

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Administrativo

Problemas jurídicos en torno a la gestión del talento humano en el sector público

Sylvia Virginia Abad Freile

Tutora: María del Carmen Jácome Ordóñez

Quito, 2018



Cesión de derecho de publicación de tesis

Sylvia Virginia Abad Freile, autora de la tesis titulada “Problemas jurídicos en torno a la gestión del talento humano en el sector público”, 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 magíster 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 formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, Yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo sin anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha:.....

Firma:.....

Resumen

La relación existente entre el servidor público con su patrono, el Estado, y los “*Problemas jurídicos en torno a la gestión del talento humano en el sector público*”, es un tema que no ha sido abordado desde una óptica global sino que existe doctrina en temas específicos y los más controversiales. Sin embargo, no existe un abordaje completo y profundo, es por ello que la doctrina incluso afirma que el Derecho Burocrático ha sufrido un abandono tanto del Derecho Laboral como del Derecho Administrativo.

En atención a lo anterior, el presente documento tiene por objetivo: a) analizar los problemas jurídicos entorno al acceso a la función pública, las diferentes figuras de ingreso y los impedimentos e inhabilidades que existen para el ingreso o reingreso al sector público; b) evidenciar que la precarización de la relación laboral en el sector público es una realidad que afecta la permanencia en los cargos públicos inclusive a los de carrera; c) establecer los problemas jurídicos e impedimentos que se generan con la cesación de funciones de los funcionarios públicos y en cuáles de ellas media o no la voluntad de los servidores.

El alcance de este trabajo ha sido bastante amplio ya que se ha revisado normativa nacional e internacional, y se han estudiado las figuras jurídicas contrastando doctrina de varias corrientes. La investigación utilizó principalmente el método dogmático, comparativo, e incluso histórico a fin de analizar la naturaleza jurídica de las instituciones del derecho burocrático y su evolución histórica en los casos en que ameritaron esta revisión.

Es importante considerar que el proceso de investigación ha sido arduo y se ha hecho un ejercicio de revisión exhaustivo a fin de compilar la información y lograr unificar criterios, resaltando los aportes más importantes por cada figura analizada. Con el análisis realizado se han podido determinar nudos críticos y las posibles soluciones a la problemática planteada, se ha revisado de manera crítica la situación actual del Derecho Burocrático ecuatoriano, principalmente.

Palabras Clave: Servidor público; burocracia; Derecho Administrativo; Derecho Burocrático; impedimentos; precarización; cesación de funciones; talento humano.

El presente trabajo y el esfuerzo que este implicó se lo dedico a mi amada familia, empezando por mis abuelitos que han sido una de las bendiciones más hermosas que me ha dado la vida, a mis padres por ser los pilares fundamentales en mi educación, ya que sin su apoyo y ejemplo de siempre, el cumplimiento de esta meta hubiese sido muy difícil; por siempre estar ahí y por creer en mí por sobre todas las cosas.

A mis hermanos y sobrino que me han ayudado con su tiempo y cariño compartiendo el cuidado de mi hija y facilitando así mis estudios.

A mi esposo, amigo y compañero de vida por brindarme su contingente y ayudar a que mis sueños se cumplan. Por estar a mi lado siempre, durante las jornadas de estudio e investigación que he tenido que emprender. Por estar a mi lado y colaborar en todo lo que he necesitado y más.

Finalmente, dedico este trabajo a mi pequeña hija Camila, por ser mi inspiración, el motor de mi vida y lo que me impulsa a buscar ser mejor en todo lo que me propongo hacer; que este trabajo sea motivo de orgullo para ella y que mi esfuerzo sea un ejemplo a seguir en su vida.

Agradecimientos

Agradezco a todos quienes ayudaron a que esta meta se cumpla y por el apoyo que he recibido desde siempre. Familia y amigos que de una u otra manera aportaron con sus conocimientos, apoyo, consejos y cariño para que pueda concluir este trabajo.

Agradezco también a la Universidad Andina “Simón Bolívar” por brindarme la oportunidad de acceder al programa de maestría y por todas las enseñanzas adquiridas en esta prestigiosa institución educativa.

A la Dra. María del Carmen Jácome, mi tutora, por su dedicación y constante ayuda en el proceso de construcción de este trabajo; por estar siempre pendiente y con palabras de aliento que me motivaron en todo momento.

A todos y cada uno, Gracias.

Tabla de contenidos

Introducción	13
Capítulo uno	15
Acceso a la función pública	15
1. Nombramiento	16
1.1 Clases de nombramientos.....	24
2. Contratos de servicios ocasionales	26
3. Impedimentos e inhabilidades para acceder un cargo público.....	28
3.1 Impedimentos	31
3.1.1 Deudas con instituciones del sector público.....	33
3.1.2 Interdicción Judicial	34
3.1.3 Jubilación o retiros y pensiones de seguridad social	35
3.1.4 Indemnización por supresión de puesto.....	36
3.1.5 Compensación por retiro voluntario o venta de renuncia	38
3.1.6 Compra de renuncia obligatoria	41
3.1.7 Cese de funciones por evaluación en la función judicial	42
3.1.8 Destitución	43
Capítulo dos.....	45
El Derecho Administrativo del Trabajo y la permanencia en la función pública	45
1. Derechos y garantías de los servidores públicos.....	48
1.1 Derecho de estabilidad	50
1.2 Percibir una remuneración justa, que será proporcional a su función, eficiencia, profesionalización y responsabilidad.	60
1.3 Gozar de prestaciones legales y de jubilación de conformidad con la Ley	62
1.4 Recibir indemnización por supresión de puestos o partidas, o por retiro voluntario para acogerse a la jubilación	62
1.5 Gozar de vacaciones, licencias, comisiones y permisos de acuerdo con lo prescrito en esta Ley	64
1.6 Derechos de las personas de grupos vulnerables	65

1.7 Derechos colectivos.....	67
2. Dispersión normativa e inseguridad jurídica por los distintos regímenes aplicables.	71
Capítulo tres	75
Cesación de funciones de los servidores públicos	75
1. Formas de cesación	76
1.1 Por renuncia voluntaria formalmente presentada.....	76
1.2 Por incapacidad absoluta o permanente declarada judicialmente	79
1.3 Por supresión del puesto.....	83
1.4 Por pérdida de los derechos de ciudadanía.....	86
1.5 Por remoción	87
1.6 Por destitución.....	92
1.7 Por revocatoria del mandato.....	95
1.8 Por ingresar al sector público sin ganar el concurso de méritos y oposición	95
1.9 Por acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización	97
1.10 Por acogerse al retiro por jubilación	100
1.11 Por compra de renunciaciones con indemnización (obligatoria).....	102
Conclusiones	107
Bibliografía.....	113

Introducción

En el presente documento se analiza a profundidad la relación existente entre los servidores públicos y su patrono, es decir, el Estado o Administración Pública. El trabajo inicia con la revisión los problemas jurídicos que se suscitan al ingreso en el sector público, los tipos de ingresos y de relaciones laborales que pueden existir; además se revisan las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos existentes que no permiten o condicionan el ingreso al sector público. Este primer acercamiento abre la puerta a varias cuestiones que a lo largo del trabajo se analizan.

En el segundo capítulo del trabajo se realiza un análisis crítico respecto de la permanencia en el sector público. Se analiza como la flexibilización afecta al servicio público; se revisa en especial las figuras del contrato de servicios ocasionales y la compra de renuncia obligatoria establecida mediante el Decreto Ejecutivo 813. Se analizan los derechos de los servidores públicos, las posibles vulneraciones y la manera en la que ha existido un efecto péndulo del Derecho Burocrático entre el Derecho Privado y el Derecho Público y las consecuencias de esta huida del Derecho Administrativo, y los efectos que esto ha tenido a lo largo del tiempo.

En el tercer capítulo se analizan los mecanismos de cesación de funciones y las diferentes particularidades que cada una de las figuras tiene. En este capítulo se logra atar lo analizado en los capítulos anteriores y se logra evidenciar cómo funciona el sector público y que la forma de cesación de funciones afecta a los posibles reingresos al sector público, ya que muchas de estas formas de cesación se convierten en impedimentos para ocupar cargos, puestos o funciones en el sector público.

Finalmente, se condensa la información ampliamente revisada, a lo largo de todos los capítulos, en las conclusiones y recomendaciones, con las que se pretende guiar al lector a fin de puntualizar los nudos críticos y sus posibles soluciones.

Capítulo uno

Acceso a la función pública

La función pública es sumamente compleja ya que en esta se encuentra la prestación de servicios públicos, manejo de todo el aparato estatal y actividad decisiva que debe realizar, se conjugan los derechos laborales de los servidores públicos, el derecho administrativo en sí mismo, y, por si fuera poco, la política que rijan según el gobierno que se encuentre a cargo de un Estado.

Es por ello que el gobierno que se encuentre de turno por lo general realiza modificaciones o cambios radicales en las políticas públicas y en las normas que rigen a la función pública. En el caso ecuatoriano, por ejemplo, el 06 de octubre de 2003, recién iniciado el Gobierno de Lucio Gutiérrez Borbúa (15 de enero de 2003 al 20 de abril de 2005) se promulgó, mediante Suplemento del Registro Oficial No. 184 de 06 de octubre de 2003, la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, además, el Presidente expidió el Reglamento a la misma. Luego de que Lucio Gutiérrez abandonara su cargo, asume la Presidencia del Ecuador Alfredo Palacio González (20 de abril de 2005 al 14 de enero de 2007), quien durante su gobierno realiza una codificación y reforma de la mencionada Ley que fue publicada en el Registro Oficial No. 16 de 12 de mayo de 2005. Finalmente, durante el Gobierno de Rafael Correa Delgado mediante Registro Oficial No. 294 de 06 de octubre de 2010 se promulga la Ley Orgánica de Servicio Público, que deroga la normativa anterior y que hasta la presente se encuentra vigente, además emitió también el Reglamento a la misma.

Conforme lo señala José Luis Bastons¹ la política se encuentra inmiscuida en el empleo público ya que es “[...] una cuestión clave definir qué Estado queremos y podemos tener para definir entonces cuál sería la mejor manera de seleccionar y organizar los recursos humanos que operativicen cotidianamente el mismo. [...]”. Es así que los proyectos locales deben saber que buscan en su gestión para poder establecer un modelo de Administración Pública.

¹ Jorge Luis Bastons, “El empleo público en su laberinto”, en Revista de Derecho Público 2008-1: Derecho Tributario I, (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2008) 513

En este primer capítulo se hará un acercamiento a la primera etapa de la función pública que es el ingreso a la misma. Si la política pública enfocada a la meritocracia es efectiva y si realmente se está cumpliendo con sus preceptos.

Para ingresar a la función pública de carrera se deberá ganar un concurso de méritos y oposición, sin embargo, es importante considerar que existen otros mecanismos que permiten el acceso a la función pública y que se encuentran regulados por la Ley Orgánica del Servicio Público.

En el análisis que se presenta en las siguientes líneas se considerarán las distintas maneras de ingresar a la función pública y las ventajas y desventajas de cada una de ellas y la problemática que conlleva su aplicación.

1. Nombramiento

El ingreso al sector público como funcionario de carrera se deberá llevar a cabo a través del correspondiente concurso de méritos y oposición en el cual se debería escoger a la persona mejor puntuada, aunque debería ser la más calificada,² esto con el fin de que quienes formen parte del sector público sean personas aptas o más idóneas para el ejercicio del puesto.³

Esto se encuentra en la Constitución de la República del Ecuador que establece:

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

En este contexto es importante considerar que la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) es la norma que rige al sector público en general y en ésta se ha establecido que debe existir un sistema integrado de desarrollo del talento humano que conforme lo señala el artículo 53 de la mencionada norma:

Es el conjunto de políticas, normas, métodos y procedimientos orientados a validar e impulsar las habilidades, conocimientos, garantías y derechos de las y los servidores públicos con el fin de desarrollar su potencial y promover la eficiencia, eficacia, oportunidad, interculturalidad, igualdad y la no discriminación en el servicio público para cumplir con los preceptos de esta Ley.

² Entiéndase como calificación cualitativa más allá de cuantitativa. Es extremadamente complejo instaurar un procedimiento de calificación cualitativa pero considero que sería el ideal.

³ Alfonso Buteler, "Los medio de selección de empleados públicos", en Revista de Derecho Público 2012-1: Empleo público I, (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012) 146-7

Dentro de este sistema existen varios subsistemas⁴ entre los cuales se encuentra el subsistema de reclutamiento y selección de personal que ha sido normado mediante Acuerdo Ministerial No. 222 emitido por el Ministerio de Relaciones Laborales (actual Ministerio de Trabajo), el cual fue promulgado mediante Suplemento del Registro Oficial No. 383 de 26 de noviembre de 2014.

Se analizará esta normativa contrastando doctrina que señala las características que debería cumplir un concurso público de méritos y oposición. El autor Juan Ignacio Sáenz⁵ considera que el mencionado concurso de méritos y oposición debe cumplir con ciertas características:

- a) Obligatorio, vale decir que su convocatoria y organización no constituye un deber moral del Estado, o facultad discrecional, sino que es jurídicamente obligatorio y exigible por cualquier ciudadano;
- b) abierto y público, porque la convocatoria es universal, dirigida de manera indeterminada a la generalidad de las personas, por todos los medios necesarios para que sea lo más difundida posible;
- c) regido por normas preestablecidas de manera general y abstracta que establecen con toda claridad los elementos a evaluar y las pautas de calificación, de modo de asegurar las bases igualitarias y objetivas sobre las cuales competirán los aspirantes y garantizar una decisión objetiva y transparente.
- d) prevé instancias de intervención por parte de órganos de asesoramiento expertos, peritos especializados que califican los méritos y capacidades de los aspirantes (usualmente denominados “jurados” o “comisiones asesoras” o “juntas calificadoras”), cuyo pronunciamiento, como principio, debe ser seguido por los órganos de decisión;
- e) incluye una diversidad de elementos de calificación, como son: evaluación de antecedentes, exámenes teóricos y prácticos, exposiciones y toda otra prueba o mecanismo destinado a acreditar capacidades técnicas, laborales, académicas o profesionales. Así mismo, excluye aquellas exigencias que no se vinculan con las habilidades que requiere el desempeño material de la función;
- f) debe permitir amplias posibilidades de impugnación de los actos preparatorios y de decisión por parte de los concursantes;⁶
- g) requiere una decisión final que contenga una fundamentación lo más exhaustiva posible de los resultados de las calificaciones y pruebas rendidas,
- h) debe posibilitar el control judicial de esa decisión y la revisión acerca del respeto de las reglas anteriores, y de la razonabilidad de la decisión contra toda forma de arbitrariedad.

a) Obligatorio.- En este sentido es importante considerar que en Ecuador para acceder a un puesto de carrera es obligatorio el concurso de méritos y oposición, incluso

⁴ Art. 54.- De su estructuración.- El sistema integrado de desarrollo del talento humano del servicio público está conformado por los subsistemas de planificación del talento humano; clasificación de puestos; reclutamiento y selección de personal; formación, capacitación, desarrollo profesional y evaluación del desempeño.

⁵ Juan Ignacio Sáenz, “Concurso para el acceso a los cargos públicos: Control judicial y principios fundamentales”, en Revista de Derecho Público 2012-2: Empleo público II, (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012) 21-3

⁶ Juan Ignacio Sáenz, “Concurso para el acceso a los cargos públicos”, 21-2

de manera provisional la norma técnica en su disposiciones generales estableció concursos de méritos y oposición internos para funcionarios que llevaban más de cuatro años con contratos de servicios ocasionales.

La norma técnica mencionada refiere a la obligatoriedad de los concursos en su artículo 2 en el que establece como ámbito de aplicación para todas las instituciones del Estado⁷ que se encuentran determinadas en el artículo 3 de la LOSEP.⁸

Además se refuerza esta obligatoriedad en el artículo 3 de la norma técnica que indica: “[...] Todo proceso de selección de personal para puestos protegidos por la carrera del servicio público, deberá realizarse obligatoriamente a través de concursos de méritos y oposición, [...]”.

