

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

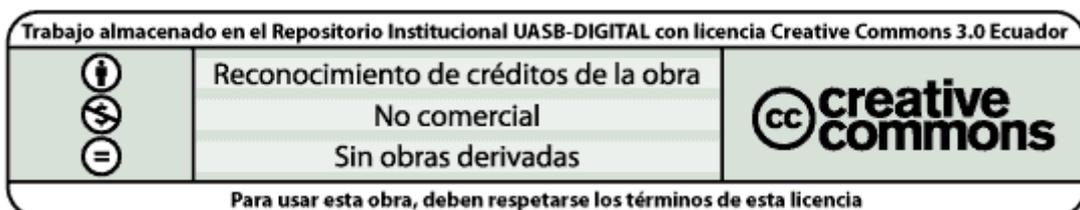
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Derecho Administrativo

La problemática del derecho a la estabilidad y permanencia de los servidores públicos en el Ecuador

Lino Vinicio Valencia Zumba

2015



Yo, Lino Vinicio Valencia Zumba, autor de la tesis intitulada “La problemática del derecho de la estabilidad y permanencia de los servidores públicos” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho, mención Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtuales, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto a los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda la responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 21 de mayo de 2015

Lino Vinicio Valencia Zumba
CC. 1715579320



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMON BOLIVAR**
Ecuador

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho, Mención Derecho Administrativo

**La problemática del derecho a la estabilidad y permanencia de los servidores
públicos en el Ecuador**

Lino Vinicio Valencia Zumba

Tutor: Dra. María del Carmen Jácome

Quito – Ecuador

2015

Resumen

La estabilidad del trabajador en nuestro país ha sido por décadas cuestionada en vista del mal uso de esta institución por parte de empleadores y trabajadores.

El incremento de contratos de servicios ocasionales, el recurso de nombramientos provisionales, supresión de partidas, cancelación de contratos ocasionales y aplicación de la compra de renuncias obligatorias, han generado un evidente deterioro de la estabilidad laboral con la cual el servidor público contaba.

La inserción de una figura como la compra de renuncias obligatorias, a todas luces violatoria de los derechos constitucionales del servidor público, ha generado un nuevo procedimiento arbitrario con el cual las entidades públicas ejecutan el despido intempestivo del servidor, sin cumplirse un debido proceso de separación laboral, con evidente vulneración del legítimo derecho a la defensa.

Esto ha motivado mi interés por realizar un estudio respecto de la estabilidad y permanencia laboral del servidor público y cuál es su percepción al respecto, ante la aplicación de recursos por parte del Estado que generan diversas formas de relación laboral, y la precariedad de la estabilidad y permanencia laboral.

Agradecimiento

A Dios, ya que sin su intervención en mi vida, no existiría este trabajo.

A mi madre, por la herencia del amor, perseverancia y sacrificio que me transmitió a muy corta edad.

A mi familia, cada vez más grande, quienes han servido de fortaleza en la construcción de este nuevo reto.

Sin ustedes, nada de esto sería real. Muchas gracias por todo el amor.

Índice

Capítulo primero -----	10
Contenido mínimo del derecho al trabajo -----	10
<i>1. El servidor público y los sistemas jurídicos (breves generalidades conceptuales).</i> --	<i>10</i>
1.1 Sistema jurídico francés. -----	11
1.2. Sistema jurídico anglosajón. -----	13
1.3. Sistema jurídico del common law -----	14
<i>2. Principios constitucionales del derecho al trabajo de los funcionarios públicos</i> -----	<i>16</i>
Capítulo segundo -----	19
Derecho a la estabilidad en el sistema jurídico ecuatoriano -----	19
<i>1. Sistema jurídico ecuatoriano.</i> -----	<i>19</i>
1.1 Nivel jerárquico superior. -----	20
1.2. Nivel medio. -----	23
1.3. Nivel técnico.-----	24
1.4. Nivel operativo. -----	25
<i>2. Derecho a la estabilidad</i> -----	<i>26</i>
<i>3. Estabilidad y permanencia del servidor público. Contenidos esenciales de este derecho.</i> -----	<i>33</i>
<i>4. Principio de legalidad</i> -----	<i>38</i>
<i>5. Los decretos y su alcance normativo.</i> -----	<i>42</i>
<i>6. Principio de supremacía constitucional.</i> -----	<i>45</i>
<i>7. Control constitucional.</i> -----	<i>49</i>
7.1. Control abstracto. -----	50
7.2. Control concreto. -----	51
Capítulo tercero -----	53

Problemática de la estabilidad y permanencia del servicio público en el Ecuador	53
<i>1. Análisis del manejo de contratos por servicios ocasionales.</i>	53
<i>2. Análisis del decreto ejecutivo 813: legalidad y constitucionalidad de la compra de renuncias obligatorias.</i>	59
2.1. Decreto ejecutivo 813.	62
2.2. Análisis constitucional.	64
<i>3. Estudio de la supresión de partidas en el servicio público.</i>	74
<i>4. Cargos jerárquicos de libre nombramiento y remoción en la carrera administrativa.</i>	77
Conclusiones y recomendaciones	80
<i>Conclusiones</i>	80
<i>Recomendaciones</i>	81
Bibliografía	84
<i>Jurisprudencia</i>	86

Introducción

Bajo el parangón de una Constitución de derechos y justicia, social, se establece el derecho a la estabilidad laboral del servidor público, mismo que de acuerdo con el artículo 229 de la Constitución de la República, es irrenunciable.

El Ejecutivo, en su afán de depurar el sistema público, mediante Decreto Ejecutivo 813 de 7 de julio de 2011, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de julio del mismo año, incorporó en el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, la obligatoriedad en la compra de renuncias con indemnización, lo cual vulnera el ordenamiento jurídico en el cual se amparan los derechos del servidor público.

Es como la presente investigación inicia en el Capítulo I con un análisis de la función pública en los sistemas jurídicos francés, anglosajón y del common law, en los cuales la estructura del servicio público es sólida y su base fundamental para ello es la estabilidad, permanencia y promoción del servidor público. Posteriormente determinaremos las categorías de los servidores públicos en el Ecuador, los principios constitucionales del derecho al trabajo, principio de legalidad y derecho a la estabilidad de cada uno de ellos.

Respecto a la estabilidad, analizaremos los criterios de varios tratadistas a fin de determinar si la estabilidad del servidor público consagrada en la Constitución de la República se constituye en una estabilidad absoluta – propia o relativa - impropia

En el segundo capítulo analizaremos la problemática en si del servicio público en el Ecuador y como el manejo excesivo de contratos de servicios ocasionales, la compra de renuncias obligatorias, supresión de partidas y cargos jerárquicos de libre nombramiento y remoción en la carrera administrativa atentan a la estabilidad del trabajador estatal.

Ya inmersos en el análisis del Decreto Ejecutivo 813 y la inserción de la compra de renuncias obligatorias al Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público, será necesario estudiar el principio de supremacía constitucional, la constitución como fuente de fuentes en el sistema jurídico ecuatoriano y finalmente

determinar el control constitucional de nuestra carta magna, que de conformidad con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, este es de carácter abstracto y concreto.

Finalmente, en las conclusiones y recomendaciones se determinará si existe o no estabilidad para el servidor público y el grado de indefensión ante la aplicación de figuras como la compra de renuncias obligatorias. También propondremos métodos y procedimientos con los cuales se garantice la estabilidad y permanencia del servidor público.

Es menester señalar que el propósito de esta investigación no es el de buscar métodos o técnicas para perennizar al servidor público en su cargo, sino el de garantizar los derechos de los trabajadores estatales que a menudo suelen verse inmersos en los vaivenes y desvíos de poder.

Capítulo primero

Contenido mínimo del derecho al trabajo

1. El servidor público y los sistemas jurídicos (breves generalidades conceptuales).

A lo largo del tiempo, el servicio público se ha constituido en la principal herramienta del Estado sin importar la estructura que éste tenga, así lo podemos evidenciar en la historia mundial, en la cual independientemente de si se trataba de un imperio o un Estado bajo cualquiera de sus formas de gobierno, siempre existió una misma necesidad imprescindible, el trabajador estatal.

Es con ello que nacen diversas formas de contratación y administración del personal al servicio del Estado, cuyo objetivo primordial fue buscar la excelencia del funcionamiento del aparataje estatal, principalmente a través del correcto desempeño de sus trabajadores.

¿Pero quién se constituye en empleado del Estado? En simple descripción o definición diremos que toda persona que proporcione un servicio o actividad remunerada en beneficio del Estado. Independientemente de la denominación que se le haya proporcionado al trabajador (servidor, funcionario o empleado público), este cumple un mismo fin, el de servir a nombre del Estado, a sus mandantes.

Para el tratadista José María Obando Garrido, el empleado público es la persona que labora de manera habitual y permanente en la Administración Pública, en un destino u ocupación que le permite ejecutar funciones propias del Estado. Su significación etimológica proviene del verbo latín *implicare*, esto es, estar incluido en una actividad o estar comprometido con los asuntos del Estado.¹

Justo López manifiesta que el funcionario público es aquel trabajador que se “obliga a realizar para su patrono -el Estado- ciertas prestaciones cuyo contenido es el

¹ José María Obando Garrido, Tratado de Derecho Administrativo Laboral, (Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2001), 237.

ejercicio de poderes delegados por éste, del mismo modo que un factor o dependiente actúa en ejercicio de poderes delegados por su empleador”.²

Si afirmamos que el trabajador estatal o servidor público se constituye en aquel engranaje primordial de funcionamiento de un Estado, también será importante señalar los sistemas jurídicos que nos demuestran la evolución de la relación Estado – servidor público, a las que hace referencia el tratadista Ramón Parada en su obra Derecho Administrativo y que analizaremos en adelante.

1.1 Sistema jurídico francés.

En el sistema francés, con el propósito de hacer efectivo el servicio público, se llevó a cabo cambios drásticos hasta constituirse en un ejemplo de administración pública. Es así que previo a la emisión de la Constitución Napoleónica, el Estado Francés tenía dos formas de contratación: los denominados titulares de oficio cuya particularidad se centraba en la titularidad del cargo que desempeñaba, a tal punto que el mismo podía ser heredado, lo cual evidenciaba por decir lo menos, que el propietario del cargo dejaba de ser del Estado y pasaba a constituirse en una propiedad personal; y, los cargos de carácter político que eran desempeñados por los comisarios, los cuales podían ser removidos libremente por el rey.³

Superada la Revolución Francesa, una vez promulgada la Constitución napoleónica se inician una serie de cambios en la contratación de los funcionarios públicos, quienes basados en la escalonada carrera militar, dan lugar a la carrera administrativa, cuyo propósito era garantizar la permanencia del servidor público.⁴

Con la creación de la carrera administrativa, la necesidad de contar con puestos jerarquizados no se hizo esperar, los mismos se diferenciaban por la remuneración y el trabajo desempeñado por el trabajador. Es así como se configuran dos tipos de ascensos: El ascenso remuneratorio, catalogado por los franceses como escalafón, el cual consistía en el reconocimiento meramente económico como premio a la fidelidad del servidor

² Juan Carlos Fernández Madrid, *Doctrinas Esenciales: Derecho del Trabajo/1ª ed.* (Buenos Aires, Editorial FEDYE, Tomo II, 2010), 386.

³ Ramón Parada, *Derecho Administrativo II: Organización y empleo público*, (Madrid, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, 2012), 351-354.

⁴ *Ibíd.*

público con la administración, es decir, todos los servidores ingresaban en igualdad de condiciones y con el pasar del tiempo se incrementaba su ingreso salarial más no cambiaba su situación laboral; y, el ascenso laboral, cuyo crecimiento no solo consistía en el emolumento económico, sino en el cambio de funciones de acuerdo con los méritos del trabajador.⁵

Una característica propia que tanto éxito le ha dado al servicio público francés, es la denominada formación del servidor público, la cual consistía en aquella capacitación específica para cada cuerpo y en muchos casos se intercalaba con un período de formación académica en centros especializados como la Escuela Nacional de Administración (ENA).⁶

Y es precisamente el trato entre Estado y funcionario público lo que crea un estado de confianza y reciprocidad, pues mientras el uno ofrece una profesión honrosa, retribución adecuada, formación cualificada y por ende una carrera administrativa, el otro lo recompensa con lealtad, dedicación y disciplina, “como si formara parte del clero o la milicia, según el expreso deseo del empleador”.⁷

Finalmente, como todo sistema jurídico, el Francés ha reflejado falencias principalmente en la estructura del servicio público por cuerpos, pues para pasar de un cuerpo a otro deberá el funcionario público necesariamente cumplir con un nuevo proceso de selección, lo cual lo transforma en un sistema cerrado. No precisamente sería malo si tomamos en cuenta la especificidad de cada uno de los cuerpos determinados por el sistema Francés, lo que si resulta inadmisibles es la desigualdad que pueda presentarse en base de privilegios de grupo que no siempre coincidirán con el interés general, o en palabras de Miguel Sánchez Morón, “facilita una cierta endogamia en detrimento de la pura aplicación del sistema de mérito y dificulta la gestión de los recursos humanos de la Administración”.⁸

En todo caso, es indudable no solo el éxito que ha tenido el sistema Francés en la implementación de su servicio público, sino que además se ha constituido en la base de

⁵ *Ibíd.*

⁶ *Ibíd.*

⁷ Miguel Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*, (Madrid, Editorial TECNOS, 2004), 27.

⁸ Sánchez Morón, “Derecho de la Función Pública”, 26-28.

muchos más sistemas donde la continuidad del empleado público se ha transformado en el factor del éxito.

1.2. Sistema jurídico anglosajón.

Para Ramón Parada, uno de los factores por el cual se le conoció a este sistema jurídico, es el denominado “spoils system” o “sistema de botín”, que no era más que la recompensa que sentían tener los ganadores de las elecciones, sobre los empleos públicos.

Aquel sistema de botín se profundizó en la presidencia de Andrew Jackson, quien consideraba que:

Cualquier ciudadano podía desempeñar un cargo público, pues no se requería para eso una especial formación o cualificación, que la designación de los funcionarios por los representantes elegidos por el pueblo, garantizaba su sintonía con la voluntad popular mayoritaria y que la periodicidad y brevedad de los mandatos evitaba la progresiva pérdida de la sensibilidad hacia esa voluntad, que caracteriza a los cargos vitalicios.⁹

El cambio en el sistema anglosajón no sería rápido, sin embargo una vez asesinado el presidente James Abram Garfield en 1881 a manos de un demandante de empleo público insatisfecho¹⁰ fue que se concretó en el año de 1883 la aprobación de la Pendleton Act, la cual era un reflejo fiel del Civil Service Commission, es decir, se contrarresta tanto favoritismo producto de las elecciones y se reconoce la capacidad y aptitud de las personas por medio de la selección abierta y transparente de personal.¹¹

El cambio producido por la Pendleton Act, no resultaría completo para los intereses de los funcionarios públicos, pues si bien de un lado el ingreso al servicio público se había regulado a través del mérito; por otro lado, se mantenía el ingreso de servidores originarios del sistema de botín, sobre todo los cargos directivos. A diferencia de los sistemas francés e inglés, una falencia notoria en el sistema norteamericano, se constituía en la falta de capacitación de sus funcionarios.

⁹ *Ibíd.*, 32.

¹⁰ *Ibíd.*, 33.

¹¹ Ramón Parada, “Derecho Administrativo”, 354-356.

Ya inmersos en el siglo XX, específicamente en el año de 1978, se lleva a cabo la reforma a la Pendleton Act, conocida como Civil Service Reform Act, la cual tiene como propósito garantizar la continuidad de la Administración y proporcionar garantías e incentivos al funcionario público. Este podríamos decir se constituye en el primer gran paso de una verdadera garantía de estabilidad del funcionario público, el cual además de ser formado para encaminarse en una carrera administrativa, se siente seguro pues la valorización de sus conocimientos han sido sobrepuestos a los intereses políticos que por muchos años fueron la tónica en el manejo de los puestos públicos norteamericanos.¹²

1.3. Sistema jurídico del common law

Ramón Parada manifiesta que el sistema jurídico del common law se ha caracterizado no precisamente por la estabilidad laboral que pueda tener un trabajador, puesto que ésta depende enteramente de la corona y su decisión resulta inapelable para el trabajador, sin embargo, el tratadista afirma que ésta pasa desapercibida debido al respeto del Estado y a la seguridad jurídica que emana de los textos legales y los tribunales.¹³

Inicialmente, “el servicio público estaba dirigido por una aristocracia en decadencia y nutrida por el sistema de patronage”¹⁴, que no era más que el beneficio de las clases acomodadas y por ende la escasa preparación del empleado; no se diga de un carente proceso de selección del mismo, lo cual acarreaba como consecuencia el tener personas incapaces e ineficientes al servicio del Estado.

Posteriormente, el ingreso al servicio público se lo efectuó con sistemas de selección transparentes independientemente del nivel o cargo al que va a aplicar el nuevo servidor público, garantizado además por la formación y preparación del trabajador independientemente de las líneas políticas. Marcadas diferencias con el sistema francés y el sistema de los Estados Unidos de Norteamérica, pues con el primero se rompe los paradigmas departamentales o de áreas especializadas, volviéndolo general para toda la administración pública; mientras que con el segundo, se rompe seguramente uno de los factores de mayor injusticia con el que no puede luchar una persona, el pago

¹² *Ibíd.*, 354-6.

¹³ *Ibíd.*, 356.

¹⁴ Sánchez Morón, “Derecho de la Función Pública”, 30-2.

de favores políticos o mejor conocido como sistema de botín, del cual me referiré más adelante¹⁵.

Partiendo de esto, Ramón Parada señala que la característica principal del servidor público general o interdepartamental, debía ser reflejado fundamentalmente por sus cualidades humanas y valores morales, dejando en segundo plano y por ello no menos importante, la formación, con la cual el funcionario era ubicado en una clase funcional, cuya experiencia era adquirida del trabajo diario y de la rotación por varias áreas de la administración.¹⁶

El panorama cambiaría a partir del año 1968, cuando el sistema inglés, por recomendación de la Comisión Fulton, bajo la premisa de que los procesos de decisión y gestión se había tornado lentos, deciden separar y diferenciar a la administración en dos grupos, lo denominados funcionarios generales y los especialistas. Este fue el paso inicial para una clasificación dentro de la administración pública, compuesta por un grupo directivo denominado como Senior Civil Service, un grupo superior, un grupo medio y un grupo administrativo.¹⁷

Las características de esta transformación también verían cambios en la selección del personal, mismo que pasó a ser de responsabilidad de cada ministerio, supervisado a su vez por una agencia que velaba por la transparencia de los procesos de reclutamiento y selección de personal.¹⁸

Los cambios implantados en una estructura laboral sólidamente establecida, traen a su vez reconocimientos, como el practicado a favor de la preparación del servidor público, es así que de acuerdo con el estudio realizado por Ramón Parada, el mayor porcentaje de directivos (58%), son aquellos que han ascendido de cargos inferiores, lo cual refleja indudablemente un estímulo preestablecido en la administración pública y el fomento de la carrera administrativa. La preparación del servidor público no termina en el ascenso u ocupación de un cargo directivo, sino que además el reconocimiento se

¹⁵ Ramón Parada, "Derecho Administrativo", 356-361.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.*

extiende en el tema remunerativo y en la estabilidad que la administración le garantiza a ese Senior Civil Service por medio de un contrato indefinido.¹⁹

Aquellos reconocimientos propios de la evolución de las relaciones laborales con el tiempo fueron incorporados en el catálogo de derechos registrados en la Constitución y la ley.

Entonces será necesario establecer cuáles son los principios constitucionales del derecho al trabajo de los servidores públicos.

2. Principios constitucionales del derecho al trabajo de los funcionarios públicos

Juan Montaña y Gina Chávez señalan que las obligaciones adquiridas por el Estado ante la comunidad internacional respecto de la protección de derechos humanos, le hace automáticamente garante de los derechos fundamentales establecidos y por ende asume la responsabilidad directa por las violaciones que se cometan dentro de su territorio, más aún, cuando estos derechos tienen eficacia hasta entre los particulares²⁰.

