ *Código del Trabajo*. Codificación 2005-017. Suplemento del Registro Oficial N° 167 del 16 de Diciembre de 2005

de cambios provoca, pero los cambios que ha dado lugar la aprobación de nuevo orden Constitucional en nuestro país, dada su trascendencia ha generado o está generando enormes problemas, referentes a la administración del recurso humano, en las empresas públicas y particularmente en las empresas que actualmente soportan un periodo de transición desde sociedades mercantiles hacia sociedades de derecho público.

Los indicados problemas pueden presentarse en diversas situaciones y originarse en distintos factores:

4.2.1 Problemas referentes a la clasificación:

El Decreto Ejecutivo N° 1701⁸² emitido en fecha 30 de Abril de 2009, establece en sus distintos artículos disposiciones referentes a la contratación colectiva de trabajo en las Instituciones del Sector Público y Empresas Públicas estatales y establece en su artículo 1 numeral 1.1 que “La calificación de Obreras y Obreros, sujetos al Código del Trabajo y por ende a la contratación colectiva del trabajo, estará a cargo de la Secretaría Nacional técnica de desarrollo de recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público SENRES”

El indicado Decreto Ejecutivo, considera la necesidad de realizar ésta clasificación, a efectos de la aplicabilidad del Código del Trabajo para obreros y obreras y como consecuencia de aquello a efectos de la exclusión de los servidores que cumplen actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales y que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro de las entidades antes señaladas, quienes conforme se ha señalado anteriormente se sujetarías a las normas que regulan la administración

⁸² Decreto Ejecutivo N°1701. R.O. N° 592 del 18 de Mayo de 2009.

públicas, en materia de recursos humanos, en el caso de las Empresas Eléctricas, a la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Establece el mentado Decreto Ejecutivo 1701, en su disposición transitoria PRIMERA que las distintas autoridades nominadoras de las Unidades DE Recursos humanos de las Instituciones y Empresas Públicas, en un término de 45 días deberían remitir a la SENRES, a efecto de la indicada clasificación, los listados de su personal con las funciones y responsabilidades asignadas a cada cargo, siendo obligación de la SENRES en un término de 90 días proceder con la mentada clasificación.

De igual manera el Decreto Ejecutivo 225 ⁸³ emitido en fecha 18 de Enero de 2010 en su Art.1 que sustituye el inciso final del numeral 1.1 del Art.1 del Decreto Ejecutivo 1701 endilga la responsabilidad de la clasificación al Ministerio de Relaciones Laborales cuando señala que “la clasificación de obreros y obreras, sujetas al Código del Trabajo y por ende a la Contratación Colectiva, estará a cargo del Ministerio de Relaciones Laborales”.

Vale tener en consideración que esta obligación se establece nuevamente en el indicado decreto Ejecutivo a efectos de la aplicabilidad del Código del Trabajo para obreros y obreras y como consecuencia de aquellos a efectos de la exclusión de los servidores no amparados por el mismo.

Las citadas disposiciones, a mi entender, no buscan definir, pues no podría a través de decretos ejecutivos modificarse lo establecido en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el régimen legal aplicable en las indicadas empresas, sino básicamente la protección o no del Contrato Colectivo en cuanto a sus beneficios, manteniéndose el señalado régimen legal aplicable a los servidores de carrera en Ley Orgánica de Empresas Públicas, Código del

⁸³ Decreto Ejecutivo N°225 R.O. N° 123 del 4 de Febrero de 2010).

Trabajo y solamente cuando la norma se remita o aquello, la Ley Orgánica de Servicio Público.

Se debe tener en consideración un asunto que es importante, cual es que a diferencia de lo que antes acontecía, es actualmente el Ministerio de Relaciones Laborales el organismo encargado de la administración del talento humano y ejerce la rectoría de remuneraciones del sector público, es decir se le asignaron las facultades y deberes que antes correspondían a la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público (SENRES), actuando por tanto como ente regulador único en materia laboral tanto para el sector público como para el sector privado.

Como dato ilustrativo debo indicar que la mentada clasificación se halla pendiente de emitirse por parte del Ministerio de Relaciones Laborales, en la mayoría de los casos en las Empresas Eléctricas, hasta la presente fecha.