Con lo expuesto es clara la obligatoriedad de aplicación de procesos de selección, sin embargo hay que considerar que existen muchas ocasiones en que puestos que por su naturaleza deberían ser de carrera son utilizados por personas que acceden a ellos mediante contratos de servicios ocasionales obviando así este requisito de obligatoriedad, como es el caso No. 1295-10-EP, analizado por la Corte Constitucional mediante sentencia No. 118-17-SEP-CC de 26 de abril de 2017, en el cual el doctor Jaime Astudillo Romero en calidad de rector y representante legal de la Universidad de Cuenca, presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada el 5 de agosto de 2010, por la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay. La sentencia impugnada falla a favor de la servidora Sandra Noemí Segarra Lazo,

⁷Exceptuando el ingreso de miembros activos de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Cuerpos de Bomberos y Comisión de Tránsito del Ecuador, de las y los docentes amparados en la Ley Orgánica de Educación Superior o la Ley Orgánica de Educación Intercultural, del personal sujeto a la carrera de la Función Judicial y a la carrera diplomática del Servicio Exterior, que se regirán por sus respectivas leyes.

⁸Art. 3.- Ámbito.- Las disposiciones de la presente ley son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende:

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

[...]

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

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

ya que venía laborando en la mencionada institución por un lapso ininterrumpido de once años y cuatro meses, y ratifica la decisión venida en grado disponiendo que “[...] la Universidad de Cuenca en el plazo de treinta días, extienda el nombramiento definitivo a favor de la accionante, [...]”. En este caso la Corte Constitucional revoca la decisión tomada en razón de lo establecido por el artículo 228 de la Constitución en el que se dispone que para el ingreso al servicio público y la carrera administrativa debe ser únicamente a través de concurso público de méritos y oposición, sin embargo realiza la siguiente observación:

[...] Finalmente, si bien en el caso sub examine, esta Corte advierte que no existe vulneración de derechos constitucionales en función de los supuestos fácticos objeto de la acción de protección, tal como quedó expuesto; resulta oportuno precisar que, la presente decisión, no implica que las instituciones del Estado estén facultadas para recurrir y escudarse en la modalidad de contratación ocasional y la posterior separación de los funcionarios contratados bajo esta figura jurídica o extensión de nombramientos provisionales para obviar la realización de los respectivos concursos de méritos y oposición. Así las cosas, las instituciones del Estado, cuando adviertan que el servicio prestado por determinado servidor público deja de ser ocasional y se torna permanente, lejos de procurar la renovación sucesiva de contratos ocasionales o extensión de nombramiento provisional, están en la obligación de cumplir el mandato constitucional - artículo 228- de convocar al respectivo concurso de méritos y oposición.

Dejando así en evidencia que en este caso la institución pública abusó de la figura de contratos de servicios ocasionales y mantuvo a una servidora en un puesto que por naturaleza debería ser de carrera, sin la estabilidad que correspondería, cuando su obligación es instaurar un concurso de méritos y oposición.

b) Abierto y público.- En general los concursos son abiertos conforme el artículo 4 de la norma técnica que señala que se convocará:

[...]a todas las personas mayores de dieciocho años, que se encuentren legalmente habilitadas para el ingreso y desempeño de un puesto en el servicio público y que reúnan los requisitos establecidos en la convocatoria relativos al perfil del puesto, para participar en el proceso de selección determinado en la presente norma. Todo concurso de méritos y oposición será abierto.

Con esto queda claro que los concursos de mérito y oposición deberían ser universales y abiertos sin embargo, la Ley Orgánica del Servicio Público (06 de octubre de 2010) en su Disposición Transitoria Séptima estableció que:

[...] las personas que a la presente fecha mantengan vigentes contratos de servicios ocasionales por más de cuatro años en la misma institución, a través de renovaciones o firma de nuevos contratos, previo el concurso de méritos y oposición, en el que se les otorgará una calificación adicional que será regulada en el reglamento a esta ley, en función de la experiencia en el ejercicio del cargo, ingresarán directamente a la carrera del servicio público, en el mismo nivel remunerativo que venían manteniendo, mediante

la expedición del respectivo nombramiento permanente, siempre que no se trate de aquellos puestos excluidos de la carrera [...] (Lo subrayado me pertenece)

Lo que implica que las personas que tienen esta condición gozarán de una ventaja en cuanto al otorgamiento de un puntaje adicional y, en caso de ganar, no tener que pasar por el período de prueba.

Esto es totalmente diferente a lo establecido por la norma técnica⁹ que señala que en este caso se debe realizar un concurso interno con convocatoria limitada a quienes se encuentren en esta situación especial. Es decir, solo entre funcionarios de la institución, por lo que para un puesto aplique únicamente quien se encuentre ejerciéndolo. Existe

⁹ DECIMA.- Aquellos servidores que a la fecha de publicación de la Ley Orgánica del Servicio Público mantenían contratos de servicios ocasionales por más de 4 años de manera ininterrumpida en la misma institución, deberán ingresar a la carrera administrativa de acuerdo a lo establecido en la Disposición Transitoria Séptima de la LOSEP y en concordancia con el numeral 2 del artículo 326 de la Constitución de la República del Ecuador. El proceso será el siguiente:

1) Preparación del proceso de méritos y oposición.- La UATH institucional delegará a una o un administrador de concursos internos, el mismo que deberá encargarse de los siguientes pasos previos:

a) Elaborar el informe técnico - legal de procedencia del concurso interno. En este informe identificará a las y los servidores que dentro de la institución cumplen con todas las condiciones previstas en la Disposición Transitoria Séptima de la LOSEP, anexando la copia de los contratos originales de los servidores que demuestren sus años de servicio, una copia del perfil del puesto creado para tal fin, así como todo tipo de información adicional que considere necesaria para justificar el proceso a favor de la o el servidor. Será necesario llevar a cabo un informe por cada servidor.

b) Solicitar el banco de preguntas para el puesto que será elaborado de conformidad con las disposiciones contenidas en el numeral 4 del artículo 13 de la presente norma y, en base al mismo, la o el administrador de los concursos internos deberá elaborar la prueba de conocimientos técnicos que será aplicada al servidor durante el concurso interno. Si existen varios servidores que tienen derecho a un concurso interno en una misma unidad administrativa, podrá usarse el mismo banco de preguntas para todas las pruebas.

c) Elaborar el informe técnico de aplicación de pruebas psicométricas. Dentro del mismo, deberá planificarse la aplicación de una batería de pruebas psicométricas con el fin de evaluar las competencias conductuales del perfil del puesto mediante un informe técnico que determine qué batería se utilizará con su respectiva justificación técnica.

d) Elaborar el cronograma del concurso. Deberá contener todas las etapas señaladas en el numeral 2 de la presente Disposición General y no podrá durar más allá de 20 días hábiles desde la convocatoria interna hasta la declaratoria de ganador. Fuera de lo establecido en el presente literal, deberá ceñirse a las reglas determinadas en el literal c) del artículo 14 de la presente norma.

e) Convocar a los Tribunales de Méritos y Oposición y de Apelaciones para el concurso interno y conservar las actas respectivas. La integración de los Tribunales seguirá las reglas de los artículos 10 y 11 de la presente norma.

La o el administrador de concursos internos deberá contar con todos los documentos habilitantes descritos desde el literal a) al e) del presente numeral para llevar a cabo el Concurso Interno de Méritos y Oposición.

2) El concurso interno de méritos y oposición.- El concurso interno tendrá las siguientes etapas:

a) De la convocatoria interna.- [...]

b) La o el servidor deberá remitir su hoja de vida en el formato que le solicite la o el administrador de concursos internos en conjunto con la documentación de sustento de la misma en un término máximo de 5 días hábiles desde el día en el que ha sido efectivamente notificado con la invitación, caso contrario se entenderá que ha desistido de ejercer su derecho al concurso interno.

c) De la toma de pruebas técnicas y psicométricas.- [...]

d) De la entrevista.- [...]

e) Conformación de puntaje final.- [...]

A este puntaje se le aumentará 1 punto por cada año laborado en la institución hasta la fecha del concurso con un máximo de 10 puntos. No existirá mérito adicional ni acciones afirmativas por las particularidades del presente proceso

f) Presentación de apelaciones.- [...]

g) Declaratoria de ganador o ganadora del concurso.- [...]

toma de pruebas y entrevistas pero limita de gran manera la participación con lo que se puede decir que es un mero cumplimiento de formalidades para otorgar estabilidad.

Esta medida se justifica aduciendo su carácter social y para otorgar estabilidad a los servidores afectados por el abuso que se le ha dado a la figura del contrato de servicios ocasionales y que genera afectación a sus derechos ya que se encuentra laborando en un puesto que debería ser de carrera sin la estabilidad del caso.

c) Regido por normas preestablecidas.- Esto se cumple con el establecimiento de la norma técnica de selección de personal que permite tener normas previas y claras de aplicación. De todas maneras es importante considerar que los concursos de méritos y oposición son manejados por personal de la misma institución que supervisa la participación de compañeros, lo que puede restar objetividad en etapas que permiten cierta discrecionalidad¹⁰ como la etapa de la entrevista que además en el caso ecuatoriano tiene un valor determinante ya que compone el 15% de la calificación.

En muchos casos los perfiles son excesivamente amplios lo que no permite tener una noción clara de los conocimientos que serán evaluados.

d) Instancias de intervención por parte de órganos de asesoramiento expertos.- Nuestra norma no prevé asesorías externas, establece como órganos responsables a la unidad de administración del talento humano, tribunales de méritos y oposición y tribunales de apelaciones que serán conformados por funcionarios de la misma institución o por funcionarios de la institución a las que se encuentre adscrita la que promueve el concurso, siempre que su propio personal no sea suficiente.

Los tribunales se encuentran compuestos por la autoridad nominadora o un delegado, el responsable de la unidad de administración de talento humano o su delegado, y el responsable de la unidad requirente o su delegado.

En el único caso en que se permite la intervención de un tercero ajeno a la institución es en el caso de las pruebas psicométricas ya que el artículo 24 de la norma técnica de selección de personal establece:

Art. 24.- [...] Las instituciones que no dispongan del personal adecuado para la preparación de las baterías de las pruebas psicométricas podrán contratar estos servicios profesionales, siempre que no estén disponibles los servicios del Ministerio del Trabajo

¹⁰ La norma del Subsistema de Selección de Personal del Sector Público en su artículo establece que en la fase de entrevista se “[...] evalúa las competencias conductuales y las competencias técnicas descritas en las bases de concurso de manera oral [...] La entrevista será desarrollada por dos técnicos entrevistadores: una o un delegado de la UATH institucional, que evaluará las competencias conductuales, y una o un delegado del representante de la unidad administrativa a la que pertenece el puesto, que evaluará las competencias técnicas, mediante casos prácticos [...]”

o de una institución estatal que pueda ofrecer las baterías requeridas, y de conformidad con la disponibilidad presupuestaria de la institución. [...]

Esto únicamente para la elaboración de las pruebas más no para la aplicación de las mismas.

Considero que el fin de sean funcionarios de la institución quienes lleven a cabo el concurso es de abaratar costos y por el conocimiento de las labores que deberán ejercerse en los puestos de la misma, pero conforme lo analizado no se cumpliría en Ecuador el requisito señalado por la doctrina.

e) Diversidad de elementos de calificación.- En el caso ecuatoriano existen varios componentes que son evaluados en los concursos, los principales son:

Mérito: que implica el cumplimiento de requisitos para ocupar el puesto, estos son por lo general, instrucción formal y experiencia laboral relacionada.

Oposición: Esta etapa se compone de:

- Pruebas de conocimientos técnicos
- Pruebas psicométricas, y
- Entrevista.

Existe además la consideración de acciones afirmativas y de mérito adicional que otorgan puntaje extra a los participantes.

Al hablar de acciones afirmativas se refiere a condiciones de vulnerabilidad de los postulantes que requiere de atención especial (artículo 32).

Estas son:

- a) Héroe o heroína
- b) Ex combatiente
- c) Ex migrante o migrante
- d) Autodefinición étnica: indígena, afro ecuatoriano o montubio
- e) Personas con discapacidad o enfermedades catastróficas, o quienes estén a cargo de éstas.

En este momento es importante considerar que:

Las Acciones Afirmativas también denominada discriminación inversa, implica la utilización de protección especial sobre determinados sectores sociales históricamente discriminados, en miras a procurar una solución transitoria que permita garantizar la igualdad de oportunidades ¹¹

¹¹ María Sofía Sagües, Profesora de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina citada por México, Cámara de Diputados Lic. Alma Arámbula Reyes Investigadora Parlamentaria Lic. Gabriel Mario Santos Villarreal Investigador Efrén Corona Aguilar Candida Bustos

Estas acciones afirmativas permiten colocar en situación de ventaja a quienes siempre han estado en desventaja. Esta política pública reflejada en la normativa es positiva ya que consigue la inserción a la función pública de las personas que se encuentran en esta situación especial.

En el caso de personas con discapacidad la norma no otorga puntaje adicional si no, con que la persona cumpla con la nota mínima y corrobore documentadamente su situación y sus méritos se le declara ganador.

Todas las condiciones antes señaladas son sujeto de comprobación exceptuando la autodefinición étnica, ya que esta implica una manifestación propia de la persona.

Al referirse a una autodefinición depende únicamente de la voluntad o sentir de la persona postulante, lastimosamente esta acción afirmativa ha sido objeto de abuso por parte de muchas personas, que sin pertenecer a uno de los grupos étnicos (discriminados a lo largo de la historia), la utilizan para tener ventaja sobre los demás, ya que suma dos puntos que pueden ser decisivos al momento de otorgar un puesto.

Finalmente también se considera si la persona que aplica al puesto rebasa lo requerido para el mismo y se otorga un puntaje por mérito adicional.

f) Amplias posibilidades de impugnación.- Quienes aspiran a un puesto de carrera en la función pública tienen la opción de impugnar la verificación de la postulación, es decir, la fase de mérito y las pruebas técnicas dentro de la fase de oposición. Sin embargo no pueden impugnar la calificación obtenida en las pruebas psicométricas, la entrevista, ni tampoco la resolución final, lo que contraría lo establecido por el Art. 173 de la Constitución de la República.

En caso de detectar alguna anomalía en el concurso la normativa no prevé un mecanismo de denuncia.

g) Decisión final fundamentada.- Es importante considerar que en el caso ecuatoriano el puntaje se va conformando según pasan las etapas del concurso por lo que existen varios actos de simple administración que guía a la decisión final.

Dentro del acta final se detallan las diferentes etapas y calificaciones obtenidas durante el concurso tanto para el ganador como para los elegibles. En esta acta también se descalifica a las personas que no hayan hecho la entrega de la documentación correspondiente.

El acta final es un acto administrativo ya que genera derechos para el ganador como para los elegibles. Es en base a esta declaratoria que la persona ganadora puede posesionarse en su cargo. Como acto administrativo debe estar debidamente motivado.

h) Control judicial.- La norma técnica que se ha analizado a lo largo de este tema no prevé control judicial, sino que solo prevé control administrativo contra los funcionarios encargados del concurso como una falta grave (art.42).

Lo anterior no implica que no pueda existir un control judicial de las actuaciones dadas dentro del concurso de méritos y oposición para ello existe la acción subjetiva o de plena jurisdicción para el afectado por el acto administrativo o la acción de lesividad en el caso en que la administración reconozca su error pero el acto ya ha generado derechos a terceros.

Estas acciones permiten a la función judicial regular las actuaciones de los funcionarios encargados de la aplicación de los concursos de méritos y oposición.

1.1 Clases de nombramientos

Dentro de los nombramientos a los que se puede acceder en la función pública se encuentran el nombramiento permanente o definitivo, el provisional, de libre nombramiento y remoción y de período definido.

Si un postulante a un cargo público sujeto a la carrera administrativa gana el concurso de méritos y oposición puede acceder a un nombramiento definitivo, una vez superado el período de prueba. Durante el período de prueba se le otorga un nombramiento provisional.