Como parte de aquel compromiso señalado por los catedráticos, el artículo 3 de la Constitución Ecuatoriana asume como deber primordial del Estado, garantizar sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, además de planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza y promover el desarrollo sustentable.

Si hablamos de un Estado comprometido en garantizar los derechos, la justicia social y el *sumak kawsay*, entonces es necesario tratar los derechos específicos que le atañen al servidor público como parte del gran aparato estatal.

Si consideramos la tutela especial que siempre ha tenido el trabajo a la luz de la Constitución, encontramos el precepto contenido en el artículo 33 que considera al trabajo “un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía [...]”. Además de garantizar el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y las condiciones óptimas para llevar a cabo un trabajo en situaciones idóneas de salud y tranquilidad.

¹⁹ *Ibíd.*, 356-61.

²⁰ Gina Chávez y Juan Montaña, *Constitución para Servidores Públicos*, (Quito, Equipo Editorial – IAEN, 2011), 32.

Los derechos de las y los servidores públicos consisten principalmente en un ingreso transparente, ascensos, promociones, incentivos, un adecuado régimen disciplinario que no violente el debido proceso, estabilidad, sistema de remuneraciones y cesación de funciones. Entonces el Estado es el llamado a garantizar cada uno de estos, más aún cuando su imagen debe ser vista como el empleador modelo.

Debemos tener en cuenta que el trabajo se constituye en un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. Al hablar de derecho al trabajo, queda implícito una serie de derechos relacionados tales como la estabilidad laboral, seguridad social, igualdad de oportunidades, libertad de organización, entre otras; los cuales deben ser protegidos y de garantía absoluta por parte del Estado.

Humberto Podetti lleva a cabo el análisis de los derechos del trabajo desde una triple función:

1. Política Legislativa.- Denominada también como informadora y de responsabilidad del legislador. Consiste en la creación y difusión de las leyes laborales y con ellas, las virtualidades ínsitas en cada principio, lo cual otorga una eficacia operativa en la materia y con los alcances regulados por ellas;
2. Normativa.- Será aplicada como fuente supletoria ante la ausencia de la ley. Al respecto, la norma de carácter supletorio deberá estar encarrilada al ordenamiento jurídico nacional; y,
3. Interpretativa.- Consiste en la aplicación lógica y valorativa del alcance de las normas, misma que recae sobre el intérprete, es decir, jueces, tribunales, abogados defensores, profesores y juristas²¹.

Desde el punto sociológico podemos determinar que su connotación indudablemente no solo que resulta un problema para el trabajador en sí, sino que su impacto se constituye en un problema social.

Esta serie de derechos y principios constitucionales persiguen cubrir cualquier espacio de abuso o atropello por parte del empleador, pretendiendo sobre todo proteger lo máspreciado del derecho al trabajo, su estabilidad y permanencia. Sin embargo, son

²¹ Juan Carlos Fernández Madrid y otros, *Doctrinas Esenciales: Derecho del Trabajo*/1ª edición, (Buenos Aires, Editorial FEDYE, Tomo I, 2010), 781-782.

estos derechos que en el campo estatal se ven afectados por la emisión de normas que vulneran derechos establecidos en la Constitución y la ley.

Ahora bien, una vez analizado los sistemas jurídicos europeos y anglosajón, y aquellos principios constitucionales que se desprenden del derecho al trabajo del servidor público, es hora de estudiar el sistema jurídico ecuatoriano, su régimen y las garantías constitucionales que protegen el derecho al trabajo y los derechos conexos a este.

Capítulo segundo

Derecho a la estabilidad en el sistema jurídico ecuatoriano

1. Sistema jurídico ecuatoriano.

Luego de llevar a cabo un análisis de las relaciones laborales en el derecho comparado, es necesario visualizar la situación de nuestro sistema jurídico, lo que nos permitirá dimensionar el nivel de estabilidad del servidor público ecuatoriano.

Jorge Cevallos Salas en su obra Derecho Laboral Ecuatoriano realiza una reseña histórica del trabajador ecuatoriano desde el origen mismo de su existencia y como con el pasar del tiempo nació el derecho que actualmente le asiste. Su origen estuvo marcado por la necesidad de solventar las necesidades básicas de alimento y posteriormente de vivienda y vestimenta. En aquel ayllu primitivo no cabe hablar de legislación de ninguna clase, puesto que el manejo del trabajo se desarrollaba en base a la costumbre y el entorno familiar²².

Una vez instaurada la legislación de Indias se impusieron una serie de leyes por parte de la corona colonial²³ con las cuales se buscó reconocer ciertos derechos (entre ellos laborales) de los indígenas ecuatorianos, lo que dio lugar a la instauración de las bases del derecho laboral²⁴.

La evolución y el reconocimiento de los derechos del trabajador continuaron a lo largo de la historia del Ecuador, como lo señala Jorge Cevallos Salas luego de siglos de explotación se llevó a cabo la gloriosa revolución social del 10 de agosto de 1809, el contrato social o principio del derecho político entre 1822 y 1830²⁵ y con ello una serie

²² Posteriormente el ayllu deja el entorno familiar para constituirse en una célula territorial que contó con límites más o menos precisos, y hasta con normas, con reglamentos relativos al uso y beneficio de las aguas. Se puede ampliar información sobre este tema, en Jorge Cevallos Salas, Derecho Laboral Ecuatoriano, (Quito, editorial La Tierra, 2007), 33-42.

²³ Se puede ampliar información sobre este tema, en *Ibíd.*, 59-116.

²⁴ Se había instaurado el feudalismo, merced de la acción arbitraria de la autoridad, del encomendero y del sacerdote inmoral, trilogía maldita de la época. La corona queriendo hacer menos dura la vida del trabajador, básicamente del indio, las expide generosamente, a veces adelantándose en el tiempo, como son los casos de pago del trabajo de ida y vuelta, fijación de las jornadas de trabajo, etc. *Ibíd.*, 117.

²⁵ Se puede ampliar información sobre este tema, en *Ibíd.*, 127-236.

de reconocimiento de derechos a lo largo de la vida republicana hasta aterrizar en la Constitución de 1998.

En la Constitución de 1998 cuya particularidad era el enfoque de un Estado de Derecho, la garantía de ciertos derechos de los servidores públicos como la estabilidad y el ascenso en el servicio público eran delegados a la ley²⁶, punto en el cual es necesario señalar las palabras de German Bidart: “No es lo mismo que los contenidos de derechos humanos consten en una ley, a que consten en la Constitución”.²⁷

Ya en la Constitución de 2008 el artículo 229 define como servidores públicos a “todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”; cuya remuneración deberá ser justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.

Del concepto que se desprende de nuestra Constitución, a primera vista podemos evidenciar que la noción que le proporciona a toda aquella persona que a cualquier título trabaje para el Estado, es el mismo, servidor público, sin embargo esto no restringe a que la administración pública tenga una diversa clasificación con respecto a su escalafón.

Similitud que guarda nuestro sistema jurídico con el del common law, ya que en el Ecuador se han implementado varias categorías o grados de escalafón, las cuales se diferencian principalmente por la forma de su contratación, tiempo de trabajo, estabilidad, remuneración y responsabilidades. Normativamente podemos evidenciar tres categorías fundamentales: nivel jerárquico superior, nivel medio y nivel operativo.

1.1 Nivel jerárquico superior.

De conformidad con la Resolución No. 081 emitida por la antigua SENRES, y publicada en Registro Oficial No. 374 de 09 de julio de 2004, el nivel jerárquico

²⁶ La ley garantizará los derechos y establecerá las obligaciones de los servidores públicos y regulará su ingreso, estabilidad, evaluación, ascenso y cesación. Tanto el ingreso como el ascenso dentro del servicio civil y la carrera administrativa, se harán mediante concursos de méritos y de oposición. Solo por excepción, los servidores públicos estarán sujetos a un régimen de libre nombramiento y remoción. (Ver en Artículo 24 de la Constitución del Ecuador de 1998).

²⁷ German Bidart Campos, Teoría general de los derechos humanos, (Buenos Aires, ASTREA, 1991), 347-348.

superior, “está integrado por puestos con funciones y responsabilidades que involucran la toma de decisiones de carácter técnico y administrativo, cuyos titulares son los responsables de la ejecución de las políticas públicas, estatales, gubernamentales e institucionales”.

La responsabilidad a la que hace alusión la resolución 81, resulta muy general, pues si bien es cierto que las responsabilidades del nivel jerárquico superior implican la toma de decisiones de carácter técnico y administrativo, el nivel de esas decisiones no resultan ser iguales, ni tienen el mismo nivel de injerencia. En el sistema Ecuatoriano estaría representado por las cabezas institucionales generadoras de las máximas decisiones.

Es necesario tener en cuenta que el grupo directivo en el Ecuador es considerado a toda persona facultada para tomar decisiones dentro del servicio público, sin embargo es necesario diferenciar quienes son responsables de la toma de decisiones estatales y gubernamentales, de quienes toman decisiones tan solo a escala institucional.

Como parte del grupo directivo de mayor jerarquía (Senior Civil Service), y responsables de la toma de decisiones a escala estatal y gubernamental se encuentran los elegidos por elección popular como el Presidente, Vicepresidente de la República, Asambleístas, Alcaldes, Prefectos y Concejales, los cuales permanecerán en los cargos durante el tiempo para el cual fueron elegidos o a su vez por revocatoria del mandato; por designación directa mediante Decreto Ejecutivo como Ministros de Estado y Directores Ejecutivos, o por elección que sin ser nombrados directamente por el Presidente de la República, este envía una terna al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, a fin de que se proceda a la designación de las primeras Autoridades de los Organismos de Control, como lo son el Contralor y Procurador General del Estado, Superintendentes, etcétera.

Por otro lado, el grupo directivo responsable de la toma de decisiones institucionales, como es el caso de Coordinadores, Secretarios, Directores, etc., son quienes constituyen el grupo superior, debiendo destacar como principales particularidades las siguientes:

1. Confianza derivada del nivel jerárquico superior;

2. Toma de decisiones de carácter técnico y administrativo, mismo que se encuentra supeditado a la aceptación y aprobación del grupo directivo de mayor jerarquía;
3. Responsable del manejo y control de servidores públicos distribuidos en las categorías de nivel medio, técnico y operativo que serán analizados más adelante;
4. Su permanencia en el servicio público dependerá siempre del grupo directivo superior, lo cual automáticamente crea una diferencia en el nivel de mando. Característica que permite evidenciar que tanto su ingreso como su salida están sujetos a la mera discrecionalidad del grupo directivo bajo el cual se encuentra.

La simple discrecionalidad no aplica en el caso del Presidente o Vicepresidente de la República y de máximas autoridades como es el caso de la Procuraduría General del Estado, Contraloría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública General, Superintendencias, y de los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de la Judicatura y Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, puesto que de conformidad con los artículos 129, 130 y 131 de la CRE, la separación de dichas autoridades estará sujeto a la censura y destitución previo el respectivo juicio político a cargo de la Asamblea Nacional.

Justo López al respecto manifiesta:

No cualquier trabajador que ejerce una “función directiva” más o menos amplia es, sin más, “trabajador autónomo”, sino solo aquel que no tiene un “superior” (jerárquico) individual o colegiado cuyas decisiones respecto de su propia tarea o función se le impongan incluso sin su consentimiento; quien no está en esta posición de independencia completa es, en definitiva, un “subordinado”, aunque tenga (participe del) poder directivo respecto de otros.²⁸

²⁸ Juan Carlos Fernández Madrid y otros, *Doctrinas Esenciales: Derecho del Trabajo*/1ª edición, (Buenos Aires, Editorial FEDYE, Tomo II, 2010), 386-7.

Estos cargos de confianza y el denominado sistema de botín conocido en el sistema jurídico anglosajón, al parecer terminan por ser tan solo sinónimos, pues el propósito en el Ecuador acaba por ser el mismo, el pago de favores políticos o de campaña, lo cual indudablemente no garantiza que aquellos cargos sean ocupados por las personas más idóneas de acuerdo con sus conocimientos y preparación.

Este resulta ser uno de los primeros grandes problemas en la estabilidad de los servidores públicos, pues para que un organismo funcione adecuadamente, este debe tener continuidad en sus procesos, lo cual solo podrá ser proporcionado con la permanencia de autoridades idóneas en sus cargos.

Aunque en ocasiones parezca una utopía, lo ideal sería que el ingreso público, más aún los correspondientes al nivel jerárquico superior, sean ejecutados por el mérito de una persona, lo cual no solo permitirá que las instituciones tengan el direccionamiento correcto, sino que además se aseguraría la continuidad de los servidores públicos y de los procesos institucionales.

1.2. Nivel medio.

La escala remunerativa señalada en la resolución SENRES-2009-000013 emitida por la antigua SENRES y publicada en Registro Oficial No. 541 de 05 de marzo de 2009, puede constituirse en el punto de partida para distinguir al nivel medio del jerárquico superior, pues sus catorce grados dejan en claro que existen varios niveles de responsabilidad que se manejan dentro del servicio público.

El nivel medio que hemos propuesto, no precisamente se sujeta en su mayoría a los catorce grados de la escala remunerativa, pues es necesario precisar que existe un nivel técnico especializado, un nivel técnico y un nivel de apoyo.

El nivel técnico especializado se caracteriza principalmente por la especificidad del cargo que va a desempeñar el servidor público, el cual requiere tener conocimientos técnicos y específicos. Por su particularidad, se constituyen en cargos de menor ocupación en las instituciones públicas, pues para que estos sean generados por el

Ministerio de Finanzas, no solo que debe existir la necesidad institucional, sino que además esta debe justificar las particularidades antes detalladas (sp8-sp14).²⁹

1.3. Nivel técnico.

El nivel técnico se ha constituido en la mayor masa salarial profesional del sector público ecuatoriano, pues su escala establecida del sp1 al sp7³⁰ está destinada al ingreso y crecimiento profesional del servidor público.

Tanto la Constitución de la República como la Ley Orgánica del Servicio Público y su reglamento general, definen a la administración pública como ese servicio a la colectividad bajo los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación, los cuales necesariamente podrán ser cumplidos siempre y cuando la administración cuente con personal altamente capacitado.

El beneficio al parecer resultaría mutuo, pues la administración asegura la continuidad y eficiencia de sus procesos; mientras que el servidor público tendría garantizada su estabilidad por medio de una próspera carrera administrativa. Sin embargo, esta pierde su sentido de ser al momento mismo en que la experiencia y capacitación del servidor público no es tomada en cuenta para un ascenso automático;

²⁹ Para la ubicación de los puestos institucionales en los grados del 14 al 20 de la presente escala se considerará aquellas instituciones, entidades, organismos y empresas del Estado cuyos puestos estratégicos que por sus características como: ámbito, complejidad, especialidad, responsabilidad, riesgos de trabajo ameriten dicha ubicación, previo estudio y resolución de la SENRES y el dictamen presupuestario del Ministerio de Finanzas para cada caso. Cabe indicar que la aplicación de los grados y grupos ocupacionales de esta escala en las entidades del Gobierno Central por ningún concepto podrán ser superiores en sus remuneraciones a las establecidas para la escala del nivel jerárquico superior vigente. Se puede ampliar información sobre este tema en las siguientes resoluciones: SENRES-2005-000042 publicado en Registro Oficial No. 103 de 14 de septiembre de 2005, SENRES-2008-000096, 156 Y 194, publicadas en los registros oficiales Nos. 364, 441 y 447 de 20 de junio de 2008, 7 de octubre de 2008 y 16 de octubre de 2008.

³⁰ La contratación de este grupo ocupacional se debe a varios criterios tales como la descripción de los factores para la valoración de puestos, en el cual se determinará: competencia, complejidad del puesto y responsabilidad; a su vez, bajo subfactores como instrucción formal, experiencia, habilidades de gestión, habilidades de comunicación, condiciones de trabajo, toma de decisiones, rol del puesto y control de resultados. Se puede ampliar información sobre este tema en las siguientes resoluciones: SENRES-2005-000042 publicado en Registro Oficial No. 103 de 14 de septiembre de 2005 y Acuerdo No. MRL-2014-0188 publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 351 de 09 de octubre de 2014.

sino que deberá estar supeditado a un nuevo concurso público de méritos y oposición, para quienes ingresaron al servicio público mediante el respectivo proceso selectivo de méritos y oposición.

Como ya se ha dicho, el crecimiento del servidor público debería estar acorde a su experiencia y preparación, por ende el techo de crecimiento no debería tener un límite. Es precisamente el sistema inglés el mejor ejemplo para demostrar que es posible ejecutar una carrera administrativa en su máximo potencial, claro ejemplo se evidencia en las cifras demostradas en la composición de su senior civil service: De 3.700 miembros el 58% es de promoción interna entre los funcionarios de mayor nivel; el 34% proviene del fast stream development program o también conocido como programa de ingreso directo para quienes han salido recién de la universidad; mientras que tan solo un 8% corresponden al reclutamiento exterior.³¹

1.4. Nivel operativo.

El nivel de apoyo constituido por los servidores públicos de servicios 1 y 2, y los inmersos en la escala remunerativa del spa1-spa4, no requieren tener una preparación profesionalizante, pues el trabajo a desempeñar es de carácter manual o mecánico, cuya escala de remuneración, al igual que para el Nivel Técnico, se encuentra determinada en la resolución SENRES-2009-000013 publicada en Registro Oficial No. 541 de 05 de marzo de 2009.

Normativamente están regidos por tres instrumentos legales: El Código de Trabajo para choferes, conserjes, auxiliares de campo, guardianes y todos aquellos que ejerzan funciones operativas; la Ley Orgánica del Servicio Público para los servidores de apoyo, determinados como parte de la escala remunerativa de catorce grados antes señalada; y la Ley Orgánica de Empresas Públicas, cuyo talento humano se someterá de forma exclusiva a las normas contenidas en dicha ley y a la Codificación del Código del Trabajo.

³¹ Ramón Parada, “Derecho Administrativo”, 360.

En conclusión, si bien es cierto que se ha implementado un sistema de reclutamiento y selección de personal monitoreado regularmente por el Ministerio de Trabajo y el Instituto Nacional de la Meritocracia, también es cierto que no existe una verdadera promoción del personal administrativo de carrera, es decir, que se garantice el crecimiento de un servidor público en función de los años de servicio y la capacitación contante.

Una verdadera carrera administrativa debe tener como consecuencia la facilidad de cubrir cargos jerárquicos con personal institucional idóneo y con experiencia en el puesto que se pretende llenar. La opción de un mercado externo debe ser considerada ante la falta real de personal interno óptimo para cubrir las necesidades institucionales.

Es así que debemos tener en cuenta el sistema jurídico europeo y anglosajón, quienes vieron en la continuidad del servidor público el éxito del funcionamiento de sus administraciones. Para lograr este fin, no solo que garantizan el ingreso transparente a una verdadera carrera administrativa, sino que además incorporaron la capacitación inicial como un medio obligatorio en la preparación del servidor público.

En nuestro país la preparación inicial se ha aplicado en ramas específicas, como carrera militar, policial y diplomática. Esto demuestra que la concepción de carrera administrativa no se encuentra realmente identificada como tal en nuestro sistema, pues de ser así, la formación del servidor público debería ser efectuada en la misma proporción o similar a las carreras antes señaladas, es decir, ascensos graduales cada cierto tiempo.

2. Derecho a la estabilidad

La estabilidad ha sido definida por Miguel Marienhoff como el derecho que tiene todo servidor público a la permanencia en el cargo o empleo, y a no ser privado o separado del mismo. La separación o privación se concreta en la “cesantía” del servidor público.³²

³² Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, t. IIIB, (Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 1985), 281-282.