La indicada situación, es decir el incumplimiento por parte del Ministerio de Relaciones Laboral en cuanto a la clasificación, obedece a mi entender, en buena medida a dificultades propias de una clasificación esto es de establecer para cada caso o cada grupo de trabajadores los parámetros que habrían de considerarse a efecto de definirlos como obreros o no y que durante muchos años a generado serios problemas de orden judicial, situación que se torna más grave y difícil si consideramos que dicha labor de clasificación, debe realizarse por parte de un ente absolutamente ajeno a la realidad de las instituciones o empresas donde debe ejecutarse, que no conoce sus realidades, que tipos de funciones cumple, que tipo de esfuerzo físico o mental requiere cada función, etc.

Vale considerar que la ejecución de un trabajo demanda habilidades, destrezas y conocimientos y por tanto la presencia indisoluble de las dos categorías: labor física y labor intelectual, debiendo considerar que todo tipo

de trabajo, independientemente de su complejidad, ha de ser realizado con la presencia de estas dos categorías, cuya ausencia implicaría que el trabajo no se lo pueda realizar.

Resultaría muy pobre definir como concepto que establezca la diferencia entre unas y otras labores, el simple esfuerzo físico o intelectual, pues existen otros factores como son la responsabilidad, la complejidad, el riesgo, la preparación académica, la experiencia, etc. todo lo cual torna más difícil la labor de clasificación.

Frente a ésta dificultad lo más fácil sería que exista una única norma (Código del Trabajo) que regule la prestación de servicios en todos los sectores, no obstante en nuestra organización constitucional (Art.326.16) se mantiene esta diferenciación, lo cual genera en muchos casos inequidades, ineficiencias y desamparo.

Vale considerar que si bien el concepto que serviría de base para la clasificación sería la mayor o menor labor física o intelectual de un trabajador, a efectos de la aplicación del Código del Trabajo para los obreros del sector y empresas públicas, esta misma razón haría pensar en la contradicción de que este mismo cuerpo normativo si ampare a personas que realizan labores donde prevalece el trabajo intelectual, del sector privado.

4.2.2 Problemas Jurídicos referentes al límite de amparo del Código del Trabajo y Contratación Colectiva

Conforme se evidenció del contenido de los Decretos Ejecutivos 1701 y 225, el objetivo fundamental de la clasificación de los servidores de las Instituciones Públicas y Empresas Públicas, es a efectos de determinar la aplicabilidad del Código del Trabajo para obreros y obreras, y como consecuencia de aquello establecer la exclusión de dicho amparo respecto

de los servidores que cumplen actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales y que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro de las entidades antes señaladas, quienes conforme se ha señalado anteriormente se sujetarías a las normas que regulan la administración públicas, en materia de recursos humanos, en el caso de las Empresas Eléctricas, a la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Como consecuencia de las dificultades y problemas relacionados con el proceso de clasificación de los servidores de las Instituciones y Empresas Públicas, surge el problema del límite de amparo del Código del Trabajo y Contratos Colectivos del Trabajo.

De manera inicial vale recordar el Art. 326 de la Constitución de la República del Ecuador ⁸⁴ que señala, dentro de los principios que sustentan el derecho al trabajo, en su numeral 16, el que “en las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas, profesionales, su sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Aquellos que no incluyen en ésta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo”.

La indicada norma nos brinda ya una primera e importantísima referencia respecto del límite de amparo del Código del Trabajo y como consecuencia de aquello, el límite de amparo de la contratación colectiva, limitando la misma para los obreros y obreras de las Instituciones y Empresas públicas.

⁸⁴ *Constitución de la República. R.O. N°449 del 20 de Octubre de 2008.*

En absoluta coherencia con el citado texto Constitucional, la Ley Orgánica de Empresas Públicas ⁸⁵, en su Art. 26 titulado CONTRATO COLECTIVO establece de manera textual que “En las empresas públicas o en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos están excluidos de la contratación colectiva el talento humano que no tenga la calidad de obreros en los términos señalados en esta Ley, es decir, los Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción, en general quienes ocupen cargos ejecutivos, de dirección, representación, gerencia, asesoría, de confianza, apoderados generales, consultores y los Servidores Públicos de Carrera”.