La naturaleza jurídica del nombramiento provisional, considero que, es un acto administrativo precario lo que sustento con la definición dada por Agustín Gordillo que señala que:

Es posible encontrar casos en que ciertos actos son dictados confiriendo un derecho que, expresa o implícitamente, se otorga a título *precario*. [...] se otorgan por lo general bajo la expresa condición de que pueden ser revocados en cualquier momento, sin derecho a indemnizaciones por la revocación misma; [...] Sin duda, si un acto administrativo reconoce un derecho expresa y válidamente a título precario, la revocación por razones de oportunidad es procedente. [...]

Por lo demás, aún cuando la revocación sea procedente porque al acto fue dictado expresa y válidamente a título precario, o porque la precariedad surge implícitamente de la naturaleza del derecho conferido, la revocación no puede ser intempestiva ni arbitraria. [...]¹²

¹² Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Tomo III El acto administrativo, Capítulo 6, 10ª edición, (Fundación de Derecho Administrativo: Buenos Aires, 2011) 22-3

Continuando, con el criterio del mencionado autor,¹³ los actos precarios pueden ser revocados, sin embargo, su revocación debe ser razonablemente fundada y debe tener además un plazo prudencial para el cumplimiento de la misma, ya que ésta no puede intempestiva ni arbitraria. La revocación debe estar fundamentada en razones de oportunidad, cuando las circunstancias del acto inicial han cambiado para que esta sea razonable y legítima; por lo que no podrá basarse únicamente en un cambio de opinión de la administración ni en circunstancias desconocidas por el administrado por culpa de la administración, la precariedad se aplica en actos razonables, no frente a la arbitrariedad de la administración.

Dentro de los actos precarios el autor señala a los cargos sin estabilidad y en ese sentido hace el siguiente análisis:

[...] El supuesto que pasamos a considerar no es una excepción a la estabilidad distinta a la anterior, sino solamente un sub caso de ella. Las designaciones en la administración pública tienen estabilidad relativa, salvo en los cargos que están siempre a la disposición de la autoridad que los designa: ministros, secretarios, asesores de gabinete, etc. [...] En consecuencia se puede disponer el cese de sus funciones en cualquier momento, sin invocación de causa alguna. Es uno de los supuestos en que no parece necesario que el acto tenga motivación o fundamentación, ni requiera sumario o defensa previa, porque no importa un juicio de valor sobre la persona ni su desempeño. Si el acto expresamente formula consideraciones negativas sobre el funcionario puede generar responsabilidades pero no por ello el funcionario tiene derecho a continuar en el cargo. Lo mismo ocurre si un agente es separado del cargo durante el período de prueba, en que aún no tiene estabilidad.

Considerando las condiciones en las que se otorgan los nombramientos provisionales¹⁴ bien puede establecerse que cumplen con las características de acto

¹³ Cfr. Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, 22-3

¹⁴ Ley Orgánica del Servicio Público: Art. 17.- Clases de Nombramiento.- Para el ejercicio de la función pública los nombramientos podrán ser:

[...]

b) Provisionales, aquellos que se expiden para ocupar:

b.1) El puesto de un servidor que ha sido suspendido en sus funciones o destituido, hasta que se produzca el fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo u otra instancia competente para este efecto;

b.2) El puesto de una servidora o servidor que se hallare en goce de licencia sin remuneración. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada licencia;

b.3) Para ocupar el puesto de la servidora o servidor que se encuentre en comisión de servicios sin remuneración o vacante. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada comisión;

b.4) Quienes ocupen puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior; y,

b.5) De prueba, otorgado a la servidora o servidor que ingresa a la administración pública o a quien fuere ascendido durante el periodo de prueba. El servidor o servidora pública se encuentra sujeto a evaluación durante un periodo de tres meses, superado el cual, o, en caso de no haberse practicado, se otorgará el nombramiento definitivo; si no superare la prueba respectiva, cesará en el puesto. De igual manera se otorgará nombramiento provisional a quienes fueron ascendidos, los mismos que serán evaluados dentro de un periodo máximo de seis meses, mediante una evaluación técnica y objetiva de sus servicios y si se determinare luego de ésta que no califica para el desempeño del puesto se procederá al reintegro al puesto anterior con su remuneración anterior; [...]

administrativo precario. Esta última depende en mucho de la situación en la que se otorgue el nombramiento provisional, ya que existen casos en los que el plazo se encuentra establecido (por ejemplo el reemplazo de una servidora que está con licencia por maternidad), en otros casos dependen del cumplimiento de una condición para su terminación (hasta que se declare el ganador del concurso o hasta que retorne de la comisión el titular de la partida), o, finalmente existen casos en los que, pueden ser revocados en cualquier momento ya que no se goza de estabilidad alguna (cargos de libre nombramiento o remoción).

Los nombramientos de libre nombramiento y remoción se otorgan únicamente por las máximas autoridades de cada institución a funcionarios que ocupan cargos que por su naturaleza son de confianza.

Los empleos de libre nombramiento y remoción son aquellos cuya provisión corresponden de manera discrecional, a la autoridad nominadora, es decir, sin estar sujeta a trámite o procedimiento especial alguno. Es suficiente la manifestación expresa de la voluntad de nominador a través del acto de nombramiento, y que el designado acepte y cumpla los requisitos señalados para ejercer el correspondiente empleo.¹⁵

Por su naturaleza estos cargos no deben ocuparse mediante concursos de méritos y oposición lo que genera discrecionalidad en la designación, que en muchos casos supone que la gente que ocupa esos cargos no tenga igual nivel de profesionalización o experiencia que sus subordinados, al referirnos de cargos jerárquicos superiores.

Por último los nombramientos de periodo fijo son aquellos que por mandato legal deben ser ocupados por un determinado tiempo, como por ejemplo el caso de aquellos que ocupan cargo de elección popular, o cargos a través de concursos pero que tienen período fijo como es el caso del Defensor del Pueblo, por ejemplo.

2. Contratos de servicios ocasionales

Los contratos de servicios ocasionales es una figura muy utilizada actualmente, y en la mayoría de casos es incluso mal utilizada. Esta figura es relativamente nueva en la

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

¹⁵ Pedro Hernández, La provisión de empleos de carrera en Colombia – Lineamientos de un nuevo modelo de gestión de personal en el sector público, (Santiago de Chile: 2005) citado por Edgar Martínez Cárdenas y Juan Manuel Ramírez Mora, Régimen del Servidor Público, programa administración pública territorial, Escuela superior de administración pública (Bogotá: 2008), 47

legislación ya que fue implementada en 2003 con la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, y se ha ido desarrollando conforme la legislación lo ha hecho.

Sin embargo, la contratación de personal y la flexibilización no son una novedad. Así Miriam Ivanega¹⁶ refiere a estos servidores como “personal contratado o transitorio” y realiza la siguiente afirmación:

[...] El llamado personal contratado o transitorio es una figura prevista en los estatutos de la función pública para realizar servicios que por su naturaleza y transitoriedad no pueden ser cumplidos por el personal permanente. Pero estos regímenes dejaron de ser excepcionales o temporarios para convertirse en la modalidad típica y habitual en el sector público [...]

La misma autora señala características comunes que pueden tener este tipo de regímenes laborales, estas son:

1. carecen de estabilidad y por ende no tienen derecho a la carrera administrativa, ni están sometidos a los regímenes disciplinarios aplicables a los agentes de planta permanente, salvo que expresamente así se establezca; 2. las relaciones contractuales son por tiempo determinado, vencido el cual no se admite la tácita reconducción; 3. la Administración puede rescindir el contrato en cualquier momento, y 4. La rescisión (o revocación) del contrato en forma anticipada no da derecho a indemnización alguna.

Respecto a los contratos de servicios ocasionales nuestra legislación contemplaba, hasta el 13 de septiembre de 2017, la posibilidad de contratar personal con relación de dependencia por un tiempo máximo de dos años. En la fecha antes señalada, se reforma la Ley Orgánica del Servicio Público¹⁷ y se sustituye el artículo 58,¹⁸ eliminando la restricción del tiempo máximo de contratación. Sin embargo, se establece de manera expresa que esta figura deberá ser excepcional.¹⁹

¹⁶ Miriam Mabel Ivanega, “Las políticas públicas y el empleo público frente a la directriz constitucional”, en Revista de Derecho Público 2012-1: Empleo público I, (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012) 32

¹⁷ Mediante la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 78 de 13 de septiembre de 2017.

¹⁸ Art. 58.- De los contratos de servicios ocasionales.- La suscripción de contratos de servicios ocasionales será autorizada de forma excepcional por la autoridad nominadora, para satisfacer necesidades institucionales no permanentes, previo el informe motivado de la Unidad de Administración del Talento Humano, siempre que exista la partida presupuestaria y disponibilidad de los recursos económicos para este fin. [...]

¹⁹ El Ministerio de Trabajo limitó este tipo de contrataciones mediante los oficios circulares Nos. MDT-DSG-2018-0017 y MDT-DSG-2018-0018 de 25 de junio de 2018 y su alcance Nro. MDT-MDT-2018-0507 de 29 de junio de 2018, en los que, por razones de austeridad, se prohíbe toda contratación de servicios ocasionales a partir del 01 de julio de 2018 y la prohibición se extiende hasta el 2019, para todas las entidades que integren la Administración Pública Central. Además que limita a doce meses el tiempo máximo de los contratos suscritos previo a esta prohibición, por lo que máximo hasta junio del próximo año todos los servidores contratados en la Administración Pública Central deberán salir de sus puestos de trabajo.

Lo más relevante a considerar es que las funciones deben responder a este carácter ocasional. La Ley Orgánica del Servicio Público desarrolla en mayor medida esta figura y establece varias condiciones en torno a esta.

Para hacer esta contratación debe existir una necesidad institucional, es decir que debe darse alguna circunstancia especial para requerir una labor ocasional. Esto no se cumple ya que en muchos casos se requiere simplemente una contratación sin justificar su calidad de ocasional.

Además debe existir la disponibilidad de recursos económicos.

Este tipo de contratación no debería exceder el veinte por ciento²⁰ de la totalidad del personal de la entidad contratante, a excepción de las instituciones nuevas hasta que inicien los procesos de concursos de méritos y oposición o cuando el Ministerio de Trabajo autorice un porcentaje mayor.

Pese a que estos contratos generan relación de dependencia y por ello los mismos beneficios económicos que los puestos de carrera, no tienen ningún tipo de estabilidad lo que en primer lugar permite evidenciar la existencia de precarización laboral.

La precarización laboral se basa en:

Las distintas formas de pérdida o disminución de garantías laborales, sobre todo en la duración contractual, se han denominado “precarización del mundo del trabajo” y es una tendencia que se generaliza rápidamente, aún en áreas de actividad caracterizadas por la estabilidad del empleo, tales como la burocracia estatal²¹

Con lo anterior se puede entender que la precarización merma los derechos laborales de los servidores públicos, estos derechos son por ejemplo el de estabilidad, derecho a recibir indemnización, derecho a capacitarse, derecho de ascenso, entre otros. Este tema será abarcado con mayor profundidad en el capítulo II del presente documento.

3. Impedimentos e inhabilidades para acceder un cargo público

En el caso de los impedimentos e inhabilidades estos son conforme lo señala la doctrina una especie de requisitos negativos, es decir, que no se debe incurrir en ellos para poder ejercer un cargo público.

En este punto cabe distinguir entre las inhabilidades y los impedimentos.

²⁰ De este porcentaje se excluye a las personas con discapacidad en razón de la sentencia aditiva No. 258-15-SEP-CC de la Corte Constitucional publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 605 de 12 de octubre de 2015, que será analizada detenidamente en el Capítulo II del presente documento.

²¹ Jorge Ahumada, “Empleo público y precarización laboral”, Asociación Argentina de Estudios de Administración Pública <https://aaeap.org.ar/wp-content/uploads/2013/03/ahumada_jorge.pdf> Fecha de acceso: 15/12/2015, 7

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

La jurisprudencia ha señalado que “Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo²²

[...]

La finalidad de las inhabilidades es garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de cargos o funciones públicas. De igual forma son una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función. [...]²³

Nuestra legislación habla de inhabilidades e impedimentos para ejercer cargos públicos, sin embargo existen autores que los tratan como genérico y específico, siendo el impedimento un tipo de inhabilidad. Así señalan que las inhabilidades son de dos tipos:

Inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado, la cual se aplica en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por indignidad política.

Inhabilidades que no constituyen sanción ni están relacionadas con la comisión de faltas, sino que corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y obedecen a la efectividad de principios, derechos y valores constitucionales, como son la lealtad empresarial, moralidad, imparcialidad, eficacia, transparencia o sigilo profesional, entre otros postulados.²⁴

En las inhabilidades relacionadas con la potestad sancionadora se enmarcan ciertos casos de impedimentos como el impedimento por destitución, por interdicción judicial, cese de funciones por evaluación, e incluso en los casos de impedimento por mora con deudas a entidades públicas. Pero en el caso de la legislación ecuatoriana quedan fuera de esta categoría los casos de indemnizaciones por supresión de puesto, compra de renuncia (Decreto 813), compensación por retiro voluntario o venta de renuncia, y jubilación o

²²Colombia, Corte Constitucional, Sentencias C-380-97, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-1212-01, M.P. Jaime Araujo Rentería, citada por Héctor Julio Quiñones Monroy, Pablo Emilio Talero Díaz; Diego Francisco Pineda Plazas y Ruth Manrique. “Inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos”. Guía No. 10, 2ª versión actualizada (2011). Departamento administrativo de la Función pública de Colombia. <<https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/506911/1020.pdf/e43b09f4-ef4d-46c8-8df1-a34494379a7c>> Fecha de acceso: 21/12/2015, 5

²³ Héctor Julio Quiñones Monroy, Pablo Emilio Talero Díaz; Diego Francisco Pineda Plazas y Ruth Manrique. “Inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos”, 5-6

²⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-348/04, Abril 20, magistrado ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño, citada por Héctor Quiñones, Pablo Talero; Diego Pineda y Ruth Manrique. Inhabilidades e incompatibilidades, 6.

retiro. Los impedimentos por ser un tema amplio serán abordados en un apartado distinto.

En cuanto a las inhabilidades del segundo tipo detallado en líneas anteriores se enmarcan las prohibiciones como el nepotismo,²⁵ pluriempleo²⁶ o la prohibición de ejercicio profesional para abogados²⁷ que sean funcionarios públicos; este tipo de prohibiciones tienen como fin evitar el conflicto de intereses que surge de las distintas relaciones, afectivas o profesionales. Buscan que el empleo público sea ejercido con transparencia e imparcialidad, evitando que los cargos públicos se conviertan en una especie de botín con el que puedan tranzar las autoridades de turno.

Si la inhabilidad es anterior al nombramiento o contrato es sencillo comprender que no se podrá otorgar ninguno de los dos, el problema surge cuando la inhabilidad es sobreviniente al nombramiento o contrato.

En este caso se debe considerar la situación particular en cada caso, ya que depende mucho de la situación de cada servidor. Es diferente el tratamiento que la norma le da a una persona con contrato que a una con nombramiento.

La Ley Orgánica del Servicio Público para el caso de nepotismo contempla que en el caso de contratos de servicios ocasionales o contratos civiles de servicios profesionales que al momento de la posesión se encuentra trabajando podrán concluir el plazo del contrato sin opción a renovación.

²⁵ Ver artículo 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

²⁶ Ver artículo 12 de la Ley Orgánica del Servicio Público

²⁷ Código Orgánico de la Función Judicial Art. 328.- INCOMPATIBILIDAD PARA PATROCINAR.- No podrán patrocinar por razones de función:

1. La Presidenta o el Presidente de la República o quien haga sus veces, la Vicepresidenta o el Vicepresidente de la República o quien haga sus veces, los Ministros de Estado, el Secretario General de la Administración, el Procurador General del Estado, el Contralor General del Estado, el Fiscal General, el Defensor del Pueblo, los Superintendentes, los funcionarios y empleados de los Ministerios del Estado, de los Organismos de Control y más dependencias y entidades del sector público; a excepción de la intervención en las controversias judiciales en razón del cargo o defendiendo intereses de la institución a la cual pertenecen;

2. Los Gerentes de los Bancos privados o del Estado, de las compañías financieras, de las cooperativas de ahorro y crédito abiertas al público, de las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito, de las Bolsas de Valores, de las Casas de Valores, de las Administradoras de Fondos y fideicomisos, de las compañías de titularización;

3. Los asambleístas principales y sus suplentes cuando actúen en reemplazo de los principales; así como los funcionarios y empleados de la Asamblea Nacional, a excepción en las controversias judiciales defendiendo intereses de la institución a la cual pertenecen;

4. Las juezas y jueces, las conjuezas y conjueces;

5. Los restantes servidores judiciales, a excepción en las controversias judiciales defendiendo intereses de la institución a la cual pertenecen;

6. Los gobernadores, prefectos, alcaldes, y los funcionarios y empleados del régimen seccional y autónomo, los miembros de la Policía Nacional en servicio activo, a excepción en las controversias judiciales defendiendo intereses de la institución a la cual pertenecen; y,

7. Los ministros de cualquier culto.

Todo esto sin perjuicio de que estos funcionarios puedan ejercer su propia defensa o representación judicial.