Para José Burneo la estabilidad laboral radica sustancialmente en la garantía legal que tiene el trabajador en conservar su empleo, para lo cual indudablemente la ley debe constituirse en aquel freno a la voluntad irrestricta del empleador.³³

En este sentido, podemos señalar que el derecho a la estabilidad laboral radica en la tranquilidad con la cual puede el trabajador llevar a cabo sus labores, las que son compensadas mediante la paga de una remuneración justa, reconocimientos laborales, beneficios de ley, ambiente sano, ascensos, etc.

Mario Deveali define a la estabilidad laboral como el “derecho del empleado a conservar el puesto durante toda su vida laboral”. Respecto a la estabilidad de los servidores públicos, el autor la considera como bastante frecuente, “puesto que todos los actos de la administración pública son reglados por ley, con exclusión – salvo contadas excepciones - del mero poder discrecional”. Aquella estabilidad que manifiesta el autor, la liga directamente con el derecho que el servidor público se ha ganado con su ingreso a la carrera administrativa por medio de un concurso de méritos y oposición, determinando además, que la única forma para que el servidor pueda ser alejado de su empleo, es por los casos expresamente indicados en la ley. Finaliza el tema señalando que “la cesantía arbitrariamente dispuesta, es nula, y no produce efecto alguno. El empleado arbitrariamente alejado tiene pues el derecho de reincorporarse a su puesto, aun cuando esto no sea del agrado de sus superiores, lo que deben acatar la decisión del tribunal administrativo al cual recurrió el empleado”.³⁴

Orlando Bolaños Pacheco hace mención a la clasificación que los tratadistas dan a la estabilidad, siendo esta de carácter absoluto y relativo. La estabilidad absoluta radica en aquella protección total que tiene el trabajador para con su empleador, es decir, las decisiones de rescindir un contrato de trabajo serán por mera decisión del empleado, o por razones de edad o salud –jubilación o pensión- o por hechos que constituyen faltas graves del trabajador, comprobadas judicialmente; mientras que la estabilidad relativa al contrario de la absoluta, le proporciona al empleador aquella facultad de dar por

³³ José Burneo Labrín y otros, Empleo y Estabilidad Laboral, (Lima, Editorial DESCO, 1976), 62-63.

³⁴ Fernández Madrid, “Doctrinas Esenciales” Tomo I, 1506.

terminada la relación laboral, previa la entrega de una indemnización, compensación o entrega de un reconocimiento económico por los años de servicio.³⁵

Para el tratadista Pedro Aberastury la estabilidad propia se asimila con la absoluta, y la impropia con la relativa. Señala que la diferencia radica en que en la estabilidad propia, “la extinción de la relación no puede disponerse aunque se indemnice al sujeto ya que únicamente cesará el derecho a la estabilidad en la medida en que se de una circunstancia prevista por el legislador dentro del llamado derecho a la carrera [...]”. Por otro lado, considera que con la estabilidad impropia o relativa, el empleado público puede perder su derecho a la permanencia a través del pago de una indemnización.³⁶

Si tomamos en cuenta las palabras de Pedro Aberastury, la realidad del servidor público antes de la emisión del Decreto Ejecutivo 813, era de una estabilidad propia o absoluta, pues para efectuar su separación de la carrera administrativa era necesario tener en cuenta las causales determinadas en el ordenamiento jurídico emitido por el legislador. Sin embargo, con la emisión de dicho decreto, la inserción de una estabilidad relativa o impropia en nuestro ordenamiento jurídico resulta evidente, pues el servidor público puede perder su derecho al trabajo a través del pago de una indemnización, sin necesidad de establecer un procedimiento administrativo de desvinculación propio de la estabilidad absoluta.

Con el afán de fortalecer la idea de una estabilidad propia o absoluta, impropia o relativa, es necesario analizar los criterios vertidos por los jueces dentro del caso Marta Madorrán.

En el mencionado caso, los derechos y garantías del trabajador consagradas en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional Argentina, conjugan dos particularidades tomadas en cuenta por los jueces para emitir su fallo, la protección contra el despido arbitrario y consecuentemente, la garantía de estabilidad del empleado público. La garantía que se desprende de estos dos derechos, es lo que ha sido denominado como estabilidad propia del funcionario público, es decir: “excluye, por principio, la cesantía

³⁵ Orlando Bolaños Pacheco, *La Estabilidad Laboral del Servidor Público en el Salvador*, (San Salvador, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1999), 4-5.

³⁶ Tomás Hutchinson y Horacio Rosatti, *Revista de Derecho Público 2012-1: Empleo Público*, (Santa Fe, 2012), 200-201.

sin causa justificada y debido proceso, y cuya violación trae consigo la nulidad de ésta y consiguiente reincorporación”³⁷ del trabajador.

La estabilidad impropia es de plena aplicabilidad para los trabajadores privados, particularidad que radica en la falta de garantías para restituir a un trabajador que fue despedido arbitrariamente. Si bien el trabajador podrá exigir el pago de los valores que se desprenden del despido arbitrario, no podrá exigir la restitución de sus actividades, pues esta dependerá de la voluntad del empleador.

En consecuencia, la estabilidad del servidor público no debe ser ajena a las leyes y reglamentos que se emitan por el legislativo y ejecutivo respectivamente, sino al contrario, deben guardar coherencia con el mandato constitucional determinado en el artículo 229. Al respecto, Carmen Argibay señala:

En particular, la estabilidad del empleado público es armonizable con las facultades atribuidas por la Constitución al Poder Ejecutivo, pues entendida ella como un todo coherente y armónico, dichas facultades deben ser ejercitadas con respeto de la estabilidad, ya que si los derechos y garantías deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamentan tampoco son absolutas las potestades que se consagran en el texto constitucional.³⁸

Se ha dicho que la estabilidad impropia o relativa no puede ser aplicada en el servicio público (argentino o ecuatoriano) puesto que su ejecución transgrediría los derechos y principios constitucionales. El derecho a la estabilidad, constitucionalmente hablando, se constituye en un privilegio del servidor público, el cual proporciona toda la seguridad ante los sistemas de botín que usualmente se utilizan luego de una contienda electoral. No podemos hablar de estabilidad laboral para el trabajador privado, pues esta se circunscribe a la voluntad del empleador.

Jorge Rodríguez Manchini en la obra *Doctrinas Esenciales* de Juan Carlos Fernández Madrid, a lo largo de su análisis de la estabilidad del trabajador y servidor público, trae a colación los fallos de la Corte Suprema Argentina en los casos “De Luca, José E c/ Banco Francés del Río de la Plata”; “Figuerola, Oscar F. c/Loma Negra S.A.”;

³⁷ Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación, [Sentencia de Casación, Caso Marta Cristina Madorrán], 18, 2007.

<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=625939>

³⁸ *Ibíd.*, 25, en:

<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=625939>.

“Unión Obrera Metalúrgica de la República de Argentina c/SOMISA”; y, “Madorrán, Marta C. c/Administración Nacional de Aduanas”, los cuales coinciden en la “protección contra el despido arbitrario” que fundamenta el artículo 14 bis, como ya lo hemos señalado. Esta protección que garantiza la estabilidad del servidor público, el tratadista la ha definido como estabilidad propia o absoluta; contraria a la estabilidad impropia o relativa, la cual la ha definido como la “estabilidad en el empleo dentro del ámbito de las relaciones laborales del sector privado”.³⁹

La Corte Constitucional de Colombia, en el análisis de demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Andrés de Zubiría Samper y otros, referente a los literales c) y e) y el párrafo primero del artículo 41, y el numeral 2 del artículo 42 de la Ley 909 de 2004, en referencia a la estabilidad del servidor público, transcribe el siguiente análisis del Procurador General de la Nación respecto a la estabilidad absoluta:

Esa garantía de permanencia en el cargo no es absoluta, menos aún cuando se presentan situaciones negativas atribuibles al empleado de carrera administrativa que afectan la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad y por ende el interés general [...] como las causales de retiro, entre las cuales se encuentran la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo y la violación del régimen disciplinario.⁴⁰

Similar concepción tiene el Departamento Administrativo de la Función Pública, quien señala:

[...] Por otra parte, es evidente que la estabilidad no deriva solo de ser empleado de carrera administrativa, sino del comportamiento de ese empleado ceñido a la idoneidad, la eficiencia, la eficacia, la moralidad administrativa con que debe prestarse el servicio público en procura de cumplir fielmente los fines del Estado. Estos son, precisamente, requisitos de mérito para la “permanencia” en el empleo, a la cual equivale la estabilidad laboral. Si la sola inscripción en la carrera administrativa se garantiza la estabilidad o permanencia en el empleo, el resultado sería la inamovilidad. [...]⁴¹

³⁹ Fernández Madrid y otros, “Doctrinas Esenciales” Tomo I, 1545-7.

⁴⁰ Colombia. Corte Constitucional de Colombia, [Sentencia C-501-2005, Caso Andrés Zubiría Samper y otros], 24, 2005.

⁴¹ *Ibíd.*, 19.

Aquella eficiencia y eficacia a la cual hace referencia el Departamento Administrativo de la Función Pública, debe ser cumplido no solo como un acto retributivo o compensatorio al salario que recibe el servidor público, sino que además en cumplimiento a los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación, determinados en el artículo 227 de nuestra Constitución.

Por otro lado, la Corte Constitucional Colombiana sobre este mismo punto ha afirmado que:

[...] el principio general en materia laboral para los trabajadores públicos es la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo [...] Esa estabilidad resulta ser esencial en lo que toca con los empleos de carrera, ya que los trabajadores inscritos en ella tan solo pueden ser separados de sus cargos por causas objetivas, derivadas de la evaluación acerca del rendimiento o de la disciplina del empleado.⁴²

Aquella estabilidad propia o absoluta ha sido ratificada por la legislación Colombiana, sin embargo queda claro que esta estará supeditada al correcto desempeño en la prestación de los servicios del servidor público. Podemos decir entonces que la responsabilidad del servidor público es indispensable no solo para garantizar su permanencia en el servicio público, sino que además, esta permitirá contrarrestar aquella discrecionalidad del nominador. Y es precisamente en este punto, en que la “carrera administrativa busca depurar a la Administración de factores ajenos al rendimiento laboral, para su vinculación o exclusión”.⁴³

En el Ecuador, la situación del empleado público hasta el mes de octubre de 2010 era radicalmente diferente a la actual, es decir, entrábamos en aquella estabilidad ciertamente absoluta en la cual se respetaban los derechos del trabajador. En efecto, a

⁴² Colombia. Corte Constitucional, [Sentencia C-479 de 1992, MMPP José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, citado en Sentencia C-501-2005], 31, 2005.

⁴³ Colombia. Corte Constitucional, [Sentencia C-023-1994, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, citado en Sentencia C-501-2005], 32, 2005.

esa fecha la estabilidad en el servicio público la determinaba el resultado de un concurso público de méritos y oposición, que derivaba en el otorgamiento de un nombramiento provisional y una vez transcurrido el período de prueba, el nombramiento definitivo. La consecución de un nombramiento definitivo era sinónimo de estabilidad, lo cual garantizaba la permanencia, desarrollo profesional, ascensos, beneficios, y una jubilación al final de los días laborables.

En la actualidad rige una infortunada estabilidad relativa para el servidor público, por medio de una figura que deshizo toda expectativa de estabilidad en el servicio público: la conocida como “compra de renuncia obligatoria”, que no resulta ser más que la voluntad indiscutible de la autoridad nominadora para dar por terminada la relación laboral que en algún momento se consideró estable para el servidor público.

Opción injusta, alejada de Derecho si consideramos que la estabilidad laboral no solo supone tranquilidad para el trabajador y su familia, sino que se traduce en un mejor desarrollo y entrega en las actividades que este desempeña a favor de una empresa o institución; además claro está de garantizar los ingresos del trabajador en forma permanente, lo que le permitirá llevar una calidad de vida decorosa.

La estabilidad, debe ser vista como la firmeza y seguridad con que cuenta un trabajador, en su desempeño y permanencia en su lugar de trabajo. No obstante, debe entenderse que aquella estabilidad absoluta no le proporciona al servidor público inamovilidad perpetua en el cargo, pues resulta necesario “consagrar causales de separación de la carrera en aquellos casos previstos en la ley, que constituyan razón suficiente que justifique la adopción de la medida”.⁴⁴

Aquellas causales que determine la ley deberán ser acogidas de manera cierta y efectiva, más no tomarlas de forma disimulada o encubierta para obviar la garantía de estabilidad, acto propio de la desviación del poder.⁴⁵

⁴⁴ Colombia. Corte Constitucional de Colombia, [Sentencia C-501-2005, Caso Andrés Zubiría Samper y otros], 36, 2005.

⁴⁵ Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, 286-7.

3. Estabilidad y permanencia del servidor público. Contenidos esenciales de este derecho.

La Ley Orgánica del Servicio Público, en su artículo 81, como parte de la carrera del servicio público, garantiza la estabilidad de los servidores públicos idóneos, con el fin de obtener eficiencia en la función pública, mediante la implementación del sistema de méritos y oposición.

Para José Obando Garrido “la permanencia de los empleados de carrera se encuentra sujeta a evaluaciones anuales sobre el desempeño laboral, que debe corresponder a una calificación satisfactoria; de lo contrario será retirado del servicio y del registro de carrera administrativa”.⁴⁶

Vista la estabilidad laboral como un derecho del servidor público, ésta se constituye en una obligación a cumplir y respetar por parte del Estado.

Para que la estabilidad laboral se configure como tal, es indispensable que el servidor público haya ingresado a la carrera administrativa, es decir, a través del cumplimiento exitoso de las fases que componen un concurso público de méritos y oposición, determinadas en la Norma Sustitutiva de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal. Cualquier otro tipo de relación laboral producto de contratos de servicios ocasionales, contrato por prestación de servicios, consultorías, etc., no genera estabilidad para el servidor público.

Una vez configurada la estabilidad laboral, podríamos decir que esta puede verse atentada por las siguientes razones:

1. Por causas legalmente previstas en la ley (artículo 47 de la LOSEP);
2. Aplicación de sumario administrativo ante la negligencia, impericia o incompetencia del servidor público;
3. Por acuerdo de las partes, debiendo señalar como ejemplo la compra de renunciaciones con indemnización, acto en el cual el servidor público tiene la voluntad de vender su renuncia, mientras que por otro lado el Estado acepta comprarla reconociendo sus años de servicio a través del pago conforme lo determina la ley;

⁴⁶ Obando Garrido, “Tratado de Derecho Administrativo Laboral”, 243.

4. Producto del acto arbitrario de su empleador, como lo es la aplicación del Decreto Ejecutivo 813 con la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización; y,
5. Por supresión de partidas, ante la finalización de las necesidades institucionales específicas de un puesto.

La Corte Constitucional de Colombia emite los siguientes puntos de vista respecto a la estabilidad laboral:

- a) La estabilidad en el empleo no equivale a inamovilidad del empleado.
- b) La estabilidad laboral no puede ser entendida como un derecho absoluto.
- c) Las causales de retiro son propias del régimen legal de condiciones estatutarias y reglamentarias que regulan la permanencia y el retiro de la función pública.
- d) El retiro se hará por hechos determinados legalmente, inspirados en la realidad de la eficiencia laboral. En definitiva, lo que se protege es el interés general.
- e) El derecho de los empleados a la estabilidad no quiere decir que tengan derecho a la inamovilidad, puesto que si ellos no cumplen con los deberes de su cargo, pueden ser separados del mismo por la administración.
- f) El elemento objetivo de la eficiencia es el determinante de la estabilidad laboral, por cuanto es un principio de razón suficiente. No se trata de una permanencia en el cargo por razones ajenas a la efectividad de los buenos resultados.
- g) El derecho a la estabilidad y a la promoción según los méritos de los empleados de carrera no impide que la administración, por razones de interés general ligadas a la propia eficacia y eficiencia de la función pública, pueda suprimir determinados cargos.
- h) La estabilidad relativa de los empleados de carrera no pueden oponerse a la posibilidad de consagrar causales de separación de aquellos casos previstos en la ley, que constituyan razón suficiente que justifique la adopción de la medida.⁴⁷

Queda claro que la estabilidad del servidor público no es vitalicia, ya que por un lado está sujeta a los principios de eficiencia, eficacia y efectividad con los que obre el trabajador; y por otro lado a las necesidades institucionales. Es necesario tener en cuenta

⁴⁷ Colombia. Corte Constitucional, [Sentencia C-434 de 1992, MP: Fabio Morón Díaz; C-023 de 1994, MP: Vladimiro Naranjo Mesa; C-195 de 1994, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, C-527 de 1994, MP: Alejandro Martínez Caballero, C-048 de 1997, MP: Hernando Herrera Vergara, C-003 de 1998, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, citado en Sentencia C-501-2005], 19-20, 2005.

una razón adicional de terminación de la estabilidad, la jubilación, misma que si bien no atenta directamente la estabilidad laboral, pone fin al ciclo del servidor en la carrera administrativa y por ende a la estabilidad del trabajador de una manera lícita.

Debemos tener en cuenta que los servidores públicos constituyen aquel atributo indispensable para que pueda subsistir la Administración Pública y con ello cubrir las necesidades de los administrados. En este contexto, si las necesidades desaparecen o dejan de ser parte del servicio público, seguramente la separación del servidor público de la carrera administrativa, estaría justificada.

La estabilidad y permanencia se ve afectada cuando el Estado establece mecanismos que interfieren en el avance y desarrollo del servidor público como miembro integrante de una institución, es decir, mediante actos arbitrarios que podrían lesionar la continuidad y permanencia del servidor público. Debemos tener claro que tanto la estabilidad como la permanencia, tienen su origen en el derecho al trabajo y la estabilidad como tal garantizada por nuestra Constitución en el artículo 229.

La falta de una planificación adecuada, en la que el Estado dedique sus esfuerzos y recursos a la búsqueda de la formación integral y al establecimiento de un hilo conductor de conocimientos entre sus funcionarios experimentados, y aquellos que pasan a formar parte del servicio público es lo que trae como consecuencia una inestabilidad y retraso en el transitar de la administración pública, pues todo conocimiento que no haya sido transmitido, tiene como resultado empezar de cero.

Ante la visible limitación de la garantía de la estabilidad laboral por parte del empleador, Mario Ackerman refiere las siguientes palabras de Juan López Gandía: “los trabajadores contratados por el Estado no parecen encontrarse en una posición diferente de la de aquéllos que están vinculados laboralmente con el empleador laboral”⁴⁸. Y añade que si existe una diferencia entre la relación contractual del sector público y del privado, ésta se basaría en la mayor subordinación que existe entre el Estado y los servidores públicos.

Actualmente la estabilidad y permanencia del servidor público se ha visto amenazada por la consumación de medidas inconstitucionales y otras que tienen visos de

⁴⁸ Fernández Madrid y otros, “Doctrinas Esenciales” Tomo II, 410-411

legalidad, como es el caso de la supresión de partidas, la excesiva emisión de contratos de servicios ocasionales, y la compra de renunciaciones obligatorias.

El artículo 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público establece la exigencia a toda institución pública de no sobrepasar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad con la contratación de personal ocasional, esto indudablemente que pretende garantizar la estabilidad y permanencia del servidor público, puesto que el ochenta por ciento restante, necesariamente debe vincularse a la entidad mediante concurso público de méritos y oposición.

Cuando la Constitución ecuatoriana garantiza la estabilidad del trabajador en el artículo 228, dispone que el ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso público de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de los servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción, y establece la sanción de destitución de la autoridad nominadora por la inobservancia de tal precepto.