Establecida la clasificación de los servidores públicos, tendríamos entonces que como consecuencia de la misma, exclusivamente los obreros se hallarían amparados por las normas laborales, llámense Código del Trabajo o Contratos Colectivos de Trabajo, mientras que los otros servidores se sujetaría al derecho administrativo, llámense Ley Orgánica de Empresas Públicas y subsidiariamente Ley Orgánica de Servicio Público.

Si bien en un inicio, esta situación al parecer no provocaría mayor problema, no obstante en la práctica encontramos que si genera arduos problemas de orden jurídico, dado que es conveniente a los intereses de los servidores percibir el amparo de la Contratación Colectiva, en cuanto a aspectos como la estabilidad y la penalización por violentarse dicha garantía, particular que conllevará a servidores no clasificados como obreros a plantear demandas de orden laboral, ante Jueces del Trabajo a efecto de hacerse acreedores de beneficios como los señalados.

Adicionalmente el problema de amparo del Código del Trabajo, respecto de los servidores de carrera, en las Empresas Públicas surge respecto de la

⁸⁵ *Ley Orgánica Empresas Públicas R.O. N° 48 del 16 de Octubre de 2010.*

sujeción que dicha Ley realiza en sus preceptos respecto del Código del Trabajo, conforme se analizará más adelante.

4.2.3 Problemas Jurídicos referentes a la aplicación del régimen disciplinario.-

Profundamente vinculado a lo señalado anteriormente, esto es la clasificación de los servidores de las Instituciones y particularmente de las Empresas Públicas de propiedad del Estado, y , como consecuencia de aquello el amparo o no del régimen establecido en el Código del Trabajo y Contratos Colectivos del Trabajo, surge el tema relacionado con la aplicación del régimen disciplinario al interior de la Empresa Pública.

En una primera mirada podríamos sostener que para aquellos servidores clasificados como obreros, el régimen disciplinario aplicable es aquel considerado en el Código del Trabajo, relativo a prohibiciones y obligaciones de los trabajadores y causales de visto bueno, todo en relación con el Reglamento Interno de Trabajo que exista al interior de la Empresas Pública para los obreros.

Esta situación no dejaría entrever mayores problemas para esta categoría de servidores, pues el incumplimiento de obligaciones o el incurrirse en prohibiciones por parte de aquellos implicaría la aplicación de sanciones de orden laboral relacionadas con amonestaciones, multas y la más grave la terminación de las relaciones laborales previo el trámite de Visto Bueno, esto es previa la autorización administrativa emitida por el Inspector del Trabajo.

Distinta es la situación para aquellos servidores no clasificados como obreros y para los cuales por tanto es aplicable el régimen que regula la administración pública, en el caso de las sociedades de derecho público, materia de estudio, la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

No indicado haría considerar que no se aplicaría para estos servidores el régimen disciplinario considerado en el Código del Trabajo y Reglamento Interno de Trabajo, sino la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Vale considerar que la Ley Orgánica de Empresas Públicas ⁸⁶en su art. 17 titulado “NOMBRAMIENTO, CONTRATACIÓN Y OPTIMIZACIÓN DEL TALENTO HUMANO”, particularmente en su segundo párrafo establece que será el Directorio de las Empresas Públicas el que “en aplicación de lo dispuesto por esta Ley, expedirá las normas internas de administración del talento humano, en las que se regularán los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano de las empresas públicas”.

Lo indicado nos llevaría a considerar que el régimen disciplinario para los servidores de las empresas públicas, no clasificados como obreros, se regularía en el aspecto del régimen disciplinario, por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, su reglamento general (a emitirse) y la normativa disciplinaria que emita el Directorio de cada Empresa.