En cuanto a los cargos de libre nombramiento y remoción se darán por concluidos al momento de la posesión de cualquiera de las autoridades nominadoras.

Respecto a los nombramientos definitivos que caigan en esta situación no se menciona en el artículo 6. Sin embargo, en jurisprudencia comparada, el Consejo de Estado Colombiano se ha pronunciado en el siguiente sentido:

Acerca de la INHABILIDAD SOBREVINIENTE para el funcionario que viene trabajando con la administración y posteriormente es nombrado su familiar como nominador de la entidad a la cual presta sus servicios, se consulta al Consejo de Estado: ¿SE PREDICA DE UN SERVIDOR PÚBLICO DE LA ADMINISTRACIÓN DEPARTAMENTAL, CUYO FAMILIAR MEDIANTE ELECCIÓN POPULAR ASUME COMO NOMINADOR DE LA ENTIDAD EN LA CUAL PRESTA SUS SERVICIOS? EL CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Veintiocho (28) de febrero de dos mil ocho (2008). Consejero Ponente: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO Radicación No. 1.879.

[...] Una causal de inhabilidad se torna en sobreviviente cuando durante el desempeño de un cargo se presentan situaciones previstas en la ley como supuestos de hecho de una inhabilidad, de manera que por ser de ocurrencia posterior a la elección o nombramiento no genera la nulidad del acto de elección o designación, pero tiene consecuencias jurídicas respecto del ejercicio del cargo que se está desempeñando.

[...] Por tratarse de inhabilidades sobrevivientes, en caso de presentarse una situación de esta naturaleza, la norma prevé un mecanismo de solución diferente a la declaratoria de nulidad, al señalar en su inciso segundo que "Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar". Es de advertir que el citado inciso segundo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-038 de 1996 "pero únicamente bajo el entendido de que la inhabilidad o incompatibilidad sobrevivientes no se hayan generado por dolo o culpa imputables al nombrado o al funcionario público a los que se refiere dicho precepto" ²⁸

Es decir que al ser anterior la emisión del nombramiento no se genera nulidad del acto de nombramiento anterior, incluso se establece que la normativa que prevé la obligación de subsanar la inhabilidad en tres meses solamente es exigible en el caso de que la inhabilidad incompatibilidad sobrevivientes respondan a dolo o culpa del servidor.

3.1 Impedimentos²⁹

Este tema merece ser objeto de un análisis en un apartado ya que son varias las causas que pueden generar un impedimento, y aunque se trate de un tipo de inhabilidad considero importante analizarlo de manera específica.

²⁸ Colombia, Consejo de Estado, citado por Héctor Quiñones, Pablo Talero; Diego Pineda y Ruth Manrique. "Inhabilidades e incompatibilidades" 22

²⁹ Me refiero a impedimento en razón de que la normativa lo señala así, aunque considero más apropiado hablar de limitaciones para el acceso a un cargo público, ya que en algunos casos, la persona puede realizar un proceso de rehabilitación que deja sin efecto esta inhabilidad. Es importante considerar que existen casos en que la norma considera

La Ley Orgánica del Servicio Público³⁰ establece como requisito para ingresar al sector público no encontrarse en una de las causales de prohibición para ejercer cargos públicos, además que las Unidades de Administración del Talento Humano de cada institución tienen la obligación³¹ de reportar prohibiciones, inhabilidades, e impedimentos que tengan los servidores o se generen con servidores a su cargo. El reporte se lo hace al Ministerio de Trabajo (la norma refiere al Ministerio de Relaciones Laborales).

En este contexto es importante considerar que el Ministerio de Trabajo debe mantener una base de datos en el que consten los impedimentos, pero la mencionada base se alimenta de la información proporcionada por las diferentes instituciones públicas a través de sus Unidades de Talento Humano, por lo tanto los responsables de esa información son lo que la proporcionan.

El Ministerio de Trabajo mantiene un sistema automatizado para el otorgamiento de certificados de impedimentos³² que realiza la búsqueda con el número de cédula del ciudadano que requiere la información, lo que tiene como intención disminuir los trámites burocráticos, sin embargo, es importante considerar que la información contenida en la base de datos es acarreada desde años atrás de archivos de las diferentes instituciones que han regulado al servicio público como la Dirección Nacional de Personal (DNP), Secretaría Nacional de Desarrollo Administrativo (SENDA), Oficina de Servicio Civil y Desarrollo Institucional (OSCIDI), Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público, Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público (SENRES), Ministerio de Relaciones Laborales (MRL) y actualmente el Ministerio de Trabajo. La información contenida en el registro es remitida por todas las instituciones del sector público en las que se ha generado el impedimento ya sea por mora en deudas, interdicciones judiciales, o por movimientos de personal.

impedimentos permanentes, en cuyo caso no existe rehabilitación y se trataría de un impedimento en todo el sentido de la palabra.

³⁰ Artículo 5. - Requisitos para el ingreso.- Para ingresar al servicio público se requiere: [...]

c) No estar comprendido en alguna de las causales de prohibición para ejercer cargos públicos. [...]

³¹ Art. 21.- Del registro de otros movimientos de personal.- [...]

La UATH o la unidad que hiciere sus veces, deberán reportar prohibiciones, inhabilidades e impedimentos legales de la o el servidor al Ministerio de Relaciones Laborales para registrarlo en el Sistema Integrado de Información del Talento Humano y Remuneraciones.

³²Ecuador, Ministerio de Trabajo, página web: <www.trabajo.gob.ec, <http://certificadoimpedimento.trabajo.gob.ec/BusquedaImpedido/>> Fecha de acceso: 05/01/2017

Además es importante considerar que existen impedimentos que reporta la función judicial que, en muchas ocasiones, remite la información sin constancia de la cédula de ciudadanía, por lo que para implementar este tipo de certificados en línea lo primero, que debió verificarse, es que la información se encuentre depurada para que sea confiable.

Los impedimentos para ingresar al sector público se encuentran dispersos en la legislación y no todos se encuentran identificados como impedimentos como tal, sin embargo se realiza la siguiente clasificación de los mismos.

3.1.1 Deudas con instituciones del sector público

Este caso es importante considerar que la deuda *per se* no genera impedimento, sino que este se genera al momento en que una persona cae en mora.³³

La Ley Orgánica del Servicio Público establece a este impedimento como un requisito para el ingreso “[...] No encontrarse en mora del pago de créditos establecidos a favor de entidades u organismos del sector público, a excepción de lo establecido en el Artículo 9 de la presente Ley; [...]”. Conforme se señaló en líneas anteriores es un requisito negativo.

En este caso es importante considerar que una vez que desaparece la mora el impedimento ya no existe, y esto se consigue o bien poniéndose al día con la deuda o suscribiendo un convenio de pago con la entidad acreedora.

Si se suscribe un convenio de pago este debe constar de manera previa al otorgamiento del nombramiento o contrato dentro de la declaración patrimonial juramentada detallando la institución acreedora y el monto de la deuda junto con el convenio. Esto para garantizar el cumplimiento y en caso de incumplimiento del convenio de pago, se procederá a la separación de la servidora o servidor y a la terminación inmediata del contrato o nombramiento sin derecho a indemnización alguna.

Es importante aclarar que el convenio de pago implica la voluntad de la institución acreedora, además que el Reglamento³⁴ a la Ley del Servicio Público establece un límite de cuatro años para el pago.

³³ Código Civil Art. 1567.- El deudor está en mora:

1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;
2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin dárla o ejecutarla; y,
3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

³⁴ Art. 7.- Inhabilidad especial por mora.- No se registrarán los nombramientos expedidos o contratos celebrados a favor de las personas que se encontraren con obligaciones en mora respecto de instituciones públicas, legalmente exigibles, de conformidad a lo señalado en el artículo 9 de la LOSEP.

3.1.2 Interdicción Judicial

Este impedimento abarca varios tipos de prohibiciones que serán analizadas en las siguientes líneas.

Para empezar la Ley Orgánica del Servicio Público³⁵ establece como requisito para el ingreso no encontrarse en interdicción civil.

La interdicción civil tiene como fin limitar los actos que puede una persona llevar a cabo, en cuanto a la naturaleza jurídica de la misma es interesante la aproximación realizada por Juan Reyna que indica:

[...] Del estudio de las diferentes legislaciones, se puede observar las diversas modalidades que ésta presenta. En unas la interdicción presenta la forma de 'una medida tutelar o de protección del penado, en otras adquiere un carácter represivo, y finalmente hay países en que esta interdicción no existe. [...]³⁶

En el caso de la legislación ecuatoriana considero que existe un híbrido ya que existen casos de personas con discapacidad, que no pueden valerse por sí mismas, que son calificadas como incapaces relativos en los que se busca implantar una medida tutelar pero, por otra parte en casos como por ejemplo el del ebrio consuetudinario, disipador, toxicómano, insolvente, entre otros es un especie de sanción que a la vez tiene un carácter preventivo también.

En caso de mora, el convenio de pago, deberá ser suscrito entre la persona que se encuentre en mora y el representante legal de la institución acreedora o su delegado, y deberá tener un plazo máximo del cumplimiento del pago de hasta 4 años, contados desde la fecha de suscripción del convenio. Una vez cumplido con este procedimiento la o el servidor podrá ser nombrado, designado o contratado. Cuando la o el servidor haya realizado todos los pagos en las fechas de vencimiento comunicará a la máxima autoridad o el representante legal de la institución acreedora, quien remitirá dicha información al Ministerio de Relaciones Laborales del cumplimiento total del convenio de pago, para la actualización de la base de datos.

En caso de incumplimiento del convenio de pago, la autoridad nominadora o su delegado que fuere requerido por la institución acreedora solicitará a la o el servidor, que proceda al pago de la obligación total o parcial, si no lo hiciere en el plazo de 45 días, la máxima autoridad o el representante legal de la entidad acreedora, en forma inmediata, dará aviso al Ministerio de Relaciones Laborales y a la Contraloría General del Estado y se procederá a la remoción de la o el servidor que incumplió el pago conforme lo señala el inciso segundo del artículo 9 de la LOSEP, sin derecho a indemnización alguna

³⁵ Ley Orgánica del Servicio Público. -Art. 5. - Requisitos para el ingreso.- Para ingresar al servicio público se requiere: [...]

b).- No encontrarse en interdicción civil, no ser el deudor al que se siga proceso de concurso de acreedores y no hallarse en estado de insolvencia fraudulenta declarada judicialmente;" [...]

³⁶ Juan I. Reyna, "La interdicción civil en nuestro derecho", Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, ISSN 0251-3420, ISSN-e 2305-2546, Nº. 2, 1945 <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084682.pdf>> Fecha de acceso: 15/12/2015, 7

En ese sentido como requisito para acceder a un cargo público se señala además que no debe ser deudor al que se le siga proceso de concurso de acreedores o con insolvencia fraudulenta declarada judicialmente.

Existe otro tipo de interdicción judicial que es generada por causas penales, esto con el fin de garantizar la probidad de los servidores públicos conforme lo señala la Ley Orgánica del Servicio Público:

Art. 10.- Prohibiciones especiales para el desempeño de un puesto, cargo, función o dignidad en el sector público.- Las personas contra quienes se hubiere dictado sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos de: peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito; y, en general, quienes hayan sido sentenciados por defraudaciones a las instituciones del Estado están prohibidos para el desempeño, bajo cualquier modalidad, de un puesto, cargo, función o dignidad pública.

La misma incapacidad recaerá sobre quienes hayan sido condenados por los siguientes delitos: delitos aduaneros, tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, lavado de activos, acoso sexual, explotación sexual, trata de personas, tráfico ilícito o violación.

Esta prohibición se extiende a aquellas personas que, directa o indirectamente, hubieren recibido créditos vinculados contraviniendo el ordenamiento jurídico vigente.

En el caso de este tipo de interdicción es importante considerar que debe existir una sentencia condenatoria ejecutoriada, es decir, que no se haya interpuesto recurso alguno sobre la misma en el término otorgado para el efecto. Esto en razón del principio de presunción de inocencia.

3.1.3 Jubilación o retiros y pensiones de seguridad social

Este tipo de impedimento no puede ser sujeto de rehabilitación, en razón de que el percibir una jubilación o una pensión por retiro es un derecho adquirido que no va a desaparecer. En este caso el reintegro al sector público se encuentra restringido a ciertos tipos de cargos y no se permite además que perciba un doble beneficio del Estado, es decir pensión de jubilación y remuneración.

Esta figura no es ajena a legislaciones comparadas, como es el caso colombiano que conforme lo señala La Corte Constitucional Colombiana el reintegro al servicio público de las personas que gozan de pensión jubilar han cesado definitivamente en sus funciones, sin embargo la misma norma prevé taxativamente los casos en que eventualmente se puede reintegrar al sector público:

Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio y de Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no

comprendidos en la respectiva carrera y Secretarios Privados de los Despachos de los funcionarios aquí previstos.³⁷

Esta sentencia además refiere a que la persona que goza de pensión jubilar no podrá recibir un doble beneficio del Estado considerando:

Desde luego que en este evento se entiende que el pensionado reincorporado al servicio para desempeñar alguno de los cargos señalados en la norma acusada no podrá, mientras dure en ejercicio de las funciones inherentes al respectivo empleo, recibir la asignación pensional correspondiente, sino aquellas derivada del empleo respectivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 128 superior que prohíbe “recibir más de una asignación que provenga del tesoro público”.³⁸

Sin embargo, es importante considerar que la jubilación es un derecho adquirido y que en los casos excepcionales en que se permite el reingreso de una persona jubilada a laborar en el sector público ese trabajo debe ser remunerado.

En el caso ecuatoriano la Ley prevé que el reingreso de las personas que perciban pensiones de retiro solamente podrá darse a puestos de libre nombramiento y remoción, nivel jerárquico superior, docencia universitaria e investigación científica.

El reingreso es permitido en estos casos ya que en esos puestos se requiere y valora la experiencia que pueden tener estas personas.

3.1.4 Indemnización por supresión de puesto

La supresión de puesto, conforme lo señala la Ley Orgánica del Servicio Público, es una figura que responde a la necesidad del Estado de eliminar ciertos puestos por razones técnicas, funcionales o económicas, esto también puede darse a consecuencia de la eliminación de la institución pública en sí misma. Esto implica que para llevar a cabo una supresión de puestos debe existir una justificación suficiente al respecto.

La normativa relativa a la supresión de puesto y la manera en que se debería llevar a cabo el procedimiento serán analizadas en el Capítulo III del presente documento.

Lo que atañe en este momento es la revisión del impedimento que genera el recibir una indemnización por supresión de puesto y la manera en que procede la rehabilitación para ocupar un puesto en la función pública.

³⁷ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-124 de 1996 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, citado por Héctor Quiñones, Pablo Talero; Diego Pineda y Ruth Manrique. “Inhabilidades e incompatibilidades”, 26

³⁸ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-124 de 1996, en “Inhabilidades e incompatibilidades”, 27

Recordemos que la indemnización³⁹ que recibe la persona que ocupaba el cargo suprimido se calcula de igual manera al beneficio por jubilación,⁴⁰ sin embargo es importante considerar que la supresión de puestos no es una sanción al funcionario ni interviene la voluntad de éste.