Como producto de aquella estabilidad Agustín Gordillo señala, que aquel servidor al igual que todos, tiene una serie de dudas, miedos y frustraciones, además de padecer en muchas ocasiones de un jefe que no lo valora lo suficiente y un puesto jerárquico que no alcanzó a pesar de merecerlo. “Es, por ende, la persona que dentro de la administración pública no se siente comprendida ni valorada, se sabe no protegida y a merced de la veleidad y el capricho de sus superiores [...]” y cuando incurre en faltas en contra de los usuarios, nadie se detiene a pensar, que ese miedo seguramente lleva a que el individuo, tan solo proteja su puesto y su carrera de la forma que entiende adecuada a fin de no tener problemas con sus superiores.⁴⁹

A aquellos servidores públicos que pierden su estabilidad y permanencia, se los ha llegado a denominar como *los justiciables*, quienes tendrán como medida de defensa a la justicia administrativa, a fin de discutir sus derechos subjetivos e intereses legítimos en la carrera administrativa y en el sistema de pensiones.⁵⁰

Si la Constitución ecuatoriana garantiza la estabilidad del servidor público, es deber primordial de las autoridades fortalecer dicho mandato y garantizar la

⁴⁹ Agustín Gordillo, Tratado de derecho administrativo, tomo 2: la defensa del usuarios y del administrado -8ª ed, (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006), 376.

⁵⁰ *Ibíd.*, 565.

permanencia de sus empleos, a menos que se compruebe el incumplimiento expreso de la ley, que justificará su separación una vez cumplido el respectivo procedimiento administrativo, garantizando el derecho a la legítima defensa del cesado.

En la misma línea legislaciones de otros países concuerdan en que la forma en que el servidor público adquiere estabilidad y permanencia en el servicio público es mediante la adjudicación de un nombramiento, puesto que de los contratos deriva una relación laboral que puede concluir en cualquier momento por decisión unilateral de las partes. Respecto de los contratos de trabajo y esa relación inestable, el tratadista Agustín Gordillo señala que “el personal contratado no tiene estabilidad laboral pero tiene derecho a percibir los salarios caídos si es separado del cargo antes del plazo, sin que medie culpa suya”. Si bien no existe el derecho a la estabilidad y permanencia en el servicio público del personal a contrato, el autor señala la obligación que tienen las empresas e instituciones públicas de respetar las condiciones estipuladas en los contratos de trabajo y añade que la falta de estabilidad en estos contratos, radica en la voluntad expresa del empleador y el afán que este tenga en renovar las funciones de una u otra persona.⁵¹

La incertidumbre para el servidor público producto de la inestabilidad laboral, recrudece con el cambio de autoridades en los cargos del nivel jerárquico superior o cargos de elección popular, pues siempre propicia la renovación de personal, sea para pagar favores políticos, o para rodearse de personas de confianza.

Como resulta evidente, la estabilidad que propugna la Constitución es únicamente lírica. La supuesta estabilidad y permanencia de quien posee un nombramiento en la carrera administrativa, es eso, un supuesto sujeto a las velocidades del poder.

Resulta irónico, además, que la única esperanza que favorece al servidor público para mantener su puesto de trabajo, tenga que ver con la falta de recursos para hacer efectiva la compra de las renuncias de manera obligatoria, pues, medio alguno de defensa a tal arbitrariedad, no existe.

⁵¹ Agustín Gordillo, Tratado de derecho administrativo, tomo 1, 5ª ed, (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998), XIII-35-36.

El fin de la carrera administrativa además de garantizar la estabilidad del servidor público, deberá propender por concluir en una jubilación digna, la cual no puede verse afectada por disposiciones o actuaciones arbitrarias de la administración.

Se debe tener en cuenta no solo las causas que justificarán la pérdida de la estabilidad laboral, sino también las formalidades a cumplir para que dicha pérdida se ajuste a la legalidad que pueda surgir de la ley formal, decretos o reglamentos del Poder Ejecutivo, sin que estos últimos, como lo señala Miguel Marienhoff, sobrepasen las autolimitaciones que sabe que tiene el Ejecutivo para la emisión de normas, mismas que formarán parte del bloque de legalidad y que analizaremos en el capítulo siguiente.⁵²

En conclusión, si bien es cierto que el origen del empleo público tuvo diversas connotaciones en los sistemas jurídicos Francés, Inglés y de los Estados Unidos, es necesario también destacar la evolución de los mismos y el factor común en el cual concluyeron, el empleado público, y es precisamente que el apostar por sistemas de reclutamiento y selección de personal, una carrera administrativa sólida, capacitaciones constantes, incentivos, etc., es lo que permitió el desarrollo de su burocracia, entendida esta como el servicio del estado a la colectividad.

Con estos antecedentes, fue necesario llevar a cabo el análisis del sistema jurídico ecuatoriano entorno al servidor público y determinar cuales son los principios constitucionales del derecho al trabajo y por ende el derecho a la estabilidad con el que cuentan cada uno de ellos.

Finalmente, será necesario analizar el principio de legalidad, más aún si posteriormente analizaremos figuras que atentan a la estabilidad laboral del servidor público ya sea por la inaplicabilidad del ordenamiento jurídico vigente o por la violación del mismo a través del excesivo manejo del contrato de servicios ocasionales o la inclusión de la compra de renunciaciones obligatorias.

4. Principio de legalidad

Para García de Enterría, el nacimiento del Derecho Administrativo surge como manifestación jurídica de la Revolución Francesa y como reacción directa a las técnicas

⁵² Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, 299.

del gobierno del absolutismo, para quienes el derecho no era visto como legalidad sino como un conjunto de derechos subjetivos. Ante la necesidad de que toda acción singular del poder esté justificada en una ley previa, es que se instaura el principio de legalidad, el cual debía ser respetado por tratarse de una ley general fuente de derechos y que representaba la voluntad del pueblo.⁵³

García de Enterría expone dos fines del principio de legalidad: El de reemplazar los poderes personales por la ley; y el de legitimar con la ley, las actuaciones emanadas del poder.

La idea de reemplazar los poderes personales por la ley, tiene como fin dejar en claro que “no hay ninguna persona sobre la comunidad y que ostente como tributo divino la facultad de emanar normas vinculantes para dicha comunidad; todo poder es de la ley, toda la autoridad que puede ejercitarse es la propia de la ley”.⁵⁴

La otra técnica estructural propia del principio de legalidad a la que García de Enterría hace mención, es el principio técnico de la división de poderes, el cual tiene como fin justificar por intermedio de la ley las actuaciones emanadas del poder. La división de poderes ha sido ubicada en tres pilares fundamentales:

1. El poder ejecutivo, quien debe ejecutar las leyes y se ve limitado al marco previsto por el legislativo;
2. El poder legislativo, mismo que se encarga de la producción de leyes y por ende limita en sus actuaciones al ejecutivo; y,
3. El poder judicial, función que se encargará de componer la norma y aplicarla en casos particulares. De esta manera la producción, ejecución y aplicación del derecho estará realizada por estos tres poderes del Estado.⁵⁵

A la división de poderes propuesta por García de Enterría, es necesario incorporar dos poderes adicionales propios de nuestra legislación:

1. Poder electoral a cargo del Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral, quienes serán los encargados de garantizar el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio; y,

⁵³ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, (Bogotá, Editorial Temis, Tomo I, 2008, 12a. ed.), 413-415.

⁵⁴ *Ibíd.*, 414-5.

⁵⁵ *Ibíd.*

2. Poder fiscalizador, considerado por la Constitución de la República (Art. 204) como el poder que adquiere el pueblo para fiscalizar el accionar de las entidades y organismos del sector público; así como de las personas naturales o jurídicas que presten servicios o desarrollen actividades de interés público. Este poder estará representado por la Función de Transparencia y Control Social.

Este sometimiento del Ejecutivo ante las normas expedidas por el legislativo, es lo que Marco Morales lo ha determinado como principio de legalidad, “pues como parte del desarrollo del constitucionalismo clásico, todo acto de la función pública debe someterse a la Ley”.⁵⁶

En este sentido, Marco Morales acoge las palabras de Fernando Garrido Falla al señalar que toda acción administrativa debe someterse de manera total al denominado “bloque de legalidad”, el cual consiste en que la administración debe cumplir no solo con lo dispuesto en la Constitución y las leyes formales expedidas por el legislativo, sino que además deberá dar cumplimiento con aquellas normas dictadas por el poder ejecutivo, con lo cual necesariamente nace otro principio que rige a la administración, y es el denominado “principio de la jerarquía de las normas”.⁵⁷

Nuestra Constitución de la República, aprobada por voluntad popular mediante consulta popular o referendun en el año 2008, en su primer artículo, como parte de aquellos principios fundamentales, expresa que “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”. El soberano proporciona y reconoce esa facultad mandatoria a la administración, siempre y cuando esté sujeta a la Carta Política, caso contrario, toda actuación de la administración violentaría el mismísimo principio de legalidad.

Roberto Islas Montes señala que el principio de legalidad está para evitar actos excesivos e ilegales por parte del Estado en la afectación al subordinado. “La ley debe

⁵⁶ Marco Morales Tobar, Manual de Derecho Procesal Administrativo, (Quito, editorial CEP, Primera Edición, 2011), 5.

⁵⁷ *Ibíd.*, 5.

regir el acontecimiento, el acontecimiento se sujeta a la ley y nunca esperamos que el acontecimiento viole la ley; sería antinatural y antijurídico”.⁵⁸

Al tomar las palabras de Karla Pérez Portilla, Roberto Islas Montes señala que como producto de este principio de legalidad “es inválido todo acto de los poderes públicos que esté en contraste con la ley”, “es inválido todo acto de los poderes públicos que no esté expresamente autorizado por la ley” y “es inválida [...] toda ley que confiere un poder sin regularlo completamente”. En este contexto, el principio de legalidad se opondrá a los actos que estén en contraste con la ley y a los actos que no estén plenamente regulados por la ley.⁵⁹

Nuestra Constitución de la República por medio de su artículo 226 limita e impone las actuaciones de las instituciones del Estado, sus dependencias y a los servidores públicos, va en estricto apego de hacer cumplir los derechos de los gobernados y no vulnerarlos. De acuerdo con lo señalado por Juan Carlos Benalcázar, el principio de legalidad tiene como fin “la articulación de los sujetos de la relación jurídica de derecho público, Estado e individuo, requiere de una instrumentación jurídico - formal por la que los ‘derechos se ejercen’ y los ‘deberes se cumplen’”. Ello genera una serie de regulaciones normativas (permisiones y prohibiciones) que se conocen con el nombre de ‘legalidad administrativa’”.⁶⁰

Dicho de otro modo, tal como lo señala Marco Morales todos los actos de la autoridad pública han de sujetarse a la Ley y sus actividades, no pudiendo ir más allá de lo que se dispone en ella, de esta manera podemos constatar la aplicabilidad del principio de legalidad y de la restricción que genera al poder Estatal. Si bien, el principio de legalidad establece barreras fronterizas que no puede exceder la administración pública, también es cierto que por arbitrariedad de ciertos funcionarios públicos, ésta puede violentarse, y aplicarse en contra de los administrados. En tales eventos, el Estado al advertirse como responsable de dicha falta, podrá reparar los derechos vulnerados y a la vez de ejercer el derecho de repetición en contra del funcionario culpable.

⁵⁸ Roberto Islas Montes, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, (Montevideo, Editorial Konrad Adenauer Stiftung, 2009), 100-101.

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ José Roberto DROMI, Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública, (Bogotá, Temis, 1980), 10, en Juan Carlos Benalcázar Guerrón, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, (Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2007), 13.

5. Los decretos y su alcance normativo.

Patricio Secaira Durango⁶¹ ha definido a los decretos como la expresión jurídica escrita de la autoridad pública y que de conformidad con el artículo 147 de nuestra Constitución recae sobre el Presidente de la República, quien tiene como atribución expedir todos los decretos que considere necesarios para la dirección, integración, organización, regulación y control de la administración pública. El catedrático los ha clasificado de la siguiente manera:

1. Decretos reglamentarios.- Son normas jurídicas que actúan como medio de aplicación de la ley o de forma independiente a falta de esta. El decreto en si pasa hacer la forma o el instrumento, pues la esencia es el reglamento y su contenido jurídico. Como lo señalamos anteriormente, se encuentran regulados como parte de las atribuciones del Presidente de la República (CRE, Art. 147 numerales 5 y 13).
2. Decretos administrativos.- Se establecen con el propósito de viabilizar los actos propios de la administración pública, como por ejemplo: designación de Ministros de Estado (CRE, Art. 151), embajadores, altas y bajas de la fuerza pública, creación o supresión de entidades públicas, etc.
3. Decretos políticos.- Expresan la voluntad del Ejecutivo en cuestiones prácticas de seguridad nacional o fijación de políticas económicas, sociales y administrativas, como por ejemplo el decreto de disolución de la Asamblea Nacional (CRE, Art. 148), decretos por urgencia económica (CRE, Art. 140), declaratoria de estado de excepción (CRE, Art. 164), etc.
4. Decreto-ley.- De acuerdo con nuestra Constitución, el decreto-ley podrá ser aplicado en caso de urgencia económica, es decir que su vigencia estará sujeta a un tiempo determinado. Para que el decreto-ley pueda ser ejecutado como tal deberán cumplirse ciertas particularidades:
 - a) Presentación de proyecto de ley.- El ejecutivo deberá presentar inicialmente un proyecto de ley en materia económica, el cual deberá ser sometido a votación del legislador; y,

⁶¹ Patricio Secaira Durango, Curso Breve de Derecho Administrativo, (Quito, Editorial Universitaria, 2004), 73-76.

b) Pronunciamiento de la Asamblea Nacional.- El segundo requisito previo a la aprobación de un decreto-ley es precisamente la no aprobación del proyecto de ley por parte de la Asamblea Nacional en plazo máximo de treinta días a partir de su recepción. Requisito indispensable pues en caso de haber sido aprobado el proyecto de ley, la necesidad emergente del Estado se verá suplida con la aplicación de una ley en firme.

De no ser aprobado, modificado o negado el proyecto de ley por parte de la Asamblea Nacional, el Presidente de la República podrá ordenar su publicación en el Registro Oficial.

Ahora bien, una vez analizados los tipos de decretos, bien vale la pena entrar a determinar otras fuentes normativas como lo son el reglamento autónomo, reglamento delegado, ordenanzas y normas estatutarias, las cuales atribuyen ciertas potestades a la administración.

Reglamento autónomo.- Se constituyen en aquellas normas que pueden ser implementadas independientemente de la existencia previa de una ley. Marco Morales ha señalado que estas tienen fuerza material de ley, puesto que están regulando materias que requerirían de ley formal, pero en razón de que el ejecutivo no puede dictar formalmente sino reglamentos, estas materias deberán ser normadas a través de estos cuerpos legales.⁶²

Facultad que no solo ha sido proporcionada al ejecutivo, sino a otra serie de instituciones públicas como la Contraloría General del Estado y el Consejo Nacional Electoral, que de acuerdo a su naturaleza y especialidad podrán regular actos de la administración pública.⁶³

Reglamento Delegado.- Son aquellos que dicta el ejecutivo por habilitación legal que le es conferida, la cual puede provenir de la Constitución o la ley, como es el caso del ya mencionado artículo 147 de la CRE o aquellos en que el legislador delega al ejecutivo como lo podemos visualizar en los artículos 7, 40 y 42, b) de la Ley de Modernización del Estado.⁶⁴

⁶² Marco Morales Tobar, “Manual de Derecho Procesal Administrativo”, 14-15.

⁶³ Véase artículos: 212 números 2, 3 y 219 número 6 de la Constitución de la República.

⁶⁴ *Ibíd.*, 16-17

Aquella delegación que hace el legislativo consiste en la transferencia de competencias que por mandato constitucional resultan propias del legislativo como es el caso de la modificación de tributos y modificación de competencias que siendo materias de reserva legal, son delegadas al ejecutivo.⁶⁵

Finalmente, como parte de esas fuentes normativas que rigen la administración pública Marco Morales ha determinado también las ordenanzas⁶⁶ y las normas estatutarias⁶⁷, las cuales al no ser der responsabilidad del ejecutivo, no ahondaremos en su análisis.

Del análisis realizado a partir de la clasificación de los tipos de decretos ejecutivos en nuestro país, podemos concluir a simple vista de que el Decreto Ejecutivo 813 es de características reglamentarias. Sin embargo, por el alcance del decreto y su influencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano parecería que nos encontramos ante un decreto-ley, pues esa es la arbitrariedad que el ejecutivo le ha dado al violentar el principio de legalidad contemplado en nuestra Constitución.

Como tipo de reglamento, estaríamos aparentemente ante una normativa de tipo reglamentaria autónoma pues se le faculta al ejecutivo a emitir reglamentos que puedan regular actos de la administración pública, sin embargo, su característica de autónomo se ve afectada por la existencia de la Ley Orgánica del Servicio Público, por lo que la actuación del ejecutivo deberá sujetarse estrictamente al complemento de la ley. Mucho menos se tratará de un reglamento delegado, pues dicha actividad en ninguna circunstancia ha sido encargada por el legislativo.

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ Las ordenanzas se constituyen en aquella facultad normativa que le proporciona la Constitución a los gobiernos autónomos descentralizados, al respecto Marco Morales toma el siguiente concepto de Andrés Ortíz Herbener: “los municipios ecuatorianos gozan al día de hoy, vista la normativa constitucional y legal de una autonomía relativa o restringida, con capacidad legislativa plena para dictar Ordenanza, lo que es lo mismo, leyes cantonales”. Se puede ampliar información sobre este tema, en Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, (Quito, editorial CEP, Primera Edición, 2011), 18-27.

⁶⁷ En palabras de Marco Morales, históricamente han existido dos instituciones que han dictado normas en uso de la potestad que el constituyente le ha atribuido para el desarrollo de sus fines, estas son las instituciones de educación superior y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (...), quienes tienen aquella categoría que permite a un conglomerado social determinado, conocer a ciencia cierta el mundo del desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas, sus obligaciones, prohibiciones, derechos y garantías, cuestiones éstas que le dan una determinada condición jurídica”. Se puede ampliar información sobre este tema, en Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, (Quito, editorial CEP, Primera Edición, 2011), 27-34.

Queda evidenciado que independientemente de los decreto-ley que pueda emitir el ejecutivo, por las razones ya expuestas, deberán respetar el nivel jerárquico de las normas, más aún si consideramos que la esencia misma del decreto reglamentario es el de facilitar, complementar, viabilizar y regular los actos de la administración en apego al mandato legal.

La importancia de un decreto reglamentario es su alcance y la afectación que puede tener en la sociedad o en un grupo mayoritario de personas. A diferencia de los decretos de carácter administrativo, cuya injerencia se limita a una persona en particular o a un tiempo específico, los decretos reglamentarios perdurarán en el tiempo por lo que insistimos que su construcción deberá ser sobre la base de la jerarquía normativa.

La hipótesis respecto de la ilegalidad del Decreto Ejecutivo 813 empieza a tener peso, pues evidenciamos una falta de respeto al principio de jerarquía normativa. La alteración del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público por intermedio de un decreto reglamentario viciado de legalidad presupone la violencia a los principios y derechos constitucionales, de los cuales hablaremos a continuación.

6. Principio de supremacía constitucional.

No es lo mismo que los contenidos de derechos humanos consten en una ley, a que consten en la Constitución, es así como Germán Bidart proporciona el siguiente concepto de supremacía constitucional:

La Constitución encabeza vigorosamente el orden jurídico-político del Estado, que tiene dificultada su reforma o enmienda, que impone su prioridad jerárquica sobre el resto de aquel orden y, sobre todo, que permite extraer de la imagen piramidal de éste la conclusión de que si en los planos infraconstitucionales subordinados no se acata el deber de congruencia con la Constitución, el apartamiento lesivo de ella exhibe el vicio o defecto de la inconstitucionalidad o anticonstitucionalidad, queda descalificado como tal, carece de validez y necesita de corrección para restablecer la compatibilidad distorsionada.⁶⁸

⁶⁸ German Bidart Campos, Teoría general de los derechos humanos, (Buenos Aires, ASTREA, 1991), 347-348.