De lo indicado, la inobservancia del régimen disciplinario sería sancionado a través de la imposición de sanciones y sumarios administrativos, cuya resolución administrativa, sería impugnabile en vía contencioso administrativa, de conformidad a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁸⁷, mientras subsistan los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y al Código Orgánico de la Función Judicial ⁸⁸,

⁸⁶ *Ley Orgánica Empresas Públicas R.O. N° 48 del 16 de Octubre de 2010.*

⁸⁷ *Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. R.O.N°338 del 18 de Marzo de 1968.*

⁸⁸ *Código Orgánico de la Función Judicial R.O. N° S 544 del 9 de Marzo de 2010.*

cuando se resuelva la integración de las Salas de lo Contencioso Administrativo.

No obstante lo indicado, en la mentada Ley Orgánica de Empresas Públicas, se establecen ciertas normas que para una mejor ilustración de lo señalado me permito citar textualmente, mismas que generan confusión y con seguridad acarrearán problemas en cuanto a la aplicación del régimen disciplinario al interior de las sociedades de derecho público:

“Artículo 32.- Solución de Controversias.- Las controversias que se originaren de las relaciones laborales entre las empresas públicas y sus servidores de carrera u obreros, serán resueltas por la autoridad del trabajo o los jueces de trabajo competentes, quienes para el efecto observarán las disposiciones especiales previstas en este Título”.

“Artículo 33.- Normas Supletorias.- En todo lo no previsto expresamente en este Título y siempre que no contraríe los principios rectores de la administración del talento humano de las empresas públicas, se estará a lo que dispone la Codificación del Código de Trabajo en lo relativo a la contratación individual.

4.2.4 Problemas referentes a la falta de claridad de las normas referentes a qué régimen legal debe aplicarse.-

Conforme ha quedado en evidencia, la claridad establecida en el Art.326.16 de la Constitución de la República del Ecuador ⁸⁹ se ve ensombrecida por disposiciones legales como las antes citadas, parte de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

⁸⁹Constitución de la República. R.O. N°449 del 20 de Octubre de 2008.

El legislador al promulgar la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁹⁰ pudo haber sido muy claro y consistente en la definición del ámbito regulatorio de la prestación de servicios de los servidores de las Empresas Públicas, en sus distintas categorías, no obstante desde un inicio al definir en el Art.18 la naturaleza jurídica de la relación con el talento humano, establece de manera equívoca que “serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro de las empresas públicas”, concluyendo a renglón seguido que la prestación de servicios del talento humano “se someterá de forma exclusiva a las normas contenidas en esta Ley y a la Codificación del Código del Trabajo, en aplicación de la siguiente clasificación:

- a. Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción.- Aquellos que ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y en general funciones de confianza.
- b. Servidores Públicos de Carrera.- Personal que ejerce funciones administrativas, técnicas en sus distintas especialidades y operativas, que no son de libre designación y remoción que integran los niveles estructurales de cada empresa pública.
- c. Obreros.- Aquellos definidos como tales por la autoridad competente. Para esta definición se considerarán los establecidos en el artículo 305 de la Codificación del Código del Trabajo para diferenciar a los obreros de los servidores públicos de carrera; adicionalmente, aplicando objetivos y de clasificación técnica, se incluirá dentro de este personal a los cargos de trabajadoras y trabajadores que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública.

⁹⁰ *Ley Orgánica Empresas Públicas R.O. N° 48 del 16 de Octubre de 2010.*

Conforme se evidencia de la norma citada, si bien el legislador señala las categorías para los distintos servidores, no puntualiza el régimen legal aplicable para cada uno de esas categorías y más bien al contrario dice de manera general que la prestación de servicios del talento humano “se someterá de forma exclusiva a las normas contenidas en esta Ley y a la Codificación del Código del Trabajo”, confusión o al menos falta de precisión, que se ve más complicada aún, cuando con posterioridad en los Arts. 32 y 33 titulados respectivamente “Solución de Controversias” y “Normas Supletorias”, establece que las controversias serán resueltas por la autoridad del trabajo o los jueces de trabajo, es decir sujetando todo el régimen de prestación de servicios al Código del Trabajo.

Vale considerar que el Art. Art.326 de la Constitución de la República del Ecuador ⁹¹ que considera los pilares fundamentales del derecho del trabajo, dentro de los cuales no hace diferenciación entre obreros y empleados, considera en su numeral 3 que “en caso de duda, sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras”.