La indemnización tiene como fin resarcir el daño causado al dejar a un funcionario sin empleo por una reestructura o necesidad institucional. Sin embargo, la persona indemnizada es impedida de ejercer un cargo público ya que sería una suerte de doble beneficio proveniente de un mismo empleador, el Estado.

Para que la persona pueda reingresar al sector público deberá devolver el monto de la indemnización considerando lo siguiente:

- Si la persona no ha reingresado al sector público bajo ninguna modalidad podrá devengar el valor de la remuneración que percibía en el cargo suprimido por cada mes que se encuentre fuera del sector público. Es decir que si la remuneración era 1.000 (mil) y la indemnización 6.000 (seis mil) en seis meses habrá devengado la indemnización y podría reingresar al sector público.
- Si la persona reingresa al sector público a cargos de libre nombramiento o remoción, cargos de nombramiento provisional, docencia universitaria, formación de las o los servidores públicos, o la investigación científica. El devengar de su indemnización se suspende durante el período en que se encuentra ejerciendo estas funciones y vuelve a reanudarse una vez que se encuentre fuera del sector público. Retomando el ejemplo anterior si el funcionario cuya remuneración era de mil dólares y está fuera del sector público por dos meses y reingresa en calidad de asesor (libre nombramiento y remoción) por el período de tres meses. Habrá devengado hasta el momento dos mil dólares. Una vez que sale del servicio deberá estar fuera del sector público cuatro

³⁹ Ley Orgánica de Servicio Público: DISPOSICIÓN GENERAL PRIMERA.- El monto de la indemnización, por supresión de partidas del personal de las instituciones, entidades y organismos determinados en el artículo 3 de esta ley, será igual al indicado en el artículo 129 de esta ley. [...]

⁴⁰ Ley Orgánica de Servicio Público: Art. 129.- Beneficio por jubilación.- Las y los servidoras o servidores, de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esta ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez 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, a partir del año 2015, de conformidad con el salario básico unificado vigente al 1 de enero del 2015 para cuyo efecto, se efectuarán las reformas presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente. Se podrá pagar este beneficio con bonos del Estado. Se exceptúan de esta disposición los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Los jubilados y quienes reciban pensiones de retiro solamente podrán reingresar al sector público en caso de ocupar puestos de libre nombramiento y remoción y aquellos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior, así como puestos de docencia universitaria e investigación científica.

En caso de reingreso al sector público, el jubilado que ya recibió este beneficio, no tendrá derecho a recibirlo nuevamente.

meses más para devengar la totalidad. En caso de ingresar bajo contrato o nombramiento definitivo deberá devolver el monto de la indemnización que no ha sido devengada.

Es importante considerar que esta no es una figura nueva por lo que existen casos en que las indemnizaciones fueron recibidas en sucres. En ese caso es responsabilidad de la Unidad de Talento Humano, o la que haga sus veces, de la institución que suprimió el puesto, o la que se haya hecho cargo de su archivo el calcular el monto que ha sido devengado, transformando tanto la indemnización, como el salario de sucres a dólares con el tipo de cambio que haya estado vigente en la fecha de pago de la indemnización.

En el caso en que el monto no haya sido devengado en su totalidad, sobre el remanente deberá sumarse el porcentaje de inflación anual indicado por el Banco Central, conforme lo indica el número 1 del artículo 11 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público.

3.1.5 Compensación por retiro voluntario o venta de renuncia

En el año de 1992 iniciaba el gobierno del Arq. Sixto Durán Ballén,⁴¹ el cual se caracterizó por políticas económicas liberales. Esta época fue marcada principalmente por la creación de la Ley de Modernización del Estado, que busca privatizar servicios públicos; en fin, reducir el tamaño del Estado.

Con esta lógica es importante analizar la normativa dada por el gobierno mencionado y que generó la compensación por retiro voluntario o venta de renuncia, que buscaba reducir significativamente la burocracia.

La medida fue implementada con el fin de atraer a los funcionarios de carrera a retirarse del servicio público a cambio de una compensación,⁴² en este caso era necesaria

⁴¹ Sixto Durán-Ballén fue presidente constitucional de la República del Ecuador entre el 10 de agosto de 1992 y el 10 de agosto de 1996.

⁴² Art. 52.- COMPENSACIONES.- Créase la compensación para los servidores, trabajadores y funcionarios que no sean de libre remoción del sector público que, dentro de los procesos de modernización y de conformidad a los planes que se establezcan para cada entidad u organismo se separen voluntariamente de cualquiera de las instituciones de las funciones del Estado a la que pertenezcan, dentro del plazo de 18 meses contados a partir de la publicación del reglamento a la presente Ley.

Queda facultado el Presidente de la República para ampliar, por una sola vez, mediante Decreto Ejecutivo, el plazo antes referido. Esta compensación beneficiará a los trabajadores y servidores que hayan prestado sus servicios por más de dos años ininterrumpidos en la correspondiente entidad u organismo del sector público.

La Compensación será equivalente al valor de la última remuneración total promedio mensual, multiplicado por dos y por el número de años de servicio en el sector público, hasta un máximo de 400 salarios mínimos vitales generales vigentes a la fecha de la separación sin límite. Para determinar los años de servicio se considera el tiempo trabajado en el sector público sea con contrato o con nombramiento. El pago de esta compensación se la podrá realizar en efectivo si existen los recursos en el presupuesto de cada institución y también en bienes y acciones o participaciones.

la voluntad del funcionario. Aunque parezca redundante indicar que interviene la voluntad del funcionario en el retiro voluntario o venta de renuncia es importante señalar para diferenciar esta figura con la compra de renuncia obligatoria que analizaremos posteriormente.

Como antecedente a la Ley de Modernización, mediante Decreto Ejecutivo No. 65 publicado en el Registro Oficial No. 14, de 28 de Agosto de 1992 en el primer artículo se prohíbe “la designación en cargo público a nombramiento o contrato a favor de personas que han sido compensadas o indemnizadas económicamente por renuncia voluntaria presentada en ejercicio de funciones públicas [...]”.

El 31 de diciembre de 1993 se publica en el Registro Oficial No. 349 de Ley de Modernización del Estado Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada, que creó la compensación por retiro voluntario y estableció las condiciones para el reingreso al sector público:

Art. 53.- REINGRESO AL SECTOR PUBLICO.- El personal que reciba la compensación a la que se refiere el artículo anterior, podrá volver a prestar sus servicios en el sector público, únicamente en cargos de ministros, subsecretarios, ministros jueces, presidentes, gerentes generales de empresas públicas, embajadores, profesores universitarios y cargos de elección popular; y, en los otros casos, previo Decreto Ejecutivo.

Las partidas correspondientes a las personas que se separen voluntariamente del servicio público, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 52, serán suprimidas.

Se exceptúan de esta obligación las partidas que correspondan a cargos directivos, cuando las vacantes producidas sean cubiertas con personas que estén prestando sus servicios en la misma dependencia.

La autoridad nominadora que incumpliere con lo dispuesto en el inciso anterior, será destituida de su cargo y el nombramiento conferido quedará sin efecto.

Esta prohibición de reingreso al sector público no se refiere a los funcionarios, empleados y trabajadores de este sector que se vieron afectados por la extinción legal de las instituciones públicas o por la supresión de las partidas correspondientes, con excepción de aquellos

Para los casos en que los beneficiarios de esta compensación cuenten en sus respectivas entidades u organismos con un fondo de cesantía u otro similar, creado anteriormente, y que hubiere sido alimentado con recursos de la institución, públicos y propios, no serán considerados como parte de la compensación por separación voluntaria, ni como indemnizaciones y deberán ser entregados al trabajador, empleado o funcionario dentro de un plazo máximo de 90 días independientemente de la compensación creada por esta Ley, de modo que la una no excluye a la otra.

Estas compensaciones estarán exentas del impuesto a la renta.

Sin embargo los servidores que por razones de enfermedad, accidentes de trabajo u otra causa, fueren calificados por los organismos o por las comisiones pertinentes su condición de minusválidos o discapacitados, de manera que se encuentren en imposibilidad absoluta o relativa de continuar en el ejercicio de sus funciones o labores, podrán pedir a la autoridad nominadora, se les separe o retire de sus actividades administrativas, previo el pago de las compensaciones establecidas en esta Ley, sin que exista oposición o negativa por parte de autoridad alguna que represente a la entidad u organismo público correspondiente.

Esta disposición prohíbe de manera tajante el reingreso al sector público y establece como excepción taxativa ciertos puestos. Sin embargo, esta prohibición se vio reducida con la emisión de la Ley para la Reforma de la Finanzas Públicas publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 181, de 30 de abril de 1999 cuya Disposición General Segunda estableció:

“Los funcionarios públicos que cesaron en sus funciones por la aplicación de procesos de modernización, a través del sistema conocido como venta de renuncia, no podrán reingresar a laborar en ninguna institución del Estado, sino después de siete años contados a partir de la fecha en que recibieron la indemnización [...]”.

Sin embargo, la citada disposición no estuvo vigente por mucho tiempo, ya que fue derogada tácitamente por la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

Es decir, que las personas que reingresaron al sector público dentro del período de 30 de abril de 1999 hasta 6 de octubre de 2003, y siempre que hayan cumplido los siete años fuera del sector público no deberían devolver la indemnización. Quienes ingresaron al sector público a partir de 6 de octubre de 2003 hasta el 12 de mayo de 2005 debían devolver la indemnización conforme lo señala la Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa, y en caso de que fuera en sucres la compensación se debía transformar a dólares con el tipo de cambio vigente en la fecha de pago.

Con la codificación de la Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa (2005) se restablece la prohibición de ingreso.

Con la expedición de la Ley Orgánica de Servicio Público el 6 de octubre de 2010 en el Suplemento del Registro Oficial No. 294 se dispone que quienes hayan recibido una compensación económica podrá reingresar al sector público si devolvieren el valor de la indemnización percibida. En caso de que esta compensación haya sido percibida en sucres este monto debía ser transformado a dólares con el tipo de cambio vigente a la fecha de pago de la compensación y sobre el monto en dólares debe sumarse el porcentaje de inflación anual hasta la fecha de su efectiva devolución.

Considerando que la suma de la inflación se hace con la cantidad ya transformada a dólares y además con valores inflacionarios como los de los años 1997 a 1999, el monto de devolución podía llegar a triplicar el valor de la indemnización recibida. Existe la posibilidad de realizar un convenio de pago (máximo 48 meses y debe constar en la Declaración Patrimonial Juramentada y si la indemnización o compensación económica fue pagada en bonos del Estado, el Ministerio de Finanzas determinará el mecanismo correspondiente para su cálculo.

Sin embargo, el cálculo del monto de devolución se convierte en un desincentivo para el reingreso al sector público.

Es importante considerar que pueden reingresar al sector público sin necesidad de devolver la compensación únicamente a cargos de nombramiento provisional y a cargos o funciones de libre nombramiento y remoción, docencia universitaria, formación de los servidores públicos o la investigación científica, que son las excepciones planteadas por la Ley.

3.1.6 Compra de renuncia obligatoria

Esta figura, a criterio personal, es totalmente contraria a derecho, es un mecanismo que permite la vulneración de derechos establecidos constitucional y legalmente.

En principio es importante considerar que el mismo nombre tiene significados antagónicos, inicia con la palabra compra, que implica una voluntad doble, ya que por un lado alguien debe estar dispuesto a comprar y otro a vender. La renuncia implica una voluntad unilateral por parte del trabajador que ya no quiere ejercer su cargo. Y al hablar de obligatoria queda implícito un mandato por una de las dos partes que no puede ser resistido por la otra. Por lo que la frase en sí misma es contradictoria.

En segundo se debe evaluar su naturaleza jurídica. Si bien la Ley Orgánica de Servicio Público establece la figura de la compra de renuncia lo hace en los siguientes términos: “Art. 47.- Casos de cesación definitiva.- La servidora o servidor público cesará definitivamente en sus funciones en los siguientes casos: [...] k) Por compra de renunciaciones con indemnización; [...]”. Como es evidente no se establece la obligatoriedad de la figura, y la Ley tampoco determina el mecanismo mediante el cual será aplicada.

Es así que corresponde al Reglamento a la Ley detallar la manera en que se llevaría a cabo esta figura de cesación de funciones. En atención a su potestad reglamentaria mediante la emisión del Decreto Ejecutivo No. 813 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de Julio del 2011, el Presidente de la República, modifica el Reglamento General a la Ley de Servicio Público, creando un artículo innumerado después del 108 con el siguiente texto:

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

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

[...] La compra de renuncias con indemnización no es aplicable para las y los servidores de libre nombramiento y remoción; con nombramientos provisionales, de período fijo, contratos de servicios ocasionales, ni para los puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior.” (Lo subrayado me pertenece)

Esta figura, que nace por Decreto Ejecutivo en atención a la potestad reglamentaria presidencial, en esencia genera una innovación a la ley,⁴³ ya que al agregar la palabra obligatoria cambia todo el sentido de la compra de renuncia en la que debería intervenir la voluntad del funcionario, siendo que lo deja en indefensión y vulnera además su derecho a la estabilidad, ya que dicha figura solo se puede aplicar contra funcionarios de carrera.

Además no se establecen causales para la aplicación de ésta, lo que genera un margen discrecional muy alto que en muchos casos puede rebasar el límite y volverse arbitrario.

Una vez cesado en funciones, quien pretenda reingresar al sector público deberá devolver la totalidad de la indemnización de manera previa al ingreso a cualquier cargo, puesto, o función en el sector público. Lo que deja ver cierta discriminación en el reingreso ya que lo que genera el impedimento en esta y las demás figuras es el haber recibido una indemnización y el no poder recibir un doble beneficio estatal, pero en las demás figuras se establecen excepciones en cierto tipo de cargos, además se permite un convenio de pago en los casos en que existan valores a devolver, pero en la compra de renuncia obligatoria no.

Esta figura es totalmente inconstitucional y violatoria de derechos y será analizada a profundidad en el Capítulo III del presente documento.

3.1.7 Cese de funciones por evaluación en la función judicial

Este es un caso especial para la función judicial que se estableció en atención a la reestructuración que se buscaba en esta función.

⁴³ Lo que contraviene lo establecido dentro del artículo 147 numeral 13 de la Constitución de la República que indica que será competencia del señor Presidente de la República expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas.

La Disposición Transitoria Quinta, literal g del Código Orgánico de la Función Judicial indica:

"QUINTA.- ESTABILIDAD DE LAS SERVIDORAS Y LOS SERVIDORES JUDICIALES Y FISCALES. De conformidad con la disposición transitoria séptima de la Constitución de la República, se garantiza la estabilidad de las funcionarias y funcionarios, y las empleadas y empleados de la extinta Corte Suprema de Justicia, del Consejo Nacional de la Judicatura, de las cortes superiores, de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, de los tribunales de lo fiscal, de los tribunales penales y de los demás juzgados; de la Fiscalía General, fiscalías distritales y de los agentes fiscales y procuradores de adolescentes infractores, de acuerdo a la evaluación que efectuará el nuevo Consejo de la Judicatura dentro de los ciento ochenta días siguientes a su conformación. Quienes merezcan evaluación positiva, con excepción de los jueces de la Corte Nacional de Justicia de Transición, no deberán someterse a concursos de méritos y oposición para su permanencia.

En aplicación de esta disposición, el Consejo de la Judicatura organizará los procedimientos y dictará los instructivos que sean necesarios, para:

g. Aquellos funcionarios que no alcanzaren los mínimos requeridos en la evaluación, serán inmediatamente cesados en sus cargos, liquidados e indemnizados de conformidad con la ley."

Siguiendo la lógica explicada en otras figuras quien recibe indemnización del Estado no puede recibir una remuneración proveniente del mismo.

3.1.8 Destitución

En el caso de la destitución el trasfondo de la misma es la búsqueda de una función pública proba. Por lo que la figura tiene lógica ya que establece como efecto adicional a la destitución una prohibición temporal de dos años de reingreso al sector público y una prohibición permanente en cuanto a que no puede volver a la institución que le destituyó.⁴⁴

Esta figura me parece interesante en cuanto a que distingue los tipos de causales⁴⁵ que generan el impedimento y establece además la prohibición de reingreso permanente en los casos en que la destitución se viera ligada a delitos de peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito; y, en general, quienes hayan sido sentenciados por defraudaciones a las instituciones del Estado o quienes directa o indirectamente, hubieren recibido créditos contraviniendo el ordenamiento jurídico vigente.