Jorge Zavala Egas ha definido al control de supremacía constitucional como “el juicio aplicable para determinar si una norma goza de validez jurídica. Si la tiene sigue integrando el ordenamiento y, por tanto, debe cumplirse; en caso contrario, es expulsada de dicho ordenamiento perdiendo validez y eficacia. Deja, en definitiva, de ser norma jurídica”.⁶⁹

Para Armando Soto Flores, el concepto de Supremacía Constitucional debe entenderse “como aquella cualidad que posee únicamente la Constitución como norma jurídica, al ser el punto de partida de legitimidad de todo el orden jurídico de un país o territorio determinado”.⁷⁰

Aquella cualidad que posee la Constitución sobre otras normas es precisamente la que surge de la expresión de la voluntad soberana del pueblo, lo cual la ubica en el pico más alto de la pirámide Kelseniana, constituyéndose automáticamente en la fuente misma de todas las normas y del derecho ecuatoriano en general. Como fuente misma de derecho, el orden jerárquico de aplicación de las normas deberá sujetarse al artículo 425 de la CRE.

Parte precisamente de la concepción misma de nuestra carta política el hecho de que la Constitución sea determinada como fuente de las fuentes, pues de ella se desprende el ordenamiento jurídico que debe ser tomado en cuenta y que marca estrictamente el orden jerárquico de las mismas.

Por otro lado, Rafael Oyarte Martínez define a la supremacía de la Constitución como “la existencia de una norma promulgada que tiene valor superior a los demás preceptos positivos y que logra su superior vigencia sobre ellos”. Valor superior que se sobrepone a toda otra manifestación de autoridad y por ende determina la naturaleza y funcionamiento del Estado. Al nacer los poderes de la Constitución, esta los regula y fija sus límites.⁷¹

Al respecto, nuestra Constitución en su artículo 424 reza:

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

⁶⁹ Zavala Egas, “Derecho Constitucional”, 170.

⁷⁰ Armando Soto Flores y otros, Teoría de la Constitución, (México, Editorial PORRÚA, 2003), 169.

⁷¹ Rafael Oyarte Martínez y otros, Derecho constitucional para fortalecer la democracia, (Quito, Fundación Konrad Adenauer, 1999), 77-78.

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

Entonces diremos que la jerarquía normativa ejerce obligatoriedad en la aplicación de las normas de mayor grado, es así que el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 4 dispone a todos los funcionarios y servidores que forman parte de la Función Judicial, aplicar las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En este sentido, las disposiciones que se adopten en ningún caso podrán restringir, menoscabar o inobservar las disposiciones constitucionales y legales de suerte que puedan violentar los derechos de las personas. De presentarse el caso y ante la duda de los jueces, será la Corte Constitucional la que deba pronunciarse en modo de consulta y previa suspensión de la tramitación y envío del expediente por parte de las autoridades competentes, lo cual analizaremos detenidamente en el control de constitucionalidad.

Como factor a destacar, el constituyente ha encontrado la forma de vincular a jueces, autoridades administrativas, servidores públicos, y a cada persona (Art. 426 CRE) “para convertirlos en promotores naturales y veladores de los valores y de su eficacia”.⁷²

Precisamente la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional fue creada con el propósito de regular la jurisdicción constitucional y garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional.

La responsabilidad de velar por el cumplimiento de las disposiciones constitucionales recae en los jueces de la Corte Constitucional de conformidad con lo señalado en el numeral 4 del artículo 194 de esa ley, quienes deberán “cumplir y hacer cumplir la Constitución y garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional”.

⁷² Juan Montaña Pinto, Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano, 1era ed., (Quito, Corte Constitucional para el período de transición, 2012), 80.

Luego, compete en el tema en análisis pronunciarse a la Corte Constitucional, en el único sentido válido: declarando la inconstitucionalidad de una norma de inferior jerarquía que evidentemente violenta la seguridad jurídica y los derechos en este caso de los servidores públicos; criterio que no fue compartido por la Corte de conformidad con la sentencia 003-13-SIN-CC, antes estudiada.

Se debe entender que la supremacía de la Constitución ciñe y rige toda normativa y actividad desarrollada tanto en el ámbito público como privado, es por ello que la ciudadanía en general, independientemente del cargo o función, son llamados a cumplir con los preceptos constitucionales, pues todo aquello en contrario, es inconstitucional pues ofende a la supremacía.⁷³

Como conclusión, queda claro que la Constitución en nuestro sistema normativo, sobre todas las cosas garantiza el derecho de las personas en general, y en el presente tema de investigación en particular, el derecho a la estabilidad del servidor público, el cual deberá ser protegido por todos como consecuencia misma de la garantía que proporciona el carácter normativo de nuestra Constitución.

Es así que el artículo 83 numeral 1 de nuestra Constitución establece como primer deber y responsabilidad de las ecuatorianas y ecuatorianos, acatar y cumplir el mandato constitucional, al igual que la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.

Enrique Álvarez Conde establece dos razones por las cuales la Constitución se convierte en una especie de súper ley, de norma normarum: la primera debido a que su establecimiento y procedimiento de reforma supone la existencia de una serie de requisitos distintos y que no deben cumplir las normas de menor jerarquía; y la segunda, porque servirá de parámetro, a través del control de constitucionalidad de las leyes, de las demás normas jurídicas.⁷⁴

Si bien es cierto que la Constitución ha sido determinada como la norma de normas, también debemos considerar que el texto constitucional no engloba toda la realidad constitucional, razón por la cual será indispensable contar con un ordenamiento jurídico complementario que como tal regule en base de los principios y garantías

⁷³ Bidart Campos, "Teoría general de los derechos humanos", 348-9.

⁷⁴ Enrique Álvarez Conde, Curso de Derecho Constitucional, (Madrid, Editorial TECNOS, 1999), 154.

constitucionales, y sobre todo respetando el orden jerárquico determinado en los artículos 424 y 425 de nuestra Constitución.

La firmeza de la Constitución como una norma jurídica efectiva se evidencia hasta en su última disposición (derogatoria), en la cual además de derogar la Constitución del 11 de agosto de 1998, deroga toda norma contraria a nuestra carta magna. Esto deja en claro que todas las normas jurídicas (pasadas y futuras) tendrán como fuente y punto de partida a la Constitución, lo cual indispensablemente les llevará a acomodar sus disposiciones al mandato constitucional.

Con todo lo dicho y aunque resulte redundante, es importante señalar que la “Supremacía es necesaria porque se requiere de una norma fundamentadora de todas las demás leyes y normas conformadoras del orden jurídico, esa es la Constitución; ella obliga a todos los demás ordenamientos a seguirla en todo su contenido, a no contravenirla, a respetarla por ser ley de mayor jerarquía”.⁷⁵

7. Control constitucional.

Respecto al control de constitucionalidad, el Boletín Mexicano de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México, manifiesta que no siempre se pudo determinar el control de constitucionalidad, sino a partir de que la Constitución fue concebida como norma y con cierta forma de organización política, mas no como un mero documento político, en virtud de lo cual, actualmente persigue garantizar la libertad individual, limitando y regulando las actividad de los gobernantes.⁷⁶

La necesidad de que exista el control de la constitucionalidad de las normas y disposiciones inferiores fue ya analizado por el jurista austriaco Hans Kelsen, quien contra el control difuso implantado en los Estados Unidos, inspira el control concentrado, cuyo fin es entregar el resguardo de la Constitución a un órgano único que puede ser un tribunal o corte constitucional. El fin de dar fuerza a un tribunal de carácter

⁷⁵ Soto Flores y otros, “Teoría de la Constitución”, 169-170.

⁷⁶ Biblioteca Jurídica Virtual, El Control de la Constitucionalidad, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/93/art/art4.htm>

especial, fue justamente el de limitar los abusos que pudieran producirse producto de la aplicabilidad de la ley.⁷⁷

Para German Bidart, el control de constitucionalidad tiene que ser visto desde dos ópticas respecto de los derechos humanos, la que se ejerce desde la interpretación negativa y la positiva.

Interpretación negativa.- Tiene como fin la declaración de inconstitucionalidad de la norma o disposición que agredan los derechos de las personas, es así que el tratadista señala, “el aspecto más llamativo, tal vez el más enérgico, en el que luce patentemente la defensa de la Constitución en favor de derechos que, reconocidos en ella, han sufrido lesión”.

Interpretación Positiva.- Este tipo de control maneja una interpretación conciliadora, es decir, “ha podido conciliar coherente y armoniosamente la normativa infraconstitucional que parecía discrepante con la normativa de la Constitución, y ha dado a la primera un alcance interpretativo compatible con la Constitución”.⁷⁸

Si de proteger los derechos del trabajador se trata, la interpretación negativa sería la ideal para el caso que se estudia, pues desde ningún ángulo se podría determinar una posible conciliación entre el decreto 813 y la Constitución.

Nuestro ordenamiento jurídico, por intermedio de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respecto del control de constitucionalidad, prevé tanto el control abstracto como el control concreto, a los que cabe referirnos.

7.1. Control abstracto.

De conformidad con el artículo 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, “tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico”.

Como parte del control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional, entre las varias competencias que le otorga el artículo 75, podrá resolver las acciones de

⁷⁷ Oyarte Martínez y otros, “Derecho constitucional para fortalecer la democracia”, 84-5.

⁷⁸ Bidart Campos, “Teoría general de los derechos humanos”, 410-11.

inconstitucionalidad en contra de las leyes, decretos, leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley. Así como “promover los procesos de inconstitucionalidad abstracta, cuando con ocasión de un proceso constitucional, encuentre la incompatibilidad entre una disposición jurídica y las normas constitucionales”.

Por tanto, tiene sustento nuestra afirmación en el sentido que la Corte Constitucional tiene plena competencia para resolver lo incompatible que resulta con nuestro ordenamiento jurídico la figura de compra de renuncias obligatorias por vulnerar la Constitución.

En el tema que nos ocupa es pertinente tomar en cuenta lo señalado en el artículo 76: “cuando una parte de una disposición jurídica la torne en su integridad inconstitucional, no se declarará la inconstitucionalidad de toda ella, sino que se invalidará la parte inconstitucional y dejará vigente la disposición así reformada”. Con toda seguridad, la Corte Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo 813 en la parte transgresora de los derechos del servidor público, es decir, la renuncia obligatoria, grosero contrasentido jurídico.

Si bien la norma determina que la declaratoria de inconstitucionalidad será aplicada como último recurso, también es necesario tener en cuenta que se debe declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones jurídicas ante una evidente contradicción normativa cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación al ordenamiento constitucional, lo cual precisamente ocurre en el tema en estudio.

7.2. Control concreto.

El artículo 141 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que el control concreto tiene como finalidad “garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales. Los jueces aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido”.

Control constitucional que guarda concordancia con lo determinado en los artículos 429 y 436 numerales 1, 2, 3 y 4 de la Constitución, los cuales determinan a la

Corte Constitucional como máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia.

En este mismo sentido, y con el fin de que sea la Corte Constitucional quien resuelva los casos concretos de inconstitucionalidad, el artículo 428 de la Constitución obliga a todos los jueces que de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional.

Sin embargo, los artículos 424, 425 y 426 de la Constitución, así como el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional abre una brecha, pues faculta a las juezas y jueces a aplicar las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía, disposición que contiene un tinte de control difuso de constitucionalidad, pues si bien es cierto que el juez no puede declarar la inconstitucionalidad de una norma, o sugerir a la Corte Constitucional lo haga, si puede desechar aquella norma que transgreda el ordenamiento constitucional y señirse explícitamente a la Constitución.

En este contexto, podríamos estar inmersos en un control mixto de constitucionalidad, pues por un lado toda jueza o juez está facultada a resolver en base de la Constitución y tan solo en caso de duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, podrán suspender la tramitación de la causa y elevarlo a consulta a la Corte Constitucional, con lo cual nuevamente entraríamos en un posible control abstracto o concreto de constitucionalidad.

En todo caso, queda claro que es la Corte Constitucional quien debe declarar la inconstitucionalidad de una norma. Para el caso que nos compete y como lo hemos señalado anteriormente, incurriría un control abstracto de constitucionalidad, pues la parte normativa que contiene el Decreto Ejecutivo 813 y que transgrede la Constitución, es la obligatoriedad en la compra de renunciaciones con indemnización.

Capítulo tercero

Problemática de la estabilidad y permanencia del servicio público en el Ecuador

1. Análisis del manejo de contratos por servicios ocasionales.

Como se ha referido en el capítulo anterior, el servidor estatal es toda aquella persona vinculada con la administración pública, ya sea por medio de mandato popular, nombramiento, designación directa, concursos públicos o contratos, cuyo fin será uno solo, el servicio público.

Si bien es cierto que el ingreso del servidor estatal está revestido de una relación legal y reglamentaria, también es cierto que muchas de ellas no son las adecuadas o han terminado por desbordar el límite que la Constitución y la Ley le ha proporcionado para incorporar o desvincular al servidor público. He aquí la necesidad de analizar y determinar cuál es la problemática de la estabilidad del servidor público.

Para referirnos a los contratos de servicios ocasionales, cabe mencionar las siguientes definiciones: El artículo 75 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Pública le da la siguiente definición al contrato administrativo: “Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; producto de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables.” El artículo 1454 del Código Civil reza: “Contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.

Luego de un largo análisis sobre si los contratos entre la administración pública y los administrados son de carácter público o privado, Miguel Marienhoff concluye que estos son contratos administrativos que se dan por “el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”.⁷⁹

⁷⁹ Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, tomo III-A, (Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 1983), 34.

Y es precisamente que como producto de ese acuerdo de voluntades, la administración y el administrado llevan a cabo la celebración de contratos de servicios ocasionales, cuyo fin es cumplir con necesidades eventuales, emergentes o extraordinarias que no forman parte de la actividad principal de la institución. Sin embargo, tales contratos se han constituido en el medio principal de contratación en el servicio público pese a que dicha forma de contratación no debería sobrepasar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad tal como lo determina el artículo 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Para situar precisamente a los contratos de servicios ocasionales, cabe compararlos con los contratos a plazo fijo sujetos al Código del Trabajo. La similitud entre estos dos contratos es el tiempo de duración, dos años; mientras que la principal diferencia podemos evidenciarla al cumplimiento del período de vigencia de los contratos, pues en el sector privado en caso de no recibir notificación alguna el trabajador al término de los dos años de contrato, este se convertirá automáticamente en un contrato a tiempo indefinido y en consecuencia una mayor estabilidad laboral; mientras que en el servicio público, una vez finalizado el segundo año del contrato ocasional, termina la relación sin margen de continuidad.

Citando doctrina extranjera, el Estatuto básico del empleado público español define a los funcionarios interinos como aquellas personas que por razones justificadas de necesidad o urgencia deben cubrir las funciones propias de los funcionarios de carrera. Además establece explícitamente las siguientes circunstancias en las cuales la administración pública puede efectuar su contratación: “a) La existencia de plazas vacantes mientras no se provean por funcionarios de carrera. b) La sustitución transitoria de los titulares. c) La ejecución de programas de carácter temporal. d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses”.⁸⁰

Al igual que en nuestro país, esta definición que ha dado la legislación española a los funcionarios interinos ha ocasionado un desbordamiento de la interinidad institucional, pues su trabajo no solo se ha constituido en cubrir las tareas propias de los funcionarios de carrera, sino que además terminan por ejercer todo tipo de función, hasta

⁸⁰ Ramón Parada, “Derecho Administrativo”, 415-416.

aquellas producto del ejercicio de la autoridad,⁸¹ Como es el caso de aquellos servidores públicos contratados para cubrir una necesidad momentánea y que terminan por subrogar o encargarse de cargos directivos, sin tener en muchos casos, la experiencia necesaria para hacerlo.

Los contratos de servicios ocasionales de ninguna manera generarán estabilidad para el servidor público, pues su característica en si crea transitoriedad en el puesto de trabajo. La Corte Nacional de Justicia respecto a este derecho del trabajador determina: “[...] es pertinente indicar que para que exista la igualdad ante la Ley y el derecho al “trabajo” que en el presente caso constituye la estabilidad en el sector público, el recurrente debió cumplir el requisito del concurso de méritos y oposición [...]”⁸²

En esta misma línea, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en sentencia No. 471-2009, respecto de los contratos de servicios ocasionales y si estos generan estabilidad laboral para el servidor público, señala:

[...] para considerarse amparados por los derechos y beneficios de la Carrera Administrativa debía mediar la expedición de un nombramiento. No quiere decir esto que para ejercer un puesto público no pudiera celebrarse contratos de servicios profesionales o contratos ocasionales que le otorgaban los mismos beneficios económicos y determinadas prestaciones que tenían los servidores públicos de carrera; sin embargo, este vínculo jurídico contractual no otorgaba –ni otorga actualmente bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Servicio Público- el derecho a la estabilidad, porque se estaría rompiendo la esencia que el legislador buscó en este tipo de contratos, especialmente, su transitoriedad. Es decir, que no puede equipararse los efectos jurídicos de los nombramientos administrativos con los contratos celebrados para la prestación de una función pública en razón de la estabilidad y protección integral de la carrera administrativa.⁸³

Como bien lo señala la Corte Nacional de Justicia, los contratos de servicios ocasionales deben ser ejecutados transitoriamente, es decir, con el fin de cumplir aquellas necesidades momentáneas de la administración y en los tiempos determinadas

⁸¹ *Ibíd.*, 416-7.

⁸² Ecuador Recurso de Casación No. 435-2009, Resolución No. 53-2013, Corte Nacional de Justicia – Sala de lo Contencioso Administrativo, 6.

⁸³ Ecuador Recurso de Casación No. 471-2009, Resolución No. 36-2013, Corte Nacional de Justicia – Sala de lo Contencioso Administrativo, 2-3.

por el asambleísta en la Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento General. Sin embargo, aquellas necesidades no siempre resultan ser eventuales, por lo que las instituciones públicas, con la finalidad de extender la contratación de aquel personal que ha excedido los dos años, han aplicado las contrataciones de personal sujeto a proyectos de inversión, contratos de servicios profesionales o nombramientos provisionales de aquellas partidas que se encuentran en proceso de concurso público de méritos y oposición, claro está, con las maniobras y artilugios que se puedan dar en base de lo determinado por las respectivas normas.

En este contexto, Ramón Parada hace una diferencia entre un servidor público de carrera y uno que no lo es, la cual recae fundamentalmente en la permanencia que este pueda tener en el servicio público, aunque a su vez acota, que aquella inamovilidad que diferencia al uno del otro ya no está garantizada para el servidor de carrera.⁸⁴

El artículo 58 de la LOSEP y 143 de su Reglamento General, establecen expresamente que este tipo de contratos no generan estabilidad, en franca contradicción con los preceptos constitucionales que garantizan la estabilidad para los servidores públicos.

Por tanto, el contrato de servicios ocasionales presenta las siguientes particularidades:

1. En ningún caso genera estabilidad laboral;
2. El número de contratos de servicios ocasionales no podrá sobrepasar del veinte por ciento del personal total de una institución;
3. Para los casos en que una institución pública, deba sobrepasar el porcentaje indicado, deberá contar con la autorización obligatoria del Ministerio de Relaciones Laborales;
4. El plazo máximo de duración será de doce meses o hasta finalizar el ejercicio fiscal;
5. Se podrá renovar por una sola ocasión, por un máximo de 24 meses contados desde la firma del contrato inicial;
6. Todo inicio, cambio o renovación de contratos, no podrá exceder el plazo de 24 meses, debiendo tomarse en cuenta que todo inicio de un nuevo contrato, no altera

⁸⁴ Ramón Parada, “Derecho Administrativo”, 414-415.