Lo indicado podría llevar a las autoridades judiciales a sostener que la duda en cuanto al alcance del régimen legal aplicable a los servidores de carrera en las empresas públicas (respecto de los obreros no existe incertidumbre), llevaría a aplicar lo más favorable para aquellos sujetándolos al régimen del Código del Trabajo.

4.2.5 Problemas legales remunerativos

Estrechamente vinculado con todo lo antes señalado, surge los concerniente a problemas remunerativos que podrían, eventualmente presentarse en las sociedades de derecho público.

⁹¹ *Constitución de la República. R.O. N°449 del 20 de Octubre de 2008.*

En el mismo orden de ideas antes señalado no supondría mayor problema el régimen remunerativo para los obreros, que estaría determinado por el Código del Trabajo y los Contratos Colectivos del Trabajo, en aquellas Empresas Públicas, en las cuales se haya suscrito los indicados documentos de contratación colectiva.

Nuevamente el problema surge respecto de la determinación del régimen remunerativo para los servidores no clasificados como obreros, debiendo en este caso aplicarse el mandato constante en el Art.17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁹² titulado “NOMBRAMIENTO, CONTRATACIÓN Y OPTIMIZACIÓN DEL TALENTO HUMANO”, que establece que será el Directorio de las Empresas Públicas en aplicación de lo dispuesto por esta Ley, quien expedirá las normas internas de administración del talento humano, que regularán los aspectos relacionados con las remuneraciones para el talento humano”.

Lo indicado, al parecer dejaría entrever una cierta liberalidad para la fijación remunerativa de los servidores tanto de carrera, cuanto de libre remisión, al interior de las Empresas Públicas, no obstante dicha determinación o política remunerativa, necesariamente deberá sujetarse a los límites previstos en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en la Ley Orgánica del Servicio Público, cuando expresamente hace extensiva éstas normas para las sociedades de derecho público, a los Mandatos Constituyentes 2, 4 y 8, el Reglamento al Mandato Constituyente 8 y a los Decretos Ejecutivos 1701 y 225, todas éstas disposiciones que contiene regulaciones referentes a la fijación remunerativa y beneficios en las Empresas públicas.

⁹² *Ley Orgánica Empresas Públicas R.O. N° 48 del 16 de Octubre de 2010.*

4.2.6 Problemas relacionados con la Contratación Colectiva en las sociedades de Derecho Público

Las sociedades mercantiles de propiedad del Estado, mientras desarrollaron (desarrollan) sus actividades en el marco regulatorio de las sociedades mercantiles privadas, sujetaron la regulación de la prestación de servicios de sus servidores al Código del Trabajo y principalmente a los Contratos Colectivos de Trabajo.

A efecto de la suscripción de los contratos colectivos de trabajo, que debido a su prevalencia, las condiciones de los contratos individuales debían sujetarse a aquellos, las indicadas sociedades no tuvieron a lo largo del tiempo mayor regulación que no sean los lineamientos otorgados por sus organismos directivos, léase Directorios – Junta General de Accionistas, situación que conllevó que en éstos cuerpos regulatorios colectivos, los distintos sindicatos logren una gran cantidad de beneficios e incluso excesos de orden laboral, en asunto como beneficios, indemnizaciones, etc.

Esta situación se mantuvo hasta la promulgación de dos importantes cuerpos normativos: la Ley para la Transformación Económica del Ecuador TROLE⁹³, así como hasta la promulgación de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCAA⁹⁴, normas que ya consideraron una serie de limitantes y “techos” en cuanto a beneficios e indemnizaciones, normas que debían observarse a efecto de la suscripción de los distintos contratos colectivos de trabajo, en el sector público.

⁹³ *Ley para la Transformación Económica del Ecuador S.R.O. N° 34 del 13 de Marzo de 2000*

⁹⁴ *Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de remuneraciones del Sector Público. Codificación R.O. N° 16 del 12 de Mayo de 2005.*

En la actualidad así mismo coexisten una serie de cuerpos normativos que regulan y limitan, tanto el alcance de los contratos colectivos a suscribirse en las Instituciones del Sector Público, como en las Empresas Públicas, preceptos que deben ser observados imperativamente, tanto por las Autoridades de dichas instituciones, como por parte de las autoridades del trabajo y de los Organismos de Control.