⁴⁴ Artículo 15 Ley Orgánica de Servicio Público

⁴⁵ Ver artículo 48 de la Ley Orgánica de Servicio Público y artículo 109 de Código Orgánico de la Función

Además lo mismo sucede con los delitos aduaneros, tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, lavado de activos, acoso sexual, explotación sexual, trata de personas, tráfico ilícito o violación, debido a que afectan bienes jurídicos delicados.

En el capítulo precedente se ha podido corroborar la existencia de problemas jurídico para el acceso a la función pública y como estos pueden vulnerar derechos de los servidores públicos. El conflicto ha sido tal que en ciertos casos ha tenido que intervenir la Corte Constitucional a fin de regular ciertas figuras legales que se han prestado para abusos por parte de la administración.

En el siguiente capítulo se revisará lo que sucede una vez que se accede a la función pública y los problemas jurídicos que afectan la permanencia en la misma y la evidente tendencia a la flexibilización que existe en la actualidad.

Capítulo dos

El Derecho Administrativo del Trabajo y la permanencia en la función pública

Para comprender el fenómeno de la flexibilización de la función pública, y por ende lo complejo que resulta la permanencia en la misma, es necesario revisar la evolución histórica que ha tenido el derecho burocrático.

Considerando que el Derecho Administrativo en sí mismo es una rama del Derecho relativamente nueva, más aún lo es el derecho burocrático,⁴⁶ ya que éste, ha sufrido una especie de abandono desde el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral, en razón de que en ninguno de los casos existía una regulación real, debido a que ha existido una especie de huida del Derecho Administrativo y en consecuencia un efecto péndulo que en muchas ocasiones se ha desviado por el derecho privado ya sea civil o laboral y el derecho público.

Conforme lo manifiesta Ramón Parada:

[...] el nacimiento de la burocracia pública moderna con un régimen jurídico específico diferenciado del común - que entonces, antes del nacimiento del derecho laboral que debe esperar al siglo XX, no era otro que el contrato civil del arrendamiento de servicios-, no fue un parto fácil: en unos casos, como en Francia, es consecuencia de una operación cesárea, término apropiado porque fue impuesta autoritariamente por el genio organizativo de Napoleón; en otros, como en los estados anglosajones, tuvo que implantarse venciendo la resistencia que ofrecía el pensamiento liberal para el que no era asumible el riesgo de que una burocracia pública permanente y estable compartiera el poder político.⁴⁷

La burocracia era percibida como un riesgo para el purismo liberal de los estados anglosajones, ya que consideraban que al tener funcionarios inamovibles en sus cargos era una forma de apropiación del poder. Recordemos que los cargos públicos eran una especie recompensa o como Parada⁴⁸ lo indica una “moneda” con la cual se pagaban los favores políticos en campaña, ya que para la época (S.XIX) no existía financiamiento público para la actividad política.

⁴⁶ Principalmente autores mexicanos se refieren a esta rama del derecho como es el caso de: Carlos Morales Paulín, Miguel Acosta Romero, Mariano Herrán Salvatti, Carlos F. Quintana Roldán, León Magno Meléndez George, Rigel Bolaños Linares, entre otros.

⁴⁷Ramón Parada, *Derecho del Empleo Público*, (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales: Madrid, 2007)

⁴⁸ Cfr. Ramón Parada, *Derecho del Empleo Público*, 12

En este contexto resulta incómoda la idea de estabilidad del servidor público, y la regulación del empleo público era innecesaria, ya que como lo manifiesta el mencionado autor: “[...] Basta la vieja figura del Derecho romano del arrendamiento de servicio, en la que el amo puede despedir en cualquier momento a su criado para regular las relaciones jurídicas entre el Estado y sus empleados. [...]”.⁴⁹

Es así que Estados Unidos implementó primero el modelo liberal en el que existió una preeminencia del sector privado sobre el sector público. Considerando que la base de pensamiento es el liberalismo económico más radical, es evidente la confianza depositada en el sector privado y la desconfianza en el sector público, ya que el primero es el que dinamiza la economía y genera plazas de trabajo que son apetecidas, mientras que en el sector público, la inestabilidad de los funcionarios era la única forma de motivar el trabajo de los mismos, ya que estos en el caso de que se les otorgara estabilidad, no tendrían motivación alguna al trabajo ya que su patrono nunca quiebra y por ende su puesto de trabajo nunca se encontraba en riesgo. Así se consideró innecesario e incluso contraproducente otorgar estabilidad a servidores públicos.⁵⁰

Esto generó que los cargos públicos se tornen como un botín de guerra, ya que una vez conquistado un cargo se despedía a los servidores que se consideraban de la tienda contraria o incluso a quienes ocupaban cargos apetecidos por quienes brindaron el apoyo en campaña, esto se conoce como el *spoil system*.⁵¹

[...] Sin embargo, una cosa es predicar y otra dar trigo; la sustitución alucinante de unos funcionarios por otros que la interinidad originaba provocó graves crisis en los servicios del Estado, generalizando la indisciplina en el Ejército e incluso el asesinato del Presidente Garfield por un aspirante rechazado para un empleo subalterno, lo que llevó al Senado a cuestionar la validez del sistema y aprobar la Plendleton Act en 1883, que crea la Civil Service Commission con lo que se da paso a un incipiente sistema de función pública de funcionariado permanente. [...]⁵²

Ramón Parada hace referencia a lo sucedido, además, en España y la argumentación de este país para sostener el liberalismo fue que si los ministros son responsables de la prestación de servicios que tienen a su cargo es necesario que exista libertad en ellos para nombrar a quienes servirán bajo su mando.⁵³

⁴⁹ Ramón Parada, *Derecho del Empleo Público*, 12

⁵⁰ Cfr. Ramón Parada, “Empleo público y globalización de la economía”, Instituto Nacional de Administración Pública, <<https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5405&path%5B%5D=5459>>, Fecha de acceso: 15/08/2017, 25-6

⁵¹ Cfr. Ramón Parada, “Empleo público y globalización de la economía”, 25-6.

⁵² Ramón Parada, “Empleo público y globalización de la economía”, 27-8

⁵³ Cfr. Ramón Parada, “Empleo público y globalización de la economía”, 28

Evidentemente el sistema liberal puro genera demasiadas desventajas, ya que la estabilidad de los servidores públicos, y peor aún la estabilidad de la prestación de los servicios públicos, dependerían de la estabilidad política; en este punto sería interesante revisar a manera de ejemplo la vida republicana del Ecuador, señalando como la de mayor inestabilidad la comprendida entre los años 1996 y 2007, considerando que son apenas 11 años, en los cuales hubo 7 gobiernos distintos: Abdalá Bucaram de 10 de agosto de 1996 a 6 de febrero de 1997, sucedido por Fabián Alarcón de 06 de febrero de 1997 a 9 de febrero de 1997 (Presidente Interino), quien fue ratificado por el Congreso Nacional el 11 de febrero de 1997 hasta el 09 de agosto de 1998, durante 3 días, Rosalía Arteaga se encargó de la Presidencia de la República y fue revocada al ser designado Alarcón. Posteriormente asume el cargo Jamil Mahuad desde el 10 de agosto de 1998 hasta el 21 de enero de 2000, lo sucede Gustavo Noboa quien estuvo en el poder de 22 de enero de 2000 hasta 14 de enero de 2003; Lucio Gutiérrez gobernó del 15 de enero de 2003 al 20 de abril de 2005, y finalmente Alfredo Palacio estuvo en el poder del 20 de abril de 2005 al 14 de enero de 2007, con lo que la prestación de servicios públicos y los servidores públicos, de haber adoptado el *spoils system* hubieran sufrido cambios radicales cada dos años.

Considero importante en este punto revisar que existen varias repercusiones a nivel sociológico, ya que la flexibilización o precarización laboral generan un cambio en la conducta de la sociedad y en particular a quienes se vinculan con el servicio público, al respecto, como efectos sociológicos Jorge Ahumada señala los siguientes:

[...]Flexibilización en el Desempeño laboral y Pertenencia Institucional

5. disminución en la identificación con la misión organizacional y disminución en el compromiso institucional producto tanto del sistema de ingreso clientelar como de la inestabilidad en el destino laboral.

6. baja la edad promedio del personal pues hay un importante recambio de personal con incorporación de jóvenes recientemente egresados de la Universidad o estudiantes avanzados. Este proceso se suma a la precarización contractual de estos nuevos empleados públicos que en algunas organizaciones constituyen la mayoría de los agentes.

7. disminución del tiempo promedio de antigüedad en el puesto o desempeño, con lo cual aumentan los requerimientos de capacitación en actividades prestacionales y no es homogéneo el aumento en la oferta de capacitación al personal ingresante en los distintos Ministerios y Reparticiones.

8. mayor disponibilidad horaria del personal con los nuevos contratos que, en muchos casos, no incluye por ejemplo, licencias por capacitación. Si bien este tipo de restricciones a beneficios indirectos del puesto, aumenta la disponibilidad del personal en tiempo, disminuye la disponibilidad por capacitación para resolver una mayor diversidad de

problemas propios del desempeño, a lo que se suma anterior que otra forma de obtener capacitación es la experiencia, lo cual en muchos casos es escasa en el personal nuevo.

9. sistema de reclutamiento ágil [...]

10. Tanto la percepción de los derechos y obligaciones del personal contratado, como la temporalidad y movilidad en el puesto de trabajo, son vistos como elementos inherentes de las nuevas condiciones del mercado y no son cuestionados, se suma a lo anterior el proceso de des-sindicalización del nuevo personal contratado [...]

11. Aumento de cargos jerárquicos que producen una simultaneidad de planta política de cargos no electivos (gerencias) con personal de carrera (empleados estables). Se observa un corrimiento de funciones y espacios de toma de decisión hacia la planta gerencial, quedando funciones rutinarias y administrativas en el personal jerárquico de planta.

12. tensión entre empleados permanentes y contratados por el reconocimiento sobre la productividad laboral, que en forma creciente implica una negación al valor de la experiencia y antigüedad como valores institucionales que otorgaban prestigio. Hay un creciente reconocimiento a la juventud y los estudios universitarios como valores que garantizan idoneidad y productividad laboral. [...]⁵⁴

Vistos estos efectos sociológicos concluyo que la burocracia profesional como la llama Ramón Parada es una solución que permite un equilibrio entre un sistema de méritos y un sistema político, ya que en este caso se reconoce “[...] un reparto de poder entre los representantes políticos y la aristocracia profesional, que impone la propia supervivencia del sistema democrático [...]”.⁵⁵

Considero que el liberalismo en la contratación genera más desventajas que ventajas por lo que sería adecuado categorizar las funciones de los servidores, esto es como en el caso ecuatoriano los servidores de carrera y del jerárquico superior, que en palabras del autor sería la aristocracia profesional y los representantes políticos, aunque no sea absoluta esta afirmación, me atrevería decir, que estamos por buen camino en cuanto a la separación de cargos.

Es importante que existan puestos de confianza que quien ostenta el poder pueda disponer, pero es igual de importante la existencia de empleados públicos permanentes. Ya que se puede asegurar una memoria histórica de la gestión de las organizaciones públicas, existe un mayor compromiso con la institución y se adquiere experiencia en el ejercicio del cargo.

1. Derechos y garantías de los servidores públicos.

El artículo 229 de la Constitución define a los servidores públicos de la siguiente manera:

⁵⁴ Jorge Ahumada, “Empleo público y precarización laboral” 4-5

⁵⁵ Cfr. Ramón Parada, “Empleo público y globalización de la economía”, 31

Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.

El texto antes referido es el resultado de la enmienda constitucional publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 653 de 21 de Diciembre del 2015, mediante la cual se deroga el inciso tercero que establecía: “Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo”. Esto generó la existencia de dos regímenes jurídicos distintos, que a pesar de la enmienda⁵⁶ antes señalada, en la práctica aún se distinguían a estos dos tipos de servidores públicos (funcionarios y obreros). En razón de esta enmienda la Disposición Transitoria Primera establece que los obreros del sector público que hayan estado sujetos a Código de Trabajo, conservarán los derechos individuales y colectivos que hayan sido adquiridos antes de la vigencia de esta enmienda, por lo que se mantienen derechos distintos para cada tipo de servidor.

Existe una relación compleja entorno al derecho burocrático y ha existido un efecto péndulo por parte del mismo entre el derecho administrativo y el derecho laboral; y, el derecho burocrático se ha servido de ambos en algún momento.

Si bien es cierto el derecho burocrático comparte características con el derecho laboral privado, no es menos cierto que no puedan ser tratados como análogos.

Los servidores públicos manejan cierta cuota de poder y se convierten en los gestores de los servicios públicos que permiten el correcto desenvolvimiento de una sociedad al mantener un orden en la prestación de los diferentes servicios públicos.

En este sentido, en el caso ecuatoriano se han limitado los derechos colectivos laborales, ya que por la naturaleza de ciertos servicios públicos⁵⁷ se prohíbe su paralización. Además la Constitución prevé que las instituciones del Estado o quienes

⁵⁶ Mediante sentencia No. 018-18-SIN-CC de la Corte Constitucional ha determinado la inconstitucionalidad de las enmiendas constitucionales publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 653 de 21 de Diciembre del 2015, que reformaron el texto del artículo 229 de la Constitución de la República del Ecuador, en el que se eliminaba el inciso tercero “*Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo*”; por lo que el mencionado artículo contempla que los obreros del sector público se encuentran regidos por el Código del Trabajo.

⁵⁷ Servicios públicos de: salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones.

tengan participación mayoritaria de recursos públicos tienen derecho a la organización para defensa de sus derechos y a la huelga de conformidad con la Ley; aclarando que la contratación colectiva únicamente puede darse en el sector privado.

En el sector público tampoco se realiza el pago por utilidades, es lógica la limitación establecida, ya que el sector público no presta servicios con miras a generar lucro sino a cubrir necesidades particulares de relevancia colectiva a través de la prestación de servicios públicos, por lo que no se genera utilidad alguna.

La huida del derecho administrativo burocrático hacia el derecho laboral⁵⁸, ha sido una constante en la historia ecuatoriana, lo que finalmente ha derivado, actualmente, en una limitación a los derechos colectivos en el sector público.

Es pertinente revisar los derechos de los servidores públicos que han sido consagrados por la legislación nacional,⁵⁹ los principales derechos serán analizados en este capítulo a fin de tener un acercamiento a lo que es el ejercicio mismo de la función pública.

1.1 Derecho de estabilidad

El derecho de estabilidad se ve afectado por la flexibilización del empleo público, la figura que genera mayor inestabilidad, a los servidores públicos, por su naturaleza, es el contrato de servicios ocasionales. Retomando lo revisado en el capítulo I del presente trabajo, es importante recordar las características que tiene este régimen laboral. En primer lugar no tienen ningún tipo de estabilidad, lo que debería responder al carácter ocasional de sus actividades, sin embargo conforme se estableció anteriormente este tipo de régimen ha sido utilizado para obviar la obligatoriedad de la aplicación de concursos de méritos y oposición.⁶⁰

La segunda característica es que la contratación debe darse por un tiempo determinado, esto es evidente en nuestra legislación, ya que la Ley Orgánica del Servicio

⁵⁸ A partir de la promulgación de la Constitución Política del Ecuador de 1979 Registro Oficial 800 de 27 de marzo 1979, no había limitación para los derechos colectivos en el sector público lo que abrió la puerta a esta huida al derecho laboral, lo que tomó mayor fuerza en las décadas de los 80 y 90, lo que cambió en cierta medida por la Constitución Política de 1998 ya que, ésta limitó la negociación colectiva a una sola asociación por institución y finalmente perdió fuerza con el Mandato Constituyente 8 que reguló los beneficios excesivos. Para mayor detalle de la época de sindicalismos se puede observar lo que establece Ma. Auxiliadora Mosquera, Trabajo De Investigación Individual Masterado En Seguridad Y Desarrollo El Sindicalismo Público En El Desarrollo Económico Del País, (Instituto De Altos Estudios Nacionales: 1999), Internet: <<http://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/24000/534/1/MOSQUERA%20MARIA%20AUXILIADORA.pdf>>, Fecha de acceso: 01/07/2017, 77 – 118

⁵⁹ Revisar artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

⁶⁰ Ver las características y los casos citados a partir de la página 26 del capítulo I

Público establecía como tiempo para este tipo de contratación el de doce meses renovables por doce meses más con las modificaciones señaladas en el Capítulo I, sin embargo han existido casos⁶¹ en que personal bajo este régimen se mantiene por un tiempo mucho mayor al permitido. Casos que han sido judicialización y que dicha extensión de permanencia ha sido considerada por la Corte Constitucional como una inobservancia a la Ley Orgánica del Servicio Público reiterando la obligatoriedad de los concursos de méritos y oposición para el otorgamiento de nombramientos definitivos y de estabilidad por parte de las instituciones públicas.