- la secuencia de tiempo trabajado por el servidor público y que deberá ser considerado para su cálculo;
7. Para que el servidor público pueda ser contratado nuevamente luego de cumplidos los 24 meses que determina la norma, necesariamente deberá ausentarse por el lapso de un ejercicio fiscal;
 8. Concluido el plazo determinado en el número anterior, no se podrá volver a contratar a la misma persona en la misma institución. Salvo el caso de puestos comprendidos en proyectos de inversión o en la escala del nivel jerárquico superior de conformidad con el artículo 58 de la LOSEP y 144 de su Reglamento General;
 9. No se reconocerá indemnizaciones por supresión de puesto o partida o incentivos para jubilación;
 10. No se reconocerán licencias ni comisiones de servicios con o sin remuneración pues la naturaleza del contrato de servicios ocasionales no lo permite; y,
 11. No se reconocerán derechos como estabilidad laboral, licencias con y sin remuneración, jubilación, etc., mientras el servidor público no forme parte de la carrera administrativa, tras haber sido declarado ganador de un concurso público de méritos y oposición.

Las instituciones públicas han tomado como norma común, de aplicación general, la contratación de su personal bajo la modalidad de servicios ocasionales, situación que sumado a la falta de garantías que aseguren la estabilidad y permanencia del servidor público en este tipo de contratos da lugar propicio al abuso de poder por parte de la autoridad nominadora o jefe inmediato, que en no pocas ocasiones suelen ejercerlo para amedrentar o intimidar a los servidores bajo la advertencia de que en cualquier momento, pueden declarar terminado el contrato, o no renovarlo, lo cual no solo constituye una violación a la estabilidad laboral, sino que sobre todo perturba la tranquilidad del trabajador y de su familia, lo cual disminuye su rendimiento laboral.

Se constituye en una necesidad para el servicio público, siempre y cuando su esencia sea puesta en práctica, es decir, para la contratación de personal idóneo y por las necesidades específicas de un puesto. Si hablamos de necesidades específicas, éstas se desarrollarán por un tiempo determinado y mientras persista dicha necesidad. El

indebido manejo de esta figura, ha desbordado el tipo de contratación en el sector público, pasando de lo general a lo particular, de lo permanente a lo eventual, de los nombramientos a los contratos de servicios ocasionales y de la estabilidad a la inestabilidad del servidor público.

En este punto, Elmer Arce considera que esta actitud debería ser criticada, puesto que “uno de los pocos ámbitos donde se requiere necesariamente un personal fijo es la administración pública. No pueden haber políticas públicas de desarrollo eficaces y exitosas con un personal inestable”.⁸⁵

Seguramente la ley se vuelve muy permisiva y deja varias puertas abiertas para la incorrecta ejecución de los contratos de servicios ocasionales. Si bien el artículo 143 del Reglamento General a la LOSEP, establece el período máximo de doce meses para poder contratar bajo esta figura a una persona, y doce meses adicionales como única renovación de dicho contrato, también es cierto que no se pone un límite para hacer uso de la partida que lo financia y con ello evitar la rotación de personal.

Lo crítico en este tipo de contratos, no solo es la inestabilidad del servidor público, sino el derroche de recursos estatales que se invirtieron en una persona por el lapso de hasta dos años, luego de lo cual, ese servidor conocedor del área y funciones del puesto, debe ser remplazado por una persona nueva.

Aquella afectación que produce la inestabilidad en el servidor público no solo que debe ser vista a corto plazo como el mero desempleo, sino en la pérdida de derechos que el mismo pudo haber conseguido por sus años de servicios. El ingreso a la carrera administrativa implica un borrón y cuenta nueva del trabajador en el servicio público, pues la misma no le garantiza el reconocimiento de derechos por los años de servicio bajo figuras contractuales. Cuestión contradictoria pues por un lado la Constitución de la República establece que son servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público, mientras que por otro lado el reconocimiento de derechos como la estabilidad, asensos, jubilación, etc., son reconocidos tan solo a

⁸⁵ Elmer Arce Ortiz, Estabilidad laboral y contratos temporales, (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006), 56.

quienes hayan ingresado al servicio público a través de un concurso de méritos y oposición.

Lo criticable no es la calificación de los servidores públicos como tal ni la forma de su ingreso, lo criticable es la excesiva aplicación de contratos ocasionales y la falta de reconocimiento de derechos a quienes hayan sobrepasado la temporalidad de lo ocasional, es decir, los dos años que dispone la ley como límite. La mera necesidad de mantener a un servidor público luego de los dos años de contrato debería garantizar no solo el ingreso al servicio público sino el reconocimiento automático de los derechos pre-adquiridos por el trabajador. Como ejemplo haremos un símil con los contratos a plazo fijo y plazo indefinido aplicados al trabajador privado, en cuyos casos el reconocimiento de derechos no se elimina por el cambio de figura del tipo de contrato, sino que al contrario el reconocimiento de derechos se ven fortalecidos por los años de servicio del trabajador.

Por otro lado habrá que preguntarse cuáles son las razones para que el Estado se vuelva permisivo en la excesiva aplicación de contratos de servicios ocasionales y seguramente la respuesta la encontraremos no solo en una falta de organización estructural del servicio público, sino en un beneficio propio para las arcas del Estado, pues le resulta más barato tener miles de trabajadores contratados en donde no se reconocen los derechos que se derivan de la carrera administrativa y su separación puede ser ejecutada en cualquier momento; a tener trabajadores de carrera que le implica necesariamente un gasto adicional como son las licencias con o sin remuneración, capacitación, jubilación del trabajador, etc.

Si la ley establece límite de tiempo para contratar y renovar el contrato de servicios ocasionales, lo concordante sería establecer un límite de contrataciones con una misma partida, lo cual evitaría la continua celebración de contratos para cumplir de forma permanente las funciones propias de la Administración Pública.

2. Análisis del decreto ejecutivo 813: legalidad y constitucionalidad de la compra de renuncias obligatorias.

La terminación abrupta, unilateral y sin causa justa que en el Régimen Laboral Ecuatoriano (sector privado) se conoce como *despido intempestivo*, entendiéndose como

la limitación de la garantía de la estabilidad laboral por parte del empleador, tiene realización hoy en el sector público por medio de la figura jurídica conocida como *compra de renunciaciones obligatorias* (Decreto Ejecutivo 813), la cual ha provocado la separación injustificada e infundada del servidor público de su cargo, y ha dado lugar a cuestionamientos respecto a su legalidad y constitucionalidad.

Al respecto, la visión del Secretario Jurídico de la Presidencia es la siguiente:

Que siendo el despido una figura similar a la “compra de renunciaciones con indemnización”, la OIT, en forma clara y con fundamento en sus acuerdos y recomendaciones, a los cuales se ha adherido los diferentes países, están permitidas de manera regulada conforme los diversos instrumentos internacionales, que disponen que si bien debe protegerse la seguridad en el empleo de los trabajadores, también deben equilibrarse los distintos intereses, por lo que la OIT, al regular el despido intempestivo, establece que este puede producirse solamente cuando se garantice en forma previa el pago de una adecuada indemnización.⁸⁶

La declaración del Secretario Jurídico de la Presidencia, Alexis Mera, fortalece aún más nuestra apreciación sobre la similitud que guarda el despido intempestivo con la compra de renunciaciones obligatorias, por lo que al estar frente a un acto de separación abrupta, unilateral y sin causa justa, no se estaría cumpliendo con los derechos constitucionales de respeto a la estabilidad laboral del servidor público; y, sobre todo a motivar todo acto administrativo, resoluciones o fallos, ante lo cual todo acto debe ser declarado nulo.

Si nos referimos a la renuncia como tal, Jorge Lambías la define como: “[...] el abandono o abdicación que el titular de un derecho realiza con respecto a cualquier prerrogativa suya, inclusive la misma titularidad del derecho de que se trate, lo que siempre le está permitido efectuar cuando la facultad renunciada, siendo separable de la persona del renunciante, le ha sido concedida en su interés particular”.⁸⁷

⁸⁶ Alexis Mera Giler, en contestación a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Luis Serrade Peláez, Miguel García Falconí y otros, relaciona a la compra de renunciaciones obligatorias con el despido intempestivo. En Sentencia Corte Constitucional Ecuatoriana No. 003-13-SIN-CC, Caso No. 0042-11-IN y 0045-11-IN, 2013, p. 6.

⁸⁷ Juan Carlos Fernández Madrid y otros, “Doctrinas Esenciales: Derecho del Trabajo/1ª ed”, (Buenos Aires, Editorial FEDYE, Tomo III, 2010), 248.

Si debemos entender la renuncia como la mera liberalidad que tiene el empleado en tomar una decisión, frente a ellos ¿en qué momento la figura de compra de renuncia obligatoria constituye un hecho potestativo de la administración?, ¿no sería más sencillo ampliar la figura del despido intempestivo del área privada a la pública y con esto dejar de lado las contradicciones que la compra de renuncia obligatoria ha ocasionado en la legislación? Evidentemente que no, pues de querer hacerlo, se requeriría de una reforma o enmienda constitucional que elimine el derecho a la estabilidad del servidor público.

Entonces es necesario determinar si los procedimientos implementados para ejecutar la separación del servidor público de su cargo, son legales, y que puede hacer este para salvaguardar su derecho al trabajo, es decir, determinar qué grado de vulneración genera la compra de renuncia obligatoria a los servidores públicos respecto de sus derechos laborales.

Si hemos visto que el pronunciamiento de la Corte Constitucional, respecto a la demanda de inconstitucionalidad⁸⁸ fue en estricto sentido de señalar que no se trataba de un acto inconstitucional, sino ilegal, y que por ende le corresponde al Tribunal Contencioso Administrativo pronunciarse al respecto, no queda más que esperar un pronunciamiento formal sobre el tema, mientras tanto, los servidores públicos estarán expuestos a una total indefensión. Hay que tener en cuenta que no se trata de un procedimiento administrativo (sumario administrativo) como resultado del cual se puede legalmente destituir a una persona de su cargo, se trata de acto impuesto por el Ejecutivo, que violenta los derechos del servidor público.

La compra de renuncia obligatoria, al igual que el “retiro flexible de los empleados de carrera por necesidad del servicio” determinada en la Ley 909 colombiana, fue señalado por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública Colombiana como: “lo que se persigue es hacer difícil el acceso al servicio público y flexible su salida”.⁸⁹

Palabras que recaen con precisión en nuestra realidad laboral, pues si hemos establecido todo un sistema de ingreso al servicio público por medio de la

⁸⁸ Ecuador. Sentencia Corte Constitucional No. 003-13-SIN-CC, Caso No. 0042-11-IN y 0045-11-IN, 2013.

⁸⁹ Jaime Vidal, Viviana Díaz y Gloria Rodríguez, *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*, (Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario), 541-542.

implementación de una plataforma y un subsistema de reclutamiento y selección de personal, con una constante vigilancia para que los procedimientos sean transparentes y claros a cargo del Ministerio de Relaciones Laborales y el Instituto Nacional de la Meritocracia, de la misma forma debería aplicarse un sistema ordenado y respetuoso de salida del servidor público.

2.1. Decreto ejecutivo 813.

Mediante Decreto Ejecutivo 813 de 7 de julio de 2011, publicado en el suplemento del Registro Oficial No 489 de 12 de julio del mismo año, el Ejecutivo decide incluir varias reformas al Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público, entre las cuales, el artículo 8 establece la compra de renuncia obligatoria.

Luis Serrade Peláez se ha referido a la compra de renuncia obligatoria como una figura que atenta al derecho al trabajo y colindantemente al derecho a la jubilación, pues los servidores públicos “serían obligados a vender su renuncia faltándoles pocos años para cumplir los requisitos de acceso a ésta”. Acota también que esta figura previamente fue puesta a consideración de la Asamblea Nacional por parte del Señor Presidente de la República, con la objeción parcial a la Ley Orgánica del Servicio Público, misma que fue rechazada por la Asamblea con un total de 95 votos.⁹⁰

Ante la demanda de inconstitucionalidad, la Procuraduría General del Estado argumentó la necesidad de que la disposición señalada en el artículo 47 literal k) de la Ley Orgánica del Servicio Público “*compra de renuncia con indemnización*”, sea reglamentada. Es por ello que pretenden justificar la actuación del Presidente de la República, al señalar que en cumplimiento con el artículo 147 numeral 13 de la Constitución, se reglamentó dicha disposición.⁹¹

A todas luces una argumentación que obvia la parte esencial de la ilegalidad e inconstitucionalidad en la cual incurrió el Ejecutivo, la obligatoriedad en la aplicación de la norma, es decir, pasó de ser “*compra de renuncia con indemnización*” a “*compra de renuncia obligatoria*”.

⁹⁰ Luis Serrade Peláez, Demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra del Decreto Ejecutivo 813, 3.

⁹¹ Sentencia Corte Constitucional No. 003-13-SIN-CC, Caso No. 0042-11-IN y 0045-11-IN, 2013, 9-10.

La Ley Orgánica del Servicio Público para los casos de cesación definitiva, en su artículo 47 manda: “La servidora o servidor público cesará definitivamente en sus funciones en los siguientes casos: *k) Por compra de renuncias con indemnización*”. Disposición que no altera los derechos constitucionales del trabajador, pues no establece obligatoriedad y no vulnera el consentimiento del trabajador para posibilitar la compra de renuncia.

Al no existir líneas preestablecidas que puedan transparentar la compra de renuncias obligatorias, la potestad recae en la autoridad nominadora y los equipos técnicos de las UATH, quienes basados en ligeros resultados de evaluación, forjarán una justificación al acto de compra obligatoria.

La violación de la jerarquía normativa y de los derechos del trabajador se hace patente también si consideramos que el decreto 813 vulnera abiertamente el derecho a la estabilidad reconocido en el artículo 81 de la LOSEP para los servidores públicos, pues se establece la carrera administrativa, con el fin de obtener eficiencia en la función pública, mediante la implantación del sistema de méritos y oposición que garantice la estabilidad de los servidores idóneos. Expresamente la norma *ibídem* prohíbe considerar o calificar como puestos de libre nombramiento y remoción a aquellos puestos protegidos por la carrera del servicio público.

En cuanto a la indemnización por la renuncia obligatoria, la reforma incorporada por el decreto 813 al Reglamento de la LOSEP, establece otro hecho inconcebible por lo desbordado: Una vez obtenida la partida presupuestaria, se procederá a cancelar como medio de indemnización el monto de cinco salarios básicos unificados por año que en ningún caso podrá exceder de ciento cincuenta salarios básicos unificados. Con lo que no solo se coarta el derecho al debido proceso y a la legítima defensa, sino que además los servidores públicos en tal situación no pueden rehusarse a aceptar lo dispuesto en la norma, es decir, tienen que resignarse a perder una indemnización que debería ser tomada en cuenta de conformidad a sus años de servicio.

El artículo 89 de la LOSEP establece que además de los derechos que se le otorga al servidor público en el artículo 23 de esta misma Ley, gozarán de las siguientes garantías adicionales: “a) Estabilidad en sus puestos. Solo serán destituidos por las causas determinadas en esta Ley y luego del correspondiente sumario administrativo”. Si

bien se establece en la ley la compra de renuncias con indemnización, como un presupuesto de separación, en ningún caso debió exceder estos límites el Decreto Ejecutivo 813 e incorporar la obligatoriedad de la misma.

Como se advierte, la violación de derechos básicos de los trabajadores es lo característico en el decreto 813, por lo que será necesario analizar el alcance normativo de los decretos, el principio de supremacía constitucional y a la constitución como fuente de fuentes del sistema jurídico ecuatoriano.

2.2. Análisis constitucional.

Si partimos de que la Constitución “expresa, significativamente, la estructuración técnico jurídica del Estado, de manera que el Estado y Constitución son conceptos interdependientes que configuran la convivencia política”⁹², y por ende pretende garantizar los derechos y libertades de los individuos y grupos; debemos también considerar que al haberse constituido nuestra Constitución en una fuente de garantías de derechos y justicia, el papel preponderante de los derechos humanos estaría sobre el mismo Estado.

Esta sobre posición de los derechos de las personas es lo que ha sido definido como bloque de constitucionalidad, el cual se constituye como:

[...] instituto jurídico que integra los valores, principios y reglas del sistema jurídico, que no se encuentran en el articulado de la Constitución, los cuales se desprenden de cláusulas de remisión establecidas en el cuerpo constitucional; como resultado, nuevos valores y principios se entienden anexados al texto constitucional con igual fuerza normativa, en un sentido sustancial en aplicación inmediata y directa del principio pro ser humano.⁹³

Al estar conformado el bloque de constitucionalidad por los principios, valores y normas que han sido adheridos al texto constitucional, debemos tener en cuenta que los mismos pueden provenir del contexto legal de otra norma o jurisprudencia, tanto así que

⁹² Jorge Zavala Egas, Derecho Constitucional, t I, (Guayaquil, 1999, Editorial EDINO), 102-103.

⁹³ Danilo Alberto Caicedo Tapia, El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución, (FORO Revista de Derecho No. 12, UASB-Ecuador, Quito, 2009), 8.

“No bastará leer la Constitución para conocer el contenido de las normas con valor constitucional”.⁹⁴

Este contenido de las normas al cual se refiere Rodrigo Rivera, de ninguna manera puede volverse en contra o desconocer el mandato Constitucional, más aún si tomamos en cuenta el orden jerárquico de las normas señalados por Hans Kelsen en el siguiente orden: La Constitución y los tratados internacionales, leyes orgánicas y especiales, leyes ordinarias, decretos ley, reglamentos, ordenanzas y sentencias.

Entonces, si hemos señalado que existe un reconocimiento total de los derechos que provienen más allá del límite constitucional, y que las normas de carácter inferior a la Constitución y los tratados internacionales no pueden contradecir sus postulados, vale señalar entonces las evidentes inconstitucionalidades que se presentan en la figura de compra de renunciaciones obligatorias, tal como lo podemos evidenciar en los artículos 3, 11 numerales 3, 4, 6, 8 y 9, artículo 66 numeral 2, 120 numeral 6, 147 numeral 13, 229, 325, 326 numeral 2, 424 y 425, principios y derechos que se ven afectados por el Decreto Ejecutivo 813, como lo son:

1. Derecho al trabajo e irrenunciabilidad al mismo por parte de los servidores públicos;
2. Intangibilidad de los derechos laborables. Será nula toda estipulación en contrario;
3. Afectación al efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, más aún si tomamos en cuenta que todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles e interdependientes;
4. Restricción del contenido de los derechos y garantías constitucionales; y,
5. Falta de garantías para el desarrollo de los derechos de manera progresiva. Todas las acciones u omisiones que disminuya, menoscabe o anule el ejercicio de los derechos serán inconstitucionales.

Además, si consideramos que la Constitución es la norma suprema que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, el Decreto Ejecutivo 813 debería mantener conformidad con las disposiciones constitucionales y legales, caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

⁹⁴ Rodrigo Rivera Morales, XXVI CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, (Universidad Libre, Bogotá, 2005), 123.

No hay que descuidar las atribuciones de la Asamblea Nacional respecto a la expedición, codificación, reforma y derogación de leyes, pues al emitir el Ejecutivo una norma inferior que fricciona el mandato legal, automáticamente está abrogándose funciones que de acuerdo con nuestra Constitución, no le compete.

Lo inconstitucional de la figura establecida por el Ejecutivo, no solo radica en lo atentatoria a los derechos de los servidores públicos, sino que su misma denominación involucra una contradicción. En efecto, la renuncia, es un “acto jurídico unilateral por el cual el titular de un derecho abdica al mismo, sin beneficiario determinado.”⁹⁵ Si la renuncia es una abdicación voluntaria que ejerce con todo derecho el trabajador, resulta claro, que nadie está obligado a hacer algo que atente contra sus propios derechos. La obligatoriedad en la renuncia, disfraza indudablemente el despido intempestivo que ha sentado sus realidades en el sector público.

Constitucionalmente no encontramos una disposición que permita al Ejecutivo incluir a la compra de renunciaciones obligatorias como parte del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, y por sobre todo semejante figura viola flagrantemente la esencia misma de la Constitución, que postula por la garantía fundamental de los derechos de las personas, para con de ellos conseguir el buen vivir o *sumak kawsay*.