La indicada liberalidad de negociación de los contratos colectivos, que solamente fue afectada en periodos anteriores por las dos citadas normas, actualmente debe sujetarse, al interior de las Empresas Públicas a límites y disposiciones previstas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en la Ley Orgánica del Servicio Público, en algunos aspectos en que expresamente hace extensiva la norma para las sociedades de derecho público, a los Mandatos Constituyentes 2, 4 y 8, el Reglamento al Mandato Constituyente 8 y a los Decretos Ejecutivos 1701 y 225, todas éstas disposiciones que contiene regulaciones referentes a la fijación remunerativa y beneficios en las Empresas Públicas.

Esta situación debe generar que la contratación colectiva en el sector público, se vea limitada en cuanto a beneficios exagerados y abusivos, antes existentes, que se los aceptaba sin mayor discusión, pues de todas maneras quienes negociaban los contratos colectivos, no los negociaban con sus propios recursos, sino con los recursos de las empresas mercantiles de propiedad del Estado y más aún cuando ellos eran beneficiarios de las prerrogativas consideradas en los distintos cuerpos legales.

La indicada situación se halla generando o al menos debe generar que cambie la Contratación Colectiva en nuestro país en el sector público, considerando dentro de éstas a las sociedades de derecho público.

CONCLUSIONES.-

- La Constitución Política del Estado (1998) al estructurar la economía ecuatoriana preveía dos grandes grupos que conformaban la misma, por un lado las Instituciones Públicas definidas en el Art.118 del indicado texto Constitucional y las personas jurídicas del sector privado.
- De conformidad al Art.118 de la Constitución Política del Estado, el sector público Ecuatoriano se hallaba conformado por los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial, los organismos electorales, los organismos de control y regulación, las entidades que integraban el régimen seccional autónomo, los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado y las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
- Dentro de las indicadas Instituciones del sector público, no se hallaban consideradas varias sociedades mercantiles que siendo de propiedad del Estado o sus instituciones habían sido creadas mediante actos societarios, como son las Empresas Eléctricas.
- Las sociedades mercantiles privadas, de propiedad del Estado o sus Instituciones al no estar consideradas dentro del sector público, desarrollaban sus actividades en el marco del derecho privado, para todos los distintos aspectos, principalmente para el laboral.
- Con la promulgación de la Constitución de la República (2008), se mantiene la organización de la economía en nuestro país en similar condición que con la Constitución Política de la República (1998).

- Que el actual Art.225 de nuestro actual texto constitucional establece la conformación del sector público ecuatoriano, integrado por los organismos y dependencias de las funciones ejecutiva, legislativa, judicial, electoral y de transparencia y control social, las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado, los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado, y las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.
- Que no obstante mantener una estructura similar, la organización de nuestra actual economía, considera una categoría adicional denominada Empresas Públicas.
- El marco constitucional que regula la existencia de las Empresas públicas no se halla desarrollado dentro del capítulo referido a la Administración Pública del texto constitucional, sino del capítulo dirigido a la regulación de los sectores estratégicos, servicios y empresas públicas.
- La no inclusión de las empresas públicas, dentro del régimen de la administración pública se orienta de manera deliberada, a no considerar a éste importante segmento de la economía como parte de éste sector, sino establecer un régimen inédito para las gestión de los sectores estratégicos de la economía, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento de recursos naturales o de bienes públicos.

- Dentro de éste segmento de la economía se considera a las anteriores (actuales) sociedades mercantiles del sector eléctrico de propiedad del Estado o sus Instituciones, mismas que a futuro deberán mantener una estructura de sociedad de derecho público.
- Las sociedades mercantiles del sector eléctrico, actualmente se hallan afrontando el régimen de transición previsto en la Ley Orgánica de Empresas públicas que considera que mientras se lleva a efecto este régimen las mismas se sujetarán a la normativa privada en aspectos de orden societario, mientras que para los otros efectos, particularmente para los aspectos laboral, tributario, contractual, de control y funcionamiento deberán ya sujetarse a las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.
- El actual texto constitucional establece que las empresas públicas funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos sociales y ambientales.
- Existen notables similitudes en cuanto a su conformación y marco normativo aplicable, entre las Instituciones del Sector Público y las Empresas Públicas, por el mismo concepto de constituir sociedades de derecho público, no obstante en varios aspectos se distinguen o deberían distinguirse notablemente.
- En el marco normativo que regulará la existencia de las Sociedades de Derecho Público, perviven la aplicación en ciertos aspectos de normas establecidas para el sector privado, en otros aspectos de normas establecidas para el sector público y de normas específicas definidas para empresas pública, lo cual nos lleva a pensar que la