La tercera característica hace relación a que la administración puede rescindir el contrato en cualquier momento, lo cual se evidencia en la mencionada ley cuando establece que esta contratación no genera ningún tipo de estabilidad, lo que finalmente llega a la cuarta y última característica que es el no derecho de indemnización en caso de conclusión del mismo.⁶²

La flexibilización de las relaciones laborales ponen en riesgo no solo los derechos laborales como tal sino que también ponen en riesgo los derechos de la personas de grupos de atención prioritaria.

Considerando que el fin de este tipo de contratos es que no exista estabilidad, en el caso de mujeres embarazadas, o personas con discapacidad (o sustitutos), personas con enfermedades catastróficas entre otras no tendrían ningún derecho a reclamar algún trato diferenciado respecto a la estabilidad, esto sucedía recién⁶³ promulgada la Ley Orgánica de Servicio Público (06 de octubre de 2010 en el Suplemento del No. 294).

La norma como se encontraba inicialmente abría la puerta a que se abuse de este tipo de figura generando así temor en la gente que se encuentra en esta situación especial ya que legalmente no existía una protección.

⁶¹ Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 0009-09-SIS-CC de 29 de septiembre de 2009 dentro del caso No. 0013-09-IS, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 54 de 26 de octubre de 2009.

Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 148-17SEP-CC de 19 de mayo de 2017 dentro del caso No. 1470-10-EP

Ecuador, corte Constitucional, sentencia No. 118-17-SEP-CC de 26 de abril de 2017 dentro del caso No. 1295-10-EP

⁶² Cfr. Miriam Mabel Ivanega, “Las políticas públicas y el empleo público frente a la directriz constitucional”, 32

⁶³ Desde la promulgación de esta norma hasta el 2015 no existía ningún tipo de estabilidad para personas de grupos de atención prioritaria, sin embargo, en el año 2015 la Corte Constitucional condiciona la constitucionalidad de esta norma y por lo tanto protege a las personas con discapacidad y en 2016 hace lo propio por las mujeres embarazadas y en período de lactancia, sin embargo quedan aún grupos de atención prioritaria por atender como es el caso de personas con enfermedades catastróficas, huérfanas o raras.

Dados varios casos de vulneraciones de derechos a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Servicio Público, es decir del 06 de octubre de 2010, es importante considerar y resaltar que la Corte Constitucional se ha pronunciado mediante sentencia aditiva en los casos de personas con discapacidad y mujeres embarazadas o en período de lactancia.

Debido a que la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento General no distinguen de manera alguna a los grupos de atención prioritaria que se encuentren bajo este tipo de contratación, la Corte Constitucional ecuatoriana condiciona la constitucionalidad de la norma en dos ocasiones, el primer caso analizando la situación de las personas con discapacidad y se pronuncia de mediante la sentencia aditiva No. 258-15-SEP-CC publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 605 de 12 de octubre de 2015. La Corte centra su análisis en la seguridad jurídica y la igualdad formal, material y no discriminación establecida por la Constitución de la República, respecto de la cual señala:

[...] La igualdad formal, parte en el nivel de conciencia jurídica actual de la igual dignidad de toda persona humana, con independencia de otras consideraciones. [...] Igualdad material, cuya finalidad no es equiparar a todos, sino distinguirlos, a fin de no ocasionar tratos injustos. Para Laura Clérico y Martín Aldao, todas las fórmulas de igualdad encierran algún tipo de comparación que surge del reclamo de trato igualitario, en dos sentidos: 1) Alguien que es tratado en forma diferente que otro, quiere ser tratado de la misma manera porque considera que no hay razones para ser tratado en forma diferente; o 2) alguien que es tratado como otros considera que debe ser tratado en forma diferente porque hay una circunstancia relevante que justifica un trato diferenciado. [...] esta Corte encuentra que existe en el caso concreto otra situación que no es la alegada, pues sobre la base de la normativa constitucional, convencional e infraconstitucional vigente, que fue analizada en el problema jurídico previo, se evidencian condiciones de desigualdad de la accionante que ameritaban en su caso, al ser una persona con discapacidad, un trato distinto, en la línea de garantizar sus derechos constitucionales, encajando esto en la dimensión material. [...] ⁶⁴

Así, la Corte continúa su análisis señalando que no todo trato desigual es discriminatorio sino que por el contrario nuestra norma suprema reconoce la acción afirmativa como un mecanismo para equiparar la situación de ciertos grupos; estableciendo una condición favorable a quienes se encuentren en una situación vulnerable, como el caso de las personas con discapacidad. Las acciones afirmativas han

⁶⁴ Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 258-15-SEP-CC dictada dentro del caso No. 2184-11-EP publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 605 de 12 de octubre de 2015, 11

sido reflejadas en la normativa infra constitucional también, tal es el caso de la Ley de Discapacidades,⁶⁵ y en atención a estas disposiciones normativas la Corte señala:

[...] la ley, sobre la base de lo establecido en la Constitución de la República, contempla el deber de observar la realidad de cada persona en condición de discapacidad, a fin de garantizar sus derechos en consideración a su situación particular, y frente a ello, establecer medidas que permiten asegurar un trato distinto al de individuos que no se encuentran en las mismas condiciones, a fin de alcanzar una igualdad material. [...]

En consecuencia emite la sentencia aditiva que condiciona la constitucionalidad del artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público y dispone:

III. DECISIÓN

[...] 4. Declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público.

Con el objeto de tutelar los derechos de este grupo de atención prioritaria, la Corte Constitucional emite esta sentencia aditiva, disponiendo que:

- a. Se las incluya dentro de las excepciones al 20% permitido a las entidades públicas para la contratación por servicios ocasionales, establecido en el segundo inciso del artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público; y,
- b. Se las incorpore dentro de las salvedades dispuestas en el último inciso del artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público.

En virtud de lo señalado, la disposición citada expresará lo siguiente:

“Art. 58.- De los contratos de servicios ocasionales.- [...] La contratación de personal ocasional no podrá sobrepasar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad contratante; en caso de que se supere dicho porcentaje, deberá contarse con la autorización previa del Ministerio de Relaciones Laborales; estos contratos no podrán exceder de doce meses de duración o hasta que culmine el tiempo restante del ejercicio fiscal en curso. Se exceptúa de este porcentaje **a las personas con discapacidad, debidamente calificadas por la Autoridad Sanitaria Nacional a través del Sistema Nacional de Salud, y** a aquellas instituciones u organismos de reciente creación que deban incorporar personal bajo esta modalidad, hasta que se realicen los correspondientes concursos de selección de méritos y oposición y en el caso de puestos que correspondan a proyectos de inversión o comprendidos en la escala del nivel jerárquico superior. Por su naturaleza, este tipo de contratos no generan estabilidad. [...]”⁶⁶

Además condiciona la constitucionalidad del artículo 146 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público, es decir, que el mismo será constitucional siempre que se interprete a favor de las personas con discapacidad, en el sentido en que si las mismas han suscrito un contrato de servicios ocasionales “[...] no podrán ser separadas de sus labores, en razón de la aplicación de la causal f del artículo 146 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público. [...]”⁶⁷

⁶⁵ Cfr. Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 258-15-SEP-CC, 12

⁶⁶ Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 258-15-SEP-CC, 15

⁶⁷ Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 258-15-SEP-CC, 15

La sentencia analizada en líneas anteriores es un gran avance en materia de derechos de las personas con discapacidad, y pese a que con ella se consiguió la protección de un grupo de atención prioritaria, no es menos cierto que la norma seguía siendo atentatoria para otros grupos de atención prioritaria como es el caso de las mujeres embarazadas o en período de lactancia, por lo que al existir casos en que se ha abusado de la figura del contrato de servicios ocasionales para vulnerar los derechos de las mujeres en estado de gravidez, la Corte Constitucional mediante Sentencia No. 309-16-SEP-CC dentro del caso No. 1927-11-EP, declara nuevamente la constitucionalidad condicionada del artículo 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

El análisis realizado en la *ratio decidendi* por la Corte Constitucional⁶⁸ es extenso y se enmarca en el principio de igualdad. La Corte enfoca su criterio en la igualdad material que debe observarse en cuatro circunstancias:

1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas;
2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común;
3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y,
4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en posición en parte similar en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)⁶⁹

Y considera que el caso de las mujeres embarazadas al igual que en el caso de las personas con discapacidad se encuentran en la circunstancia detallada en el número 4, por lo que requieren una protección especial. La diferencia principal entre la situación de estos dos grupos de atención prioritaria es la duración de la condición de vulnerabilidad ya que en el caso de mujeres embarazadas y en período de lactancia es transitoria. Sin embargo, ambos grupos requieren de un trato prioritario y diferenciado para cumplir el principio de igualdad material. Es en este contexto la Corte Constitucional considera que:

[...] para precautelar el derecho a la igualdad, es necesario incluir entre las excepciones al límite de suscripción de contratos ocasionales a aquellos en los que la servidora pública sea una mujer embarazada o en período de lactancia; y que, dichos contratos deberán durar hasta el fin del ejercicio fiscal en el que el mencionado período de lactancia termine, conforme con la ley⁷⁰

⁶⁸ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 309-16-SEP-CC dentro del caso No. 1927-11-EP, publicada en Registro Oficial Suplemento 866 de 20 de Octubre del 2016, numeral 5 se declara la constitucionalidad condicionada del artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público.

⁶⁹ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 004-14-SCN- CC en el caso No. 0072-14-CN citada en la Sentencia No. 309-16-SEP-CC.

⁷⁰ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 309-16-SEP-CC

Por lo que declara la constitucionalidad condicionada del artículo 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público y mediante sentencia aditiva dispone se agregue que el siguiente texto:

Art. 58.- De los contratos de servicios ocasionales.- [...]

En caso de necesidad institucional se podrá renovar por única vez el contrato de servicios ocasionales hasta por doce meses adicionales, salvo el caso de puestos comprendidos en proyectos de inversión o en la escala del nivel jerárquico superior; así como en casos de personas con discapacidad debidamente calificadas por la Autoridad competente y el de las mujeres embarazadas y en estado de gestación. En este último caso, la vigencia del contrato durará hasta el fin del período fiscal en que concluya su período de lactancia, de acuerdo con la ley.⁷¹

Además mediante la misma sentencia declara la constitucionalidad condicionada al artículo 146 del Reglamento General de la mencionada Ley, disponiendo que éste será constitucional siempre que sea interpretado de la siguiente manera:

Las mujeres embarazadas y en período de lactancia que han suscrito un contrato de servicios ocasionales con una entidad pública, no podrán ser separadas de sus labores, en razón de la aplicación de la causal f del artículo 146⁷² del Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público. Los contratos de servicios ocasionales suscritos entre una mujer embarazada o en período de lactancia y una entidad pública, podrán terminar únicamente por las causales a, b, c, d, e, g, h e i del artículo 146 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público.

Con el análisis precedente cabe indicar que se ha logrado la protección de los derechos de personas con discapacidad y de mujeres embarazadas y en período de lactancia, que antes de esta resolución no gozaban de garantía alguna al suscribir un contrato de servicios ocasionales, generando así una afectación a sus derechos y al de los niños, en el caso de las mujeres embarazadas.

El análisis de la Corte es enriquecedor ya que desarrolla el derecho a la igualdad material partiendo del hecho de que no se pueden equiparar la situación de personas que se encuentran en realidades distintas, lo que no solo es un tema normativo sino también sociológico.

⁷¹ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 309-16-SEP-CC

⁷² Art. 146.- Terminación de los contratos de servicios ocasionales.- Los contratos de servicios ocasionales terminarán por las siguientes causales:

a) Cumplimiento del plazo; b) Mutuo acuerdo de las partes; c) Renuncia voluntaria presentada; d) Incapacidad absoluta y permanente de la o el contratado para prestar servicios; e) Pérdida de los derechos de ciudadanía declarada judicialmente en providencia ejecutoriada; f) Por terminación unilateral del contrato por parte de la autoridad nominadora, sin que fuere necesario otro requisito previo; g) Por obtener una calificación regular o insuficiente establecida mediante el proceso de la evaluación del desempeño; h) Destitución; e, i) Muerte.

Sin embargo, es importante considerar que esta figura sigue siendo un mecanismo de flexibilización, que ha sido mal utilizado y ha afectado cargos que por su naturaleza deberían ser considerados de carrera.

Otro mecanismo de flexibilización es el llamado contrato de servicios profesionales. En el caso ecuatoriano esta figura no se encuentra definida en la Ley Orgánica de Servicio Público sino en su Reglamento General que establece:

Art. 148.- De los contratos civiles de servicios.- La autoridad nominadora podrá suscribir contratos civiles de servicios profesionales o contratos técnicos especializados sin relación de dependencia, siempre y cuando la UATH justifique que la labor a ser desarrollada no puede ser ejecutada por personal de su propia entidad u organización, fuere insuficiente el mismo o se requiera especialización en trabajos específicos a ser desarrollados, que existan recursos económicos disponibles en una partida para tales efectos, que no implique aumento en la masa salarial aprobada, y que cumpla con los perfiles establecidos para los puestos institucionales y genéricos correspondientes. Estos contratos se suscribirán para puestos comprendidos en todos los grupos ocupacionales y se pagarán mediante honorarios mensualizados.

Las personas a contratarse bajo esta modalidad no deberán tener inhabilidades, prohibiciones e impedimentos establecidos para las y los servidores públicos. Tratándose de personas que hayan recibido indemnización o compensación económica por compra de renuncia, retiro voluntario, venta de renuncia u otras figuras similares, no constituirá impedimento para suscribir un contrato civil de servicios, conforme lo establece la LOSEP y este Reglamento General.

Las personas extranjeras, podrán prestar sus servicios al Estado Ecuatoriano, mediante la suscripción de contratos civiles de servicios profesionales o de servicios técnicos especializados para lo cual se estará a lo que establece para estas personas en la LOSEP, en este Reglamento General y las normas legales aplicables.

En el caso de que este tipo de contratación se la realice para encubrir una verdadera relación laboral, considero que es incluso más grave la precarización que con los casos de contratos de servicios ocasionales, ya que en estos últimos al menos se encuentra reconocida la relación laboral y por ende los derechos derivados de ella, con excepción de la estabilidad; por otra parte, en el caso de los contratos de servicios profesionales si se encubre una relación laboral se perjudica los derechos laborales de quienes se encuentran en esta situación además de las cargas tributarias que se generan al presentar factura para la cancelación de los servicios brindados.

Resulta interesante revisar el caso colombiano y la manera en que este tipo de régimen se ha utilizado para obviar las obligaciones laborales. En principio es importante considerar que las instituciones públicas manejan cargos que ejercen funciones de carácter permanente y éstas por su naturaleza no deberían ser ocupados por contratos administrativos de servicios profesionales, ya que aquello desnaturaliza a ambas figuras.