Al hablar la Constitución de la inalienabilidad del derecho al trabajo sencillamente ese derecho no puede ser desconocido ni negado a persona alguna. Por lo que, el Decreto Ejecutivo en análisis evidentemente constituye una disposición arbitraria e inconcebiblemente regresiva respecto de los derechos adquiridos por el trabajador. Al ser el Ejecutivo el emisor de una norma violatoria de los derechos determinados en la Constitución, de conformidad con el artículo 436 de nuestra Ley Suprema, le correspondería a la Corte Constitucional en su calidad de Máximo Órgano en Administración de Justicia e Interpretación Constitucional: “Declarar la inconstitucionalidad en que incurren las instituciones del Estado o autoridades públicas”, es decir, tomar las medidas necesarias para restituir los derechos del trabajador.⁹⁶

⁹⁵ LEXIS, en

<http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/Search/HerramientasJuridicas/DiccionarioJuridico.aspx>

⁹⁶ Ver 2.6 sobre el Control de Constitucionalidad.

Sin embargo, aquel mandato constitucional no es visto como tal por la Corte Constitucional, pues a través de su sentencia No. 003-13-SIN-CC no declara la inconstitucionalidad del artículo 8 del Decreto Ejecutivo 813, bajo el argumento de que la materia que se trata no es de relevancia constitucional, sino de legalidad, lo cual de ninguna forma resulta coherente pues la afectación de los derechos de los servidores públicos es completamente visible.⁹⁷

La sentencia termina por señalar que la Constitución Ecuatoriana no genera una propuesta de reemplazo de la justicia ordinaria por parte de la constitucional, por lo tanto el artículo 8 del Decreto Ejecutivo 813, al ser una norma presuntamente contraria a la Ley Orgánica del Servicio Público, es la jurisdicción contencioso administrativa la competente para resolver su ilegalidad, cuyas atribuciones se encuentran detalladas en el artículo 10 literal a) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y artículo 217 numerales 1 y 3 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Con tal mandato, ¿Dónde queda el derecho al trabajo, considerado también como derecho económico, fuente de la realización personal y base de la economía del Estado según lo determina el artículo 33 de la Constitución?, Estado que además debe velar por la realización personal de todo ciudadano.

Es así que el artículo 229 de la CRE, establece que los servidores públicos y todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público tendrán garantizados sus derechos, que son irrenunciables. Al hablar de irrenunciabilidad de derechos, se supone que la Constitución proscribiera cualquier disposición en contrario y vela por la protección de los sectores más vulnerables para buscar el equilibrio social por medio de lo justo y equitativo.

En el mismo sentido el artículo 326 de la CRE, establece enfáticamente que se considerará nula toda disposición contraria al derecho al trabajo.

⁹⁷ En este sentido la Corte Constitucional manifiesta que no es un asunto de competencia de la justicia constitucional. Por otro lado, precisa que el ordenamiento jurídico contempla mecanismos jurisdiccionales de protección pertinentes para la tutela de los derechos de las personas que puedan ser objeto de lesiones como consecuencia de una antinomia normativa de rango infraconstitucional. Sostener lo contrario y permitir que la justicia constitucional, en este caso la Corte, incurriera en esas competencias lesionaría el principio de interpretación integral de la Constitución y generaría como resultado que la justicia constitucional termine por absorber a la justicia ordinaria.

La disposición reglamentaria en cuestión (Decreto Ejecutivo 813) vulnera además un principio esencial de nuestro sistema jurídico: el de jerarquía normativa. Más aún si tenemos en cuenta que por las características propias de la CRE ha sido definida como el principio mismo de las normas o fuente de fuentes⁹⁸ del sistema jurídico ecuatoriano.

Todos estos criterios seguramente condujeron a la Asamblea Constituyente a considerar en transformar una carta política de derechos (1998), a una carta política de derechos y justicia mucho más garantista y fortalecida como norma jurídica de la cual nacerán todas las demás que deban regir el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo tanto no podrán alterar ni modificar su mandato constitucional.

Los artículos 424 y 425 reconocen a la Constitución y a los tratados internacionales en temas de derechos humanos como normas supremas que prevalecerán sobre cualquiera otra del ordenamiento jurídico, estableciendo el siguiente orden jerárquico de las normas: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Ahora bien, en cuanto a los reglamentos, como se ha visto, normas de carácter totalmente inferior, existen los denominados por Patricio Secaira como Reglamentos Autorizados que son aquellos: “expedidos por la administración en razón de que la propia ley le faculta o mejor le obliga a dictarlos y sirven de complemento a la ley, para

⁹⁸ En su concepción tradicional, las fuentes del derecho han sido definidas como el origen del derecho, como normas jurídicas en cuanto sirven de fundamento de validez al proceso de creación normativa. Por otro lado, la mayoría de autores han clasificado a las fuentes del derecho como reales⁹⁸ y formales, llegando a determinar que las formales constituyen la ley y la costumbre. “La doctrina y la jurisprudencia se consideran como autoridades o fuentes indirectas”. Ver en Marco Gerardo Monroy Cabra, Anuario de Derecho Constitucional, (Montevideo, Konrad Adenauer, 2002), 13-14.

Las fuentes del derecho laboral en su estricto sentido formal, han sido definidas por Julio Cesar Trujillo como “las fuentes del conocimiento y que consisten en el conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico laboral positivo, del que constan los derechos y garantías del trabajo” Ver en Julio Cesar Trujillo Vásquez, Derecho del Trabajo, (Quito, EDUC, 1973), p. 49.

Para Juan Montaña Pinto, el sistema de fuentes en nuestro sistema jurídico responde a una serie de influencias tales como: Tradicional.- Propugna por mantener las instituciones jurídicas que han estructurado el modelo constitucional por más de 180 años; Progresista.- Planteó la necesidad de promover una verdadera revolución constitucional que proviene del “constitucionalismo garantista”; y, Socialista.- Busca cambiar el paradigma constitucional por uno cercano al socialista revolucionario en base de la justicia e igualdad de todos los componentes del pueblo ecuatoriano. Ver en Juan Montaña Pinto, Teoría utópica de las fuentes del derechos ecuatoriano, 1era ed., (Quito, Corte Constitucional para el periodo de transición, 2012), p. 77-78.

regular ciertos hechos o procedimientos, su objetivo es asegurar el cumplimiento de la ley, es decir hacer viable su ejecución. Norman situaciones no previstas en la ley [...]”.⁹⁹

Para Francisco Tinajero, los reglamentos emitidos por el ejecutivo tienen como finalidad “completar la ley o asegurar su ejecución”, es así que necesariamente deberán estar “subordinados directamente a la Ley a la cual acceden, o a la cual se refiere para hacer posible y clara su aplicación”.¹⁰⁰

En la misma línea, Juan Carlos Cassagne señala que “son reglamentos ejecutivos o de ejecución los que dicta el Poder Ejecutivo, bajo ese inciso, en ejercicio de facultades constitucionales propias, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, regulando detalles necesarios para un mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador”.¹⁰¹

Si bien es cierto que la colaboración del poder reglamentario es necesario, también es cierto que este no podrá situarse bajo ninguna circunstancia en una posición semejante a la del legislador; pues de hacerlo, sus actuaciones serían completamente ilícitas.

Si tomamos en cuenta que la potestad reglamentaria deriva de la Constitución, a falta de una disposición legal, esta podrá entrar a normar necesidades de la administración. Podríamos decir que esta es la única circunstancia en la cual la facultad reglamentaria actúa de manera libre e independiente de la ley, es decir que tal subordinación no existiría pues no hay ley que establezca control alguno. Sin embargo, la facultad reglamentaria se verá limitada ante la Constitución, debiendo sujetar su acción a los límites que esta le proporciona.

Queda claro entonces que la facultad de un reglamento no es la interpretación de la ley, sino la aplicación plena de ese ordenamiento jurídico, por lo cual no puede contrariarlo. Aquella facultad reglamentaria que la Constitución le ha reconocido al Ejecutivo debe ser vista como la potestad que tiene la administración para expedir normas secundarias, inferiores y sobre todo subalternas a la ley; más no como una norma paralela que pretende regular o sancionar aquello no considerado por el Legislativo.

⁹⁹ Secaira Durango, “Curso Breve de Derecho Administrativo”, 80.

¹⁰⁰ Francisco Tinajero Villamar, *La reforma de la Constitución*, (Quito, Editorial ILDIS JURISPUCE, 1998), 137.

¹⁰¹ Juan Carlos Cassagne, *El principio de legalidad y control judicial de la discrecionalidad administrativa*, (Buenos Aires, Editorial Marcial Pons Argentina, 2009), 152.

El artículo 84 de la Constitución de la República expresamente determina que la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, lo cual deja en claro que ninguna norma podrá estar desvinculada de la ley suprema, pues de ser así, los derechos del ser humano, de las comunidades, pueblos y nacionalidades podrían verse afectados.

De lo expuesto, podemos determinar que las disposiciones emanadas del Decreto Ejecutivo 813, respecto a la obligatoriedad de la compra de renuncias del servidor de carrera carecen de total legitimidad por transgredir la Constitución y la Ley Orgánica del Servicio Público. Debemos tener en cuenta que dentro de la línea de protección a los derechos fundamentales, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 23 garantiza las condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y la protección contra el desempleo y va más allá en su artículo 30 al establecer que no se podrá interpretar ninguna disposición en el sentido en que atente contra los derechos y libertades proclamados a favor del trabajador.

Para José Castán Tobeña los derechos humanos han sido determinados como:

Aquellos derechos fundamentales de la persona humana –considerada tanto en su aspecto individual como comunitario- que corresponda a ésta por razón de su propia naturaleza (de esencia, a un mismo tiempo, corpórea, espiritual y social), y que deben ser reconocidos por todo poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio ante las exigencias del bien común, y, en sentido positivo se llaman, así, derechos del hombre a los regulados en las Constituciones políticas de los Estados, y ahora también, en el plano internacional[...]¹⁰²

Ahora bien, al sumergirnos en los derechos humanos como tal, debemos tener en cuenta que estos se constituyen en la fuente misma del reconocimiento de los derechos fundamentales y consecuentemente en el reconocimiento de derechos constitucionales por parte de los Estados. Aquellos contenidos determinados por el derecho internacional y que son incorporados en el derecho interno es lo que ha sido denominado por Lina

¹⁰² José Castán Tobeña, “Los Derechos del Hombre”, Ed. REUS S.A, 1976, 13-14, en Salvador Alemany Verdaguer, Curso de Derechos Humanos, (Barcelona, Ed. BOSCH, 1984), 15-16.

Parra como contenidos mínimos¹⁰³ de cumplimiento obligatorio. La responsabilidad del cumplimiento de los derechos recaerá en el Estado, quien tiene la obligación de implementar una serie de medidas positivas con un estándar básico para garantizar jurisdiccionalmente el denominado contenido esencial.

La diferencia entonces radicará en la normatividad que protege el derecho de la persona, lo cual a la larga resulta altamente beneficioso para el trabajador pues con ello se da paso a una doble protección del derecho al trabajo. Por un lado tenemos los derechos constitucionales y que son de plena protección por parte del Estado, mientras que por otro lado el derecho del trabajador se encuentra recubierto por los derechos esenciales o de contenido mínimo propio del derecho internacional y al cual se encuentra adherido el Estado Ecuatoriano.

El contenido esencial del derecho al trabajo parte de los bienes jurídicamente protegidos como lo es la estabilidad, permanencia, jubilación, etc., que se encuentran plenamente resguardados por el Estado y cuya responsabilidad en concreto es depositada a la Corte Constitucional.

Piénsese entonces que la expedición del Decreto Ejecutivo 813 determina que los servidores públicos pueden ser separados de sus puestos de trabajo sin causa justa. Esta norma a todas luces resulta inconstitucional pues está afectando el contenido esencial del derecho al trabajo y por lo tanto podría la Corte Constitucional haber resuelto con fundamentación en esto. Algo que no consideró la Corte Constitucional es la importancia de las normas de derecho internacional pues si bien no resolvió en base de los derechos constitucionales, siguen vigentes los derechos fundamentales y de plena vigencia para el Estado.

Por otro lado, Lina Parra señala que al proporcionar la Constitución ecuatoriana igual jerarquía a los derechos, se procedió a una constitucionalización de los derechos humanos, lo cual nos lleva a tener garantías reforzadas establecidas a través de varios

¹⁰³ Existen dos ámbitos de regulación de los derechos, aquel denominado como contenido mínimo el cual es proporcionado por el derecho internacional y los contenidos esenciales que es dado por el derecho interno. En ningún caso se trata de casos incompatibles, pues aún en los casos en que los Estados no hayan cumplido con su labor de incorporación y desarrollo, las personas tienen la certeza de que tienen un derecho garantizado desde el derecho internacional; en este caso, contenido esencial y contenido mínimo se confundirían por causa de la inacción del Estado. Se puede ampliar información sobre este tema, en Lina Parra, *Constitucionalismo contemporáneo y la teoría del contenido mínimo. El derecho al trabajo*, (Quito, Corporación Editorial Nacional, Primera Edición, 2013), 71-73.

tipos de acciones constitucionales o garantías jurisdiccionales como es el caso de la acción de protección¹⁰⁴, acción extraordinaria de protección¹⁰⁵, acción de habeas corpus¹⁰⁶, acción de incumplimiento¹⁰⁷, entre otras dependiendo de la vulneración de derechos.¹⁰⁸ Para el caso que nos compete, varias han sido las acciones de protección interpuestas en contra de la aplicación del Decreto Ejecutivo 813.

Mas allá de que los derechos humanos hayan sido constitucionalizados en el Ecuador, se debe tener en cuenta los tratados internacionales y que resultan de cumplimiento obligatorio para los Estados. Además, ante la inobservancia de las normas constitucionales y la vulnerabilidad en la que pueda verse el trabajador, este podrá acudir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y exigir ante la comunidad internacional se haga respetar los derechos fundamentales de las personas.

En esta misma línea Miguel Carbonell manifiesta que los derechos fundamentales, deben ser protegidos, más aún cuando estos derechos son considerados como aquellos que están consagrados en la Constitución, es decir, en el texto que se considera supremo dentro de un sistema jurídico determinado.¹⁰⁹

Hasta aquí, bajo todo punto de vista el decreto 813 es evidentemente atentatorio, inconstitucional, ilegal y arbitrario; sin embargo, su aplicación continuará mientras no exista derogatoria o declaratoria de invalidez de la norma.

¹⁰⁴ Respecto de la acción de protección, la CRE en su artículo 88 establece: La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación. Para conocer las condiciones concurrentes de procedibilidad de la presente acción, ver los artículos 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

¹⁰⁵ Respecto de la acción de protección, la CRE en su artículo 94 establece: La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado. Para conocer las condiciones concurrentes de procedibilidad de la presente acción, ver artículo 59 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

¹⁰⁶ Para mayor ilustración ver el artículo 89 de la CRE.

¹⁰⁷ Para mayor ilustración ver el artículo 93 de la CRE.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, 78-79.

¹⁰⁹ Miguell Carbonell, *Los Derechos Fundamentales en México*, (México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004), 4-5.

A sabiendas que el Decreto Ejecutivo resulta atentatorio a los derechos del servidor público, como bien lo señala Jorge Zavala Egas, la norma deberá “ser inexorablemente cumplida aun cuando se suponga inconstitucional, se sospeche su contradicción con la Constitución o se intuya la misma. Debe ser cumplida la norma, hasta que sea eliminada del Ordenamiento Jurídico en la forma que éste prevé”.¹¹⁰

Un hecho por demás injusto, pues ante el pronunciamiento de la Corte Constitucional, el trabajador no tiene más que cumplir la decisión que sea tomada por la administración y esperar el fallo que pueda emitir el Tribunal Contencioso Administrativo en base de lo señalado en el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con lo cual se podrá visualizar el futuro del servidor público, aunque su derecho ya haya sido vulnerado.

Los argumentos de la Corte Constitucional para trasladar la responsabilidad al Tribunal Contencioso Administrativo radica en una supuesta antinomia entre normas de rango infra constitucional con lo cual todas aquellas reclamaciones respecto a impugnaciones de reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública son de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa y por ende deberá acudir al recurso de anulación u objetivo¹¹¹ como el mecanismo jurisdiccional ordinario pertinente e idóneo.

Las consecuencias para el Estado pueden ser varias, pues si bien por un lado el fallo de la Corte Constitucional respecto del Decreto Ejecutivo 813 da cierta tranquilidad al gobierno ecuatoriano a corto y mediano plazo, el panorama puede cambiar cuando los afectados interpongan el recurso de anulación u objetivo y sea el Tribunal Contencioso Administrativo quien a través de una sentencia ejecutoriada resuelva restituir al servidor público a su lugar de trabajo, lo cual no solo implicará un golpe para el Estado jurídicamente hablando, sino que además todo lo que conlleva la restitución del

¹¹⁰ Zavala Egas, “Derecho Constitucional”, 164-5.

¹¹¹ El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal. Respecto a un acto administrativo de carácter general, puede interponerse recurso objetivo o de anulación, cuando se pretende únicamente el cumplimiento de la norma jurídica objetiva; o recurso de plena jurisdicción o subjetivo, cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente. Ver en Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Art. 3. Último inciso fue agregado por disposición dada por Resolución del Tribunal Contencioso Administrativo, publicada en Registro Oficial 722 de 9 de julio de 1991.

trabajador a su partida originaria (pago acumulado de remuneración y beneficios de ley por el tiempo que el servidor estuvo separado de su puesto de trabajo).

El actuar de la Corte Constitucional ha creado una especie de burocracia innecesaria, pues al dejar que sea el Tribunal Contencioso Administrativo quien se pronuncie sobre la nulidad del acto impuesto al servidor público, de no ser favorable a los intereses del demandante, ocasionará que el trabajador deba acceder a la acción extraordinaria de protección, lo cual nos conduce una vez más a que sea la Corte quien deba resolver sobre las erróneas actuaciones de la administración en pos del Decreto Ejecutivo 813. Todo un camino procedimental en el cual se ve inmerso el servidor público con la única finalidad de que su derecho al trabajo sea restituido ante la aplicación de una norma de jerarquía inferior inconstitucional.

Más allá del pronunciamiento de la Corte Consttucional y el traslado de la responsabilidad al Tribunal Contencioso Administrativo, insistimos en la compromiso por mandato constitucional que tenía la Corte de pronunciarse y declarar la inconstitucionalidad de una norma de alcance erga omnes.

3. Estudio de la supresión de partidas en el servicio público.

Según la Cartilla Laboral de Empleo de Colombia:

La supresión de cargos en el sector público es un instrumento de administración de personal, mediante el cual la autoridad competente, ante la necesidad de reestructurar la entidad, o trasladar las funciones a otros organismos, o modificar la planta de personal, procede a eliminar de la misma uno o varios cargos, lo que conlleva la separación de la persona que lo estuviere desempeñando y consecuentemente la desvinculación laboral con la entidad.¹¹²

En nuestro sistema, la LOSEP en su artículo 60 determina que es aquella eliminación de la respectiva partida y la prohibición expresa de crearla nuevamente durante dos años, salvo casos debidamente justificados mediante el respectivo informe técnico de la unidad de administración de talento humano. Para poder llevar a cabo la supresión de partidas, éstas deberán ser desarrolladas de acuerdo con razones técnicas,

¹¹² María Arciniegas y otros, Cartilla laboral de empleo, situaciones administrativas, jornada laboral y retiro de empleados del sector público, (Bogotá, 2009), 97.

funcionales y económicas bajo los principios de racionalización, priorización, optimización y funcionalidad, respondiendo a instancias de diagnóstico y evaluación.

Seguramente con este fin es que se procedió a emitir el Acuerdo Ministerial No. 996 denominado “Norma Técnica de Reestructuración de la Gestión Pública Institucional” publicado mediante Registro Oficial Suplemento 599 de 19 de diciembre de 2011, en el que intervienen los Ministerios de Relaciones Laborales y de Finanzas, acorde a lo previsto en la LOSEP, a lo que se añaden la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo y la Secretaría Nacional de la Administración Pública, entidades con injerencia creciente en el quehacer estatal.