intención del Constituyente y legislador, no es dar a éstas sociedades, ni el carácter de institución pública, ni el de empresas privada, sino un inédito régimen denominado Sociedad de Derecho Público.

- Nuestra constitución considera la figura del servidor público, como aquella persona que bajo cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.
- El aspecto laboral para el Sector Público Ecuatoriano, como para las Sociedades de Derecho Público, se halla en grandes rasgos definida en el Art.326.16 del texto constitucional que considera que en las Instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes que regulen la administración pública, mientras que aquellos que no se incluyen en ésta categorización (obreros) estarán amparados por el Código del Trabajo y Contratos Colectivos del Trabajo.
- Cuando el texto constitucional establecido en el Art. 326.16 se refiere a normas que regulan la administración pública, en materia de recurso humano, no se refiere únicamente a la Ley Orgánica de Servicio Público, sino también a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, misma que también puede ser considerada en dicha categoría.
- Las sociedades de derecho público se sujetan, para la administración de su personal, al Código del Trabajo en cuando se refiere a sus obreros, mientras que para sus funcionarios a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, de manera supletoria al Código del Trabajo y en forma muy puntual a la Ley Orgánica de Servicio Público.

- Los mecanismos de contratación o nombramiento previstos en la Ley Orgánica de Empresas Públicas difieren de aquellos previstos en el Código del Trabajo y Ley de Servicio Público.
- Si bien la Ley Orgánica de Empresas Públicas constituye una norma de administración pública, en varios aspectos relacionados con la administración del recurso humano, se recurre al Código del Trabajo en varios aspectos, confundiendo de alguna manera las regulaciones vinculadas al manejo de personal del sector privado y obreros, con las regulaciones relacionadas a los funcionarios de las empresas públicas.
- El hecho de confundirse o mezclarse los regímenes de administración de personal, conforme se lo hace en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, pueden generar enormes conflictos legales relacionados con la administración del personal de las sociedades de derecho público, especialmente en aspectos relacionados a la jurisdicción aplicable en casos de controversias.
- Del análisis de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, sin contarse aún con su Reglamento General de aplicación, se sugiere que las controversias suscitadas entre las indicadas sociedades y sus obreros y funcionarios de carrera, se sujetan a los Jueces del Trabajo, particular que constituye una gran distinción respecto del régimen de solución de controversias a aplicarse en las Instituciones Públicas, que se refiere a la impugnación vía Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

BIBLIOGRAFIA:

- Dromi, Roberto José. 2006. Derecho Administrativo. Buenos Aires - Argentina. Editorial Astrea.
- AriñoOrtiz, Gaspar. 2004. Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Granada – España. Editorial Comares.
- Morales Tobar, Marco 2010. Derecho Procesal Administrativo. Loja - Ecuador. Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja
- Constitución de La República del Ecuador. R. O. N° 449 del 20 de Octubre de 2008.
- Mandato Constituyente N° 2 S.R.O. N° 261 del 28 de Enero de 2008.
- Mandato Constituyente N°4 S.R.O. N° 273 del 14 de febrero de 2008.
- Mandato Constituyente N°8 R.O. N°330 del 6 de Mayo de 2008
- Ley Orgánica Reformatoria del Mandato Constituyente N° 2. R.O. N°517 del 29 de Enero de 2009
- Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O. N° 48-S del 16 de Octubre de 2009
- Ley Orgánica de Servicio Público. R.O. N° 294 del 6 de Octubre de 2010
- Código Orgánico de la Función Judicial. R.O. N° S 544 del 9 de Marzo de 2010.
- Código Civil. R.O. N°46-S del 24 de Junio de 2005 (Codificación).
- Código del Trabajo. R.O. N°167-S del 16 de Diciembre de 2005.