En este sentido es importante considerar que el contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado cuando la labor que requiere la administración no puede ser realizada por personas vinculadas con la entidad contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:⁷³

a) La relación contractual recae en la prestación de servicios (obligación de hacer), las cuales debe brindarlas en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional del contratista, y relacionada a las mismas se establecen las labores específicas a cumplir.

b) La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.

c) La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de una relación laboral quedará desvirtuada la presunción de legitimidad de las actuaciones administrativas y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.⁷⁴

El principio constitucional aducido implica que se considerarán las características propias de la relación laboral más allá de la denominación que se le haya dado al contrato, y con ello se garantiza que los derechos laborales se encuentren reconocidos incluso en perjuicio de la formalidad existente en cada caso.⁷⁵

En concordancia con lo anterior, conforme lo señala Daniel Apaza, el Contrato Administrativo de Prestación de servicios puede ser una forma de vincular temporal y excepcionalmente al sector público, sin embargo, eso no implica *per se* que el contratista se convierta en servidor o empleado público. En este sentido el autor refiere al

⁷³ Cfr. Daniel Apaza Niño, “El Contrato Administrativo de Prestación de Servicios (CAPS) visto desde los escenarios jurisprudenciales de la Corte Constitucional Una interpretación Ficta de la Administración Pública 94 CRITERIOS - Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional Vol. 7. N.º 1 p. 81-143, enero - junio de 2014, 104

⁷⁴ Cfr. Daniel Apaza Niño, “El contrato Administrativo de Prestación de Servicios”

⁷⁵ Cfr. Daniel Apaza Niño, “El contrato Administrativo de Prestación de Servicios”

pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional de Colombia y la normativa local de la siguiente manera:

[...] Es importante precisar, que la modalidad contractual de vinculación del particular con el sector público y según el Estatuto Contractual Administrativo, le da a este particular la calidad de contratista y no le da la categoría de servidor público o trabajador oficial; La Corte Constitucional ha enfatizado que la persona que contrata con el Estado no adquiere por ese solo hecho la categoría de empleado público o de trabajador oficial y por tanto la subordinación del empleado y del trabajador oficial se opone a la independencia y autonomía de que gozan los contratistas de prestación de servicios, de tal forma que la situación legal y reglamentaria de los primeros no es equivalente ni asimilable a la posición que ostenta el contratista independiente. [...]⁷⁶

El autor señala también lo expresado por el Consejo de Estado Colombiano en el analiza esta situación en particular de la siguiente manera:

[...] el Consejo de Estado, ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la Constitución Política que contemplan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas del mismo carácter, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos. [...]⁷⁷

Criterio que ha sido reiterado por el Consejo de Estado Colombiano en la Sentencia dictada el 02 de marzo de 2017 respecto del Expediente No. 52001 23 31 000 2010 00505 02 (4066-14) Demandante: Luz Miriam Cerón Rosero Demandado: Municipio de Consacá – Centro de Salud Consacá E.S.E. en el que se vuelve analizar la situación contractual de la demandante y utilizan el principio de primacía de la realidad para establecer que la señora tenía relación laboral, pese a que había suscrito contratos de servicios profesionales, incluso hace que el Municipio reconozca lo relativo al estado de gestación de la servidora y las prestaciones correspondientes a la licencia, periodo de lactancia y remuneraciones dejadas de percibir.⁷⁸

⁷⁶ Daniel Apaza, “El contrato Administrativo de Prestación de Servicios”, 94

⁷⁷ Colombia, Consejo de Estado, Sentencia de 19 de febrero de 2009, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01 (3074-05), citado por Daniel Apaza, “El contrato Administrativo de Prestación de Servicios”, 95

⁷⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sentencia de 02 de marzo de 2017, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández respecto del Radicación No. 52001-23-31-000-2010-00505-02, Internet, <http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/03-04-2017_52001233100020100050502.pdf>, Fecha de acceso: 20/07/2018

En el caso colombiano este tipo de contratos han ocultado relaciones laborales y es por ello que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han considerado que debe primar la realidad frente a la formalidad, sin embargo, es importante aclarar que para que un contratista llegue a tener la calidad de servidor público debe probarse una verdadera subordinación y eso no sería sencillo de probar, ya que, en muchos casos los contratos por servicios profesionales pueden establecer obligaciones al contratista que en apariencia puedan parecer subordinación, como por ejemplo el establecimiento de cronogramas de entrega de productos o la realización de informes que no necesariamente implican una dependencia laboral, por lo que para determinar si se ha encubierto una relación laboral se deberán observar todos los elementos detallados en líneas anteriores.

La precarización a la que se somete a estas personas se evidencia ya que los contratos de servicios profesionales son por un plazo determinado o para el cumplimiento de una tarea específica por lo que no generan estabilidad adicional a la pactada vía contrato.

Finalmente, considerando los servidores públicos de carrera deberían gozar de estabilidad, este derecho se vio mermado por el establecimiento de la figura de compra de renuncia obligatoria. Es importante considerar que este mecanismo de flexibilización fue instaurado mediante el Decreto Ejecutivo No. 813 publicado en Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de Julio del 2011, con el cual el Presidente de la República de la época, el Econ. Rafael Correa Delgado, en uso de su potestad reglamentaria modifica el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, en el siguiente sentido:

Artículo 8.- A continuación del artículo 108, añádase el siguiente artículo innumerado.
"Artículo...- Cesación de funciones por compra de renunciaciones con indemnización.- Las instituciones del Estado podrán establecer planes de compras de renunciaciones obligatorias con indemnización conforme a lo determinado en la letra k) del artículo 47 de la LOSEP, debidamente presupuestados, en virtud de procesos de reestructuración, optimización o racionalización de las mismas. El monto de la indemnización que por este concepto tendrán derecho a recibir las o los servidores, será de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta por un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, el cual se pagará en efectivo.

Las servidoras y servidores públicos deberán cumplir obligatoriamente estos procesos aplicados por la administración. En el caso de la Provincia de Galápagos, el valor de la indemnización será calculado conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 de la Disposición General Primera de la LOSEP. Se considerará para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar.

La compra de renunciaciones con indemnización no es aplicable para las y los servidores de libre nombramiento y remoción; con nombramientos provisionales, de período fijo,

contratos de servicios ocasionales, ni para los puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior."⁷⁹ (Lo subrayado me pertenece)

La letra k) del artículo 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público establece: “Casos de cesación definitiva.- La servidora o servidor público cesará definitivamente en sus funciones en los siguientes casos: [...] k) Por compra de renunciaciones con indemnización; [...]”, con este artículo innumerado agregado en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público se innova a la Ley en razón de que añade una característica adicional al modo de cesación de funciones al establecer la unilateralidad y la obligatoriedad.

Este mecanismo de flexibilización ha afectado los derechos de los servidores públicos de carrera, ya que no requiere de mayor motivación para utilizarla. El análisis de profundidad de esta figura se realizará en el Capítulo III del presente trabajo por ser una forma de cesación de funciones.

1.2 Percibir una remuneración justa, que será proporcional a su función, eficiencia, profesionalización y responsabilidad.

Conforme lo contempla nuestra normativa⁸⁰ la remuneración será mensual y unificada, es decir que el ingreso que tienen los servidores públicos es único, sin bonificaciones ni valores adicionales; no se contabiliza dentro de la remuneración los valores que corresponden a: décimo tercer y décimo cuarto sueldo, viáticos, subsistencias⁸¹, dietas, horas suplementarias y extraordinarias, fondo de reserva, subrogaciones o encargos, honorarios por capacitación, remuneración variable por eficiencia, gastos de residencia; y, Bonificación geográfica.

Con la Disposición General Quinta de la Ley Orgánica del Servicio Público se prohíbe “[...] la creación o establecimiento de asignaciones complementarias, compensaciones salariales, beneficios adicionales o bonificaciones especiales, en general cualquier tipo de erogación adicional a lo previsto en este cuerpo legal, sea ésta en dinero

⁷⁹ Ecuador, Decreto Ejecutivo No. 813 publicado en Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de Julio del 2011, 2-3

⁸⁰ Ver artículo 96 de la Ley Orgánica del Servicio Público

⁸¹ Las subsistencias en el caso ecuatoriano han sido prácticamente eliminadas ya que estas dependen de las regulaciones que realice el Ministerio de Trabajo, institución que mediante artículo 4 de Acuerdo Ministerial No. 82, publicado en el Suplemento Registro Oficial No. 724 de 1 de Abril del 2016 deroga lo contemplado respecto de subsistencias en la Norma Técnica para el Pago de Viáticos y Movilizaciones dentro del País Para las y los Servidores en las Instituciones del Estado

o en especie. [...]” Ya que con anterioridad a esta Ley existían bonificaciones y beneficios adicionales para los servidores públicos.

Similar situación se dio en México por lo que durante 2006 y 2009, tomó fuerza crear topes constitucionales a las remuneraciones de los servidores públicos y evitar que se hagan pagos adicionales a los que corresponden a su remuneración. Esta propuesta toma fuerza y se proponen iniciativas de reformas y adiciones a la Constitución mexicana. Esta revisión captó interés nacional debido a que se sacaba a la luz casos de pagos de remuneraciones excesivas o jubilaciones tempranas por lo que era necesaria una reforma.⁸²

Así en México, con la mencionada reforma se define a la remuneración como “[...] “toda percepción en efectivo o en especie, incluyendo dietas, aguinaldos, gratificaciones, premios, recompensas, bonos, estímulos, comisiones, compensaciones y cualquier otra, con excepción de los apoyos y los gastos viaje en actividades oficiales.” [...]”⁸³, aunque se considera dentro de la remuneración de manera más amplia que la legislación nacional, también constan rubros excluidos de esta consideración, estos son “[...] las jubilaciones, pensiones o haberes de retiro, las liquidaciones por servicios prestados, los préstamos y los créditos. [...]”⁸⁴ Además se establece como límite a las remuneraciones del sector público el valor de la remuneración del presidente de la República, tanto en el caso mexicano⁸⁵ como ecuatoriano.⁸⁶

En Ecuador se ha establecido una escala de remuneraciones a fin de que los servidores que pretenden acceder a un puesto sean categorizados conforme a los diferentes requisitos establecidos para cada nivel. Este avance genera igualdad en cuanto a que igual trabajo igual remuneración entre los servidores públicos, sin embargo, es importante considerar que no se califica al servidor como tal para categorizarlo, sino que los puestos tienen perfiles preestablecidos, por lo que quien quiere acceder a estos debe

⁸² Cfr. Miguel Pérez López, “El Régimen Constitucional de las Remuneraciones”, en Revista Mexicana de Derecho Constitucional Núm. 22, enero-junio 2010, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (México: 2010), <<http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n22/n22a15.pdf>>, Fecha de acceso: 15/07/2018, 427

⁸³ Miguel Pérez López, “El Régimen Constitucional de las Remuneraciones”, 437-8

⁸⁴ Miguel Pérez López, “El Régimen Constitucional de las Remuneraciones”, 438

⁸⁵ Cfr. Miguel Pérez López, “El Régimen Constitucional de las Remuneraciones”, 438

⁸⁶ Mediante Decreto Ejecutivo 3 Registro Oficial Suplemento 8 de 25 de enero 2007, se dispone que ningún servidor público puede tener igual o superior salario al del Presidente de la República, de igual manera mediante Acuerdo Ministerial 152 Registro Oficial 102 de 18 de octubre de 2017 se emite la Escala de Remuneraciones Autoridades de Nivel Jerárquico Superior; y, mediante Acuerdo Ministerial No. 154, publicado en Registro Oficial 102 de 18 de Octubre del 2017 se emite la Escala de Remuneraciones para los servidores públicos.

cumplir los requisitos, pero si el servidor esta sobre calificado no se considera este particular para establecer la remuneración.

1.3 Gozar de prestaciones legales y de jubilación de conformidad con la Ley

En este caso es necesario considerar que los diferentes tipos de funciones que se pueden dar en el sector público, esto se analizó en el presente Capítulo, y estos son: los servidores de carrera, los de confianza o libre nombramiento y remoción y los que se encuentren con contrato.

En el caso de los servidores de carrera no es necesario un análisis exhaustivo en razón de que la normativa establece todos los beneficios tanto sociales como de jubilación, es más nuestra norma contempla una bonificación adicional como incentivo para la jubilación, este monto puede ser entregado por una única vez y es independiente al valor que se le asigne por la seguridad social como pensión por jubilación. A este incentivo no podrán acceder los servidores que se encuentren con contrato de servicios ocasionales o sean de confianza.

Como ya se revisó en líneas anteriores en el caso ecuatoriano no es común que se utilicen los contratos de prestación civil de servicios profesionales como un mecanismo para eludir concursos de méritos y oposición, sin embargo en estos casos se vulneraría el derecho de gozar las prestaciones legales debidas como la seguridad social, décimos y vacaciones.

1.4 Recibir indemnización por supresión de puestos o partidas, o por retiro voluntario para acogerse a la jubilación

En el presente caso es importante considerar que si bien es un derecho del servidor público recibir indemnización en caso de que su derecho a estabilidad se vea alterado por cualquiera de las figuras de cesación de funciones, el recibir esta indemnización genera un impedimento⁸⁷ para reingresar al sector público, lo que en esencia viene a ser una especie de sanción.

La indemnización, como su definición lo indica, busca dejar sin daño al servidor público que se queda sin su puesto de trabajo y por ende sin su ingreso mensual y demás beneficios legales. Sin embargo, en el momento en que se establece la obligación de devolución de esta indemnización, la misma pierde todo sentido, ya que se desconoce el

⁸⁷ Se hace referencia a impedimento debido a que así lo contempla la normativa, aunque en estricto sentido sería una limitación al acceso al cargo público ya que al devolver la indemnización se puede reingresar al sector público.

daño generado al servidor y se la establece como una especie de beneficio recibido, que debe ser devuelto. Esto además desnaturaliza a la remuneración que de ahí en adelante perciba quien brindó servicios en el sector público, ya que ésta sería utilizada para devolver la indemnización recibida, con lo que quien fue servidor dejará de atender sus necesidades personales o familiares para juntar el valor a devolver. Hay casos en que para devolver la indemnización incluso se recurre a créditos lo que genera costos adicionales, convirtiendo así el acceso al sector público en un privilegio.

Al limitar la posibilidad de acceso y desnaturalizar tanto el sentido de la indemnización como de la remuneración, el Derecho al trabajo se ve afectado en su núcleo irreductible por la disposición legal de devolución de la indemnización.

Para entender que implica el núcleo irreductible del derecho es necesario considerar que los derechos no son absolutos y por ende pueden ser limitados por la norma de rango legal, o supra legal.

[...] Al respecto, algunas constituciones europeas han establecido como garantía frente a las limitaciones de ejercicio un núcleo irreductible: «el contenido esencial de los derechos fundamentales», que según la doctrina dominante se traduce en la obligación de respetar el contenido esencial para cualquier limitación que pretenda mantener su legitimidad. [...]»⁸⁸

Así, es importante que el legislador considere que puede limitar el ejercicio de los derechos siempre que no afecte su contenido esencial, esto implica que el legislador no podrá afectar

“[...] aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Se puede hablar de una esenciabilidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido de este que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección [...]»⁸⁹

Con lo anterior queda claro que la legislación nacional al afectar el derecho a la indemnización con la disposición de devolución y en consecuencia desnaturalizar el

⁸⁸ Juan Ulises Salazar Leynes, “El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos”, en Revista Foro Jurídico No. 8, 2008, Asociación Civil Foro Académico de la Pontificia Universidad Católica de Perú, (Lima: 2008), < <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/18503/18743>>, Fecha de acceso: 15/07/2018, 142

⁸⁹ España, Sentencia No. 11/1981, citada por Juan Salazar, “El contenido esencial de los derechos”, 143

derecho a la remuneración hace una limitación ilegítima que afecta el contenido esencial o núcleo duro de los mencionados derechos.

1.5 Gozar de vacaciones, licencias, comisiones y permisos de acuerdo con lo prescrito en esta Ley

En el caso ecuatoriano, se respetan los derechos a vacaciones en la generalidad de los casos, sin distinguir si se trata de contrato de servicios ocasionales o nombramiento se tiene derecho a 30 días⁹⁰ de descanso anual una vez prestado servicios por once meses o el proporcional por cada mes.

En cuanto a las licencias, comisiones y permisos, este derecho varía para servidores de carrera, de libre nombramiento y remoción o los servidores contratados. En el caso de servidores de carrera tienen derecho