La supresión de partidas viene acompañada del pago de indemnización al servidor público, que deberá ser calculada de conformidad con lo determinado en la Disposición General Primera de la LOSEP, es decir, a partir de lo que dispone el artículo 129 del mismo cuerpo legal, “con cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total”. Sobre el mismo tema, el artículo 287 del Reglamento General a la LOSEP, prevé:

“El monto para la indemnización por supresión de puestos establecida en la Disposición General Primera de la LOSEP, se calculará desde el primer año de servicio en el sector público, para lo cual la UATH estructurará, elaborará y presentará la planificación del talento humano, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la LOSEP y la verificación de la disponibilidad presupuestaria para el pago de la compensación”.

De donde se desprende evidente contradicción en la forma de cálculo de la indemnización en disposiciones de diferente rango: la LOSEP por su parte establece el conteo para llevar a cabo la indemnización a partir del quinto año, mientras que el Reglamento General de la LOSEP, dispone que el cálculo se lo hará desde el primer año de servicio.

Diferencia normativa en la forma de cálculo que colisiona dos principios, el “in dubio pro operario” y el de jerarquía normativa. Sin embargo, el número 3 del artículo 326 de la Constitución de la República reconocer 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”.

Otro hecho que preocupa al servidor público, además de su desvinculación del sector público, es la forma de pago de la indemnización prevista en bonos del Estado que puede ser entregada a la falta de presupuesto. Mediante Decreto Ejecutivo No. 99 publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 79 de 12 de septiembre de 2013, el Ejecutivo decide reformar el artículo 288 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, en el cual se sustituye el monto a ser pagado en bonos del Estado, es decir: “El 50% en bonos del Estado y el 50% restante en efectivo, si no existiere disponibilidad presupuestaria suficiente, caso contrario se pagará el 100% en efectivo”, por: “En bonos del Estado, si no existiere disponibilidad presupuestaria suficiente, caso contrario se pagará el 100% en efectivo”. Evidentemente tanto la LOSEP como su Reglamento General contravienen y alteran el mandato de la Disposición Transitoria Vigésimo Primera de nuestra Constitución, pues en ningún momento se establece que los años de servicio se contarán a partir del quinto año; mucho menos que se pagarán en bonos del Estado, ni en un inicial 50%, peor en un 100%. Si bien los bonos del Estado son negociables, el desconocimiento de cómo comerciar con papeles, sumado indudablemente al estar sujetos a la ley de mercado, su valor sufrirá merma, lo que incrementa la incertidumbre para el servidor público desplazado de su empleo.

Acto que indudablemente afectará a la jubilación del servidor público, más si tomamos en cuenta que la supresión de partidas puede ejecutarse al poco tiempo de que el servidor público cumpla con los años de servicio que se requiere para poder acogerse a la jubilación voluntaria.

Necesidad institucional o no, la supresión de partidas termina por coartar la estabilidad del servidor público, cuyo único medio de sobrevivencia para conservar su empleo en la institución, seguramente será el buscar su traslado a otra partida, lo cual en la práctica resulta difícil aplicar pues uno de los objetivos que persigue este instrumento, es también la desvinculación del servidor.

Finalmente, el único grupo al cual no se podrá aplicar este instrumento de la administración de personal, es el determinado en la parte final del artículo 60 de la

LOSEP, el cual garantiza el derecho al trabajo de las personas con discapacidad severa o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, conviviente en unión de hecho o progenitor con grado severo de discapacidad, debidamente certificado por el CONADIS.

4. Cargos jerárquicos de libre nombramiento y remoción en la carrera administrativa.

El tratadista Miguel Marienhoff se refiere al denominado nombramiento en las siguientes modalidades:

Condicionado.- Nombramiento que debe sujetarse a ciertas formalidades, como el cumplimiento de un perfil de puesto, a fin de participar en el proceso de reclutamiento y selección de personal como parte de un concurso. Podemos decir que se trata de los nombramientos otorgados producto de los concursos de méritos y oposición.

Estricto.- Denominado también como reservado. Será aplicado “cuando la designación deba hacerse entre determinadas personas”.

Discrecional.- Se denomina discrecional por cuanto existe libertad completa para la designación. Al hablar de discrecionalidad y libertad para designar, inevitablemente la relacionaremos con la confianza que la autoridad deposita en una persona, producto del tipo de cargo que desempeña. Es decir, los cargos jerárquicos de libre nombramiento y remoción.¹¹³

La cartilla laboral de Empleo, Situaciones Administrativas, Jornada Laboral y Retiro de Empleados del Sector Público Colombiano, respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción, y quien los ejercen, expresa:

Los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, cuya situación es completamente distinta a los de carrera, pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder. A diferencia de los empleos de carrera, en los de libre nombramiento y remoción el empleador tiene libertad para designar a personas que considera idóneas para la realización de ciertas funciones. Cuando no lo son, el Estado, que debe cumplir con sus fines de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía,

¹¹³ Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, t. IIIB, 51-2.

celeridad, imparcialidad y publicidad, autoriza al empleador para reemplazarlos por otras personas cuya capacidad, idoneidad y eficiencia se adecuen a los requerimientos institucionales.¹¹⁴

La Constitución de la República en su artículo 151 se refiere a los cargos de libre nombramiento y remoción ejercidos por los ministros de Estado, quienes lo representan en los asuntos propios del ministerio a su cargo, y su accionar estará sujeta a responsabilidades política, civil y penal.

Partiendo de esto, queda claro que los funcionarios de libre nombramiento y remoción son aquellas personas que han sido designadas por el Presidente de la República, Ministros y demás funcionarios encasillados en el nivel jerárquico superior determinados en la Resolución SENRES No. 2004-000081 publicada en el Registro Oficial 374 de 9 de julio de 2004, quienes estarán involucrados en la toma de decisiones de carácter técnico y administrativo, además de ser responsables directos de la ejecución de políticas públicas, estatales, gubernamentales e institucionales.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, como su nombre lo señala, establecen plena discrecionalidad, tanto en la vinculación, cuanto en la separación del servidor público. Así la decisión de la autoridad nominadora prevalecerá al momento de ejecutar el destino de quien ejerce dichas funciones, bajo la premisa de un aspecto: la confianza.

No se puede criticar la existencia de los cargos de libre nombramiento y remoción, pues su mera existencia resulta imprescindible al momento de llevar a cabo actividades de suma responsabilidad, aún más cuando el personal de confianza debe estar alineado con las líneas políticas, estratégicas o administrativas que pretenda ejecutar la autoridad nominadora.

Es así que los cargos de libre nombramiento y remoción resultan incompatibles con el tema de la estabilidad laboral, pero se justifica plenamente en la medida en que la necesidad institucional así lo requiere, aún más en temas especializados o de conocimientos estratégicos obtenida por medio de la formación y la experiencia.

Un factor que se debería tomar en cuenta además de la “confianza”, es la capacidad que tenga ese funcionario para ejercer con eficiencia y eficacia su trabajo.

¹¹⁴ María Arciniegas y otros, “Cartilla laboral de empleo”, 19.

Clara Dueñas al respecto señala que: “resulta saludable para la función pública la regulación del ingreso a los cargos directivos o de naturaleza gerencial, pues en gran medida el desempeño que haga sus titulares redundará en una mayor eficacia y eficiencia del sistema y también servirá a una gestión transparente y a la éradicación de los focos de corrupción que se pudieran dar’”, más cuando se trata de quienes tienen la responsabilidad de dirigir los destinos de la administración.¹¹⁵

Ahora bien, si por un lado tenemos la confianza, y por otro la necesidad de regular el ingreso del funcionario público, lo ideal sería normar los requisitos para ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, sobre todo de aquellos en los cuales no existen perfiles establecidos, como es el caso de los asesores.

El cargo ejercido por una persona inoperante no solo que puede entorpecer el correcto proceder de la administración pública, sino que además el inevitable cambio de autoridad a corto o mediano plazo que se llegue a dar, también creará inestabilidad para el servidor público.

¹¹⁵ Vidal y otros, “Temas de derecho administrativo contemporáneo”, 538-9.

Conclusiones y recomendaciones

Conclusiones

1. La necesidad de renovar el servicio público, en algunos casos debido a la larga permanencia de ciertos servidores públicos que no constituían un verdadero aporte en sus cargos, y por otro lado el facilismo del Estado como empleador, es lo que al parecer le llevó al Gobierno Ecuatoriano a introducir en nuestro sistema laboral una figura como la compra de renunciaciones obligatorias, que a todas luces vulnera los derechos de los servidores públicos.
2. El sistema de contratación provisional en el servicio público, se ha constituido en la herramienta contractual principal, lo cual ha generado además de inestabilidad en los servidores públicos, un desgaste de recursos del Estado en aquellos servidores capacitados para desempeñar sus funciones, quienes una vez adaptados al manejo de las actividades, deben ser separados de la institución al término de su contrato, con lo cual el Estado entra en un círculo de constante renovación y derroche de recursos.
3. La percepción de los servidores públicos, en su gran mayoría, es la falta de seguridad laboral y de crecimiento profesional en el sector público, esto debido a la constante rotación de personal producto de la aplicación de instrumentos de contratación y separación de personal nada planificados.
4. Los contratos de servicios ocasionales y la compra de renunciaciones obligatorias, otorgan un grado de indefensión total al servidor público frente a la autoridad nominadora (Estado), quien decide discrecionalmente la culminación de la relación laboral de forma intempestiva. Esta terminación unilateral y en muchas ocasiones sin causa justa, ha servido en sinnúmero de ocasiones como un verdadero sistema de botón de los gobiernos de turno.
5. La supresión de partidas y los cargos de libre nombramiento y remoción, han sido determinadas como herramientas necesarias para el desarrollo de actividades en el sector público, sin embargo éstas deben ser correctamente aplicadas, pues tienen la fragilidad de constituirse en figuras que atentan contra la estabilidad del servidor público.

6. La decreciente estabilidad laboral en el sector público, ha conllevado a que se empiece a visualizar mejores horizontes en el sector privado, donde si bien es cierto la estabilidad laboral también es relativa, el trabajador cuenta con otros beneficios tales como seguros privados, alimentación, incentivos, utilidades, etcétera.

Recomendaciones

1. La idea de descongestionar el aparato estatal de servidores públicos poco capaces o inoperantes, es una necesidad imperiosa con la cual se debió y debe también cumplir, pero siempre respetando los principios constitucionales.
2. La depuración del aparataje estatal, podrían ejecutarse mediante figuras ya establecidas en la ley, tales como:
 - a) La jubilación obligatoria para aquellos servidores que estando en situación de hacerlo voluntariamente, no lo han hecho;
 - b) Supresión de partidas de aquellos puestos poco o nada útiles para la institución, siempre y cuando se la ejecute con los estudios técnicos que prevean la estabilidad y permanencia del trabajador; y,
 - c) Sumario administrativo, para aquellos servidores ineficientes e inoperantes que hayan dejado de ser un aporte para el Estado y se hayan convertido en una traba para el correcto desempeño de las actividades públicas.
3. Afianzar la estabilidad del servidor público e incentivar su crecimiento por medio de planes de capacitación y de una verdadera carrera administrativa. Un servidor público incentivado, puede constituirse en un verdadero aporte para el correcto manejo de la administración pública, y esto, solo lo lograremos con la concientización y compromiso adquirido por todos; autoridades, servidores y empleados públicos.
4. Implementar sistemas de ingreso preferente para los servidores públicos que se encuentren más de dos años de forma efectiva y continua en el ejercicio de las funciones para el cual fue contratado. El sistema podría ser establecido a través del reconocimiento de puntaje extra dentro de la fase de méritos del concurso

público. Esto permitirá por un lado dar continuidad al proceso institucional que pasó de ser eventual a permanente y por otro garantizará la estabilidad del servidor público.

5. Constituir herramientas de selección para los cargos de libre nombramiento y remoción, cuyo propósito sea la contratación de personal idóneo para cubrir las necesidades que demande el Estado. Si bien es cierto que existen cargos con perfiles establecidos como un Director de Procuraduría o Auditoría, también es cierto que los cargos de asesoría, no cuentan con requisitos para su contratación, lo cual se constituye en una puerta abierta para la incorporación de personal poco capaz y para actos de corrupción.
6. Incentivar el crecimiento profesional del servidor público y promoverlos como futuros cuadros del nivel jerárquico superior, más aún si tomamos en cuenta que en sistemas jurídicos como el del common law, un 58% del nivel jerárquico está compuesto por el personal de carrera. Evidentemente esto permitirá mantener una continuidad de los procesos gubernamentales y consecuentemente un ahorro para el Estado en todo sentido.
7. Reformar la LOSEP y su reglamento general a fin de establecer el reconocimiento de derechos pre adquiridos por el servidor público contratado, siempre y cuando su continuidad en el servicio público sobrepase los dos años consecutivos de trabajo y haya ganado el respectivo concurso público de méritos y oposición. El reconocimiento en si consistiría en contabilizar los dos primeros años de trabajo del servidor público que estuvo contratado y sumarlos a los venideros como parte de la carrera administrativa, lo cual significaría un reconocimiento a la fidelidad, compromiso y trabajo desempeñado por el trabajador estatal (símil con los contratos a tiempo fijo e indefinido del sector privado).
8. Finalmente, que mejor recomendación que declarar la inconstitucionalidad del artículo 8 del Decreto Ejecutivo 813. Tras el fallo de la Corte Constitucional al respecto, la interposición del recurso de anulación u objetivo resulta indispensable si lo que se busca es la restitución del derecho laboral y una serie

de derechos conexos como es el caso del derecho a la estabilidad laboral y con ello la jubilación del servidor público.

Bibliografía

- Álvarez Conde Enrique, Curso de Derecho Constitucional, Madrid, Editorial TECNOS, 1999.
- Arce Ortiz Elmer, Estabilidad laboral y contratos temporales, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.
- Arciniegas María y otros, Cartilla laboral de empleo, situaciones administrativas, jornada laboral y retiro de empleados del sector público, Bogotá, 2009.
- Benalcázar Guerrón Juan Carlos, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2007.
- Bidart Campos German, Teoría General de los Derechos Humanos, Buenos Aires, Ed. ASTREA, 1991.
- Bolaños Pacheco Orlando, La Estabilidad Laboral del Servidor Público en el Salvador, San Salvador, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1999.
- Burneo Labrín José y otros, Empleo y Estabilidad Laboral, Lima, Editorial DESCO, 1976.
- Caicedo Tapia Danilo Alberto, El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución, FORO Revista de Derecho No. 12, UASB-Ecuador, Quito, 2009.
- Carbonell Miguell, Los Derechos Fundamentales en México, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- Chávez Gina y Montaña Juan, Constitución para Servidores Públicos, Quito, Equipo Editorial – IAEN, 2011.
- Cassagne Juan Carlos, El principio de legalidad y control judicial de la discrecionalidad administrativa, Buenos Aires, Editorial Marcial Pons Argentina, 2009.
- Castán Tobeña José, Los Derechos del Hombre, Ed. REUS S.A, 1976, p. 13 y 14, citado por Salvador Alemany Verdaguer, “Curso de Derechos Humanos”, Ed. BOSCH, Barcelona, 1984.
- Fernández Madrid Juan Carlos y otros, Doctrinas Esenciales: Derecho del Trabajo/1ª edición, Buenos Aires, Editorial FEDYE, Tomo I, II y III, 2010.

- García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Bogotá, Editorial Temis, Tomo I, 2008.
- Gordillo Agustín, Tratado de derecho administrativo, tomo 1, 5ª ed, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998.
- Gordillo Agustín, Tratado de derecho administrativo, tomo 2: la defensa del usuarios y del administrado -8ª ed, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006.
- Hutchinson Tomás y Rosatti Horacio, Revista de Derecho Público 2012-1: Empleo Público, Santa Fe, 2012.
- Islas Montes Roberto, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, Editorial Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- Marienhoff Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, tomo III-A, Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 1983.
- Marienhoff Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, t. IIIB, Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 1985.
- Monroy Cabra Marco Gerardo, Anuario de Derecho Constitucional, Montevideo, Konrad Adenauer, 2002.
- Montaña Pinto Juan, Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano, 1era ed., Quito, Corte Constitucional para el período de transición, 2012.
- Morales Tobar Marco, Manual de Derecho Procesal Administrativo, Quito, editorial CEP, Primera Edición, 2011.
- Obando Garrido José María, Tratado de Derecho Administrativo Legal, Primera Edición, Santa Fe de Bogotá – Colombia, Editorial ABC, 2001.
- Otto Ignacio, Derecho Constitucional: sistema de fuentes, Barcelona, Editorial ARIEL, 1991.
- Oyarte Martínez Rafael y otros, Derecho constitucional para fortalecer la democracia, Quito, Fundación Konrad Adenauer, 1999.
- Parada Ramón, Derecho Administrativo II: Organización y empleo público, Madrid, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, 2012.

- Parra Lina, Constitucionalismo contemporáneo y la teoría del contenido mínimo. El derecho al trabajo, Quito, Corporación Editorial Nacional, Primera Edición, 2013.
- Rivera Morales Rodrigo, XXVI CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, Universidad Libre, Bogotá, 2005.
- Sánchez Morón Miguel, Derecho de la Función Pública, Madrid, Editorial TECNOS, 2004.
- Secaira Durango Patricio, Curso Breve de Derecho Administrativo, Quito, Editorial Universitaria, 2004.
- Soto Flores Armando y otros, Teoría de la Constitución, México, Editorial PORRÚA, 2003.
- Tinajero Villamar Francisco, La reforma de la Constitución, Quito, Editorial ILDIS JURISPUCE, 1998.
- Vidal Jaime, Díaz Viviana, y Rodríguez Gloria, Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Zavala Egas Jorge, Derecho Constitucional, t I, Guayaquil, Editorial EDINO, 1999.

Jurisprudencia

- Argentina. Sentencia de Casación, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Caso Marta Cristina Madorrán, Buenos Aires, 2007, en: <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=625939>.
- Colombia. Sentencia C-501-2005, Corte Constitucional de Colombia, Caso Andrés Zúbiría Samper y otros, Bogotá, 2005.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-479 de 1992, MMPP José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, citado en Sentencia C-501-2005, Corte Constitucional de Colombia, Caso Andrés Zúbiría Samper y otros, Bogotá, 2005.

- Colombia. Corte Constitucional, C-023-1994, MP: Vladimiro Naranjo Mesa. La Corte declara inexecutable una norma que establecía la declaración de insubsistencia con compensación para empleados de carrera, citado en Sentencia C-501-2005, Corte Constitucional de Colombia, Caso Andrés Zubiría Samper y otros, Bogotá, 2005.
- Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-434 de 1992, MP: Fabio Morón Díaz; C-023 de 1994, MP: Vladimiro Naranjo Mesa; C-195 de 1994, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, C-527 de 1994, MP: Alejandro Martínez Caballero, C-048 de 1997, MP: Hernando Herrera Vergara, C-003 de 1998, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, citado en Sentencia C-501-2005, Corte Constitucional de Colombia, Caso Andrés Zubiría Samper y otros, Bogotá, 2005.
- Ecuador. Recurso de Casación No. 435-2009, Resolución No. 53-2013, Corte Nacional de Justicia – Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Ecuador. Recurso de Casación No. 471-2009, Resolución No. 36-2013, Corte Nacional de Justicia – Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Ecuador. Sentencia Corte Constitucional No. 003-13-SIN-CC, Caso No. 0042-11-IN y 0045-11-IN, 2013.
- Ecuador. Luis Serrade Peláez, Demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra del Decreto Ejecutivo 813.
- Biblioteca Jurídica Virtual, El Control de la Constitucionalidad, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/93/art/art4.htm>
- LEXIS, en <http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/Search/HerramientasJuridicas/DiccionarioJuridico.aspx>