- Ley de Compañías. R.O. N°312 del 5 de Noviembre de 1999
- Código de Comercio. R.O. N°1202-S del 20 de Agosto de 1960
- Ley de Régimen del Sector Eléctrico. R.O. N°43-S del 10 de Octubre de 1996.
- Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. R.O. N° 338 del 18 de Marzo de 1968.
- Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada. R.O. N°349 del 31 de Diciembre de 1993
- Ley para la Transformación Económica del Ecuador S.R.O. N° 34 del 13 de Marzo de 2000
- Decreto Ejecutivo N°1701. R.O. N° 592 del 18 de Mayo de 2009.
- Decreto Ejecutivo N°225 del 4 de Febrero de 2010.
- Decreto Legislativo N°36. R.O. N° 229 del 11 de Julio de 1980.
- Reglamento para la aplicación del Mandato Constituyente N° 8. R.O. N° 353 del 5 de Junio de 2008
- Constitución Política del Estado R.O. N°1 del 11 de Agosto de 1998.
- Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de remuneraciones del Sector Público (codificación). R.O. N° 16 del 12 de Mayo de 2005 (derogada).
- Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de remuneraciones del Sector Público. R.O. N° 505 del 17 de Enero de 2005.(derogado).

- Proyecto de Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de remuneraciones del Sector Público.
- Registros Oficiales varios.
- Absoluciones varias Procuraduría General del Estado varias.

INDICE:

Presentación	I
Declaratoria de Autoría	II
Cesión de Derechos de Autor	III
Autorización del Director	IV
Agradecimiento	V
Dedicatoria	VI
Introducción	1

Capítulo 1

El régimen del trabajo en las sociedades mercantiles de propiedad del Estado.-

1.1 Régimen legal de conformidad a la Constitución Política del Estado (1998).....	4
1.2 Aplicabilidad del Código del Trabajo: Régimen individual y Régimen colectivo	8
1.3 Aplicabilidad normas de exclusión de Contratos Colectivos..	10
1.4 Régimen de los Representantes Legales	13
1.5 Régimen del Trabajo en las Sociedades Mercantiles Eléctricas de propiedad del Estado	15

1.6 Promulgación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y su afección a las Sociedades Mercantiles Eléctricas	21
---	----

Capítulo 2

El régimen del trabajo en las sociedades de derecho público, de conformidad al nuevo Constitucionalismo Ecuatoriano.-

2.1 El Sector Público y las Sociedades de Derecho Público...	26
2.2 El Régimen de las Empresas Públicas.....	32
2.3 El régimen laboral en el marco del nuevo Constitucionalismo y la Ley de Empresas Públicas	36

Capítulo 3

La Ley Orgánica de Empresas Públicas.-

3.1 Régimen Laboral para Empresas Públicas.....	38
3.2 Contratación Laboral en el marco de la Ley Orgánica de Empresas Públicas	46
3.3 Jurisdicción para efectos de reclamos	49
3.4 Aplicabilidad del Código del Trabajo y de la Ley Orgánica de Servicio Público, antes de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de Remuneraciones del Sector Público.	53
3.5 Régimen de transición de acuerdo a la Ley Orgánica de Empresas Públicas	57

Capítulo 4

La administración de personal en las Empresas Públicas.-

4.1 Régimen de Administración de personal a aplicarse.....	60
4.2 Problemas de orden legal y judicial que podrían presentarse dentro de la administración de personal	63
4.2.1 Problemas referentes a la Clasificación	64
4.2.2 Problemas referentes al límite de amparo del Código del Trabajo y Contratación Colectiva	67
4.2.3 Problemas jurídicos referentes a la aplicación del régimen disciplinario	70
4.2.4 Problemas referentes a la falta de claridad de las normas respecto a qué régimen legal debe aplicarse	72
4.2.5 Problemas legales remunerativos	74
4.2.6 Problemas relacionados con la Contratación Colectiva en las sociedades de Derecho Público	76
Conclusiones	78
Bibliografía	83
Índice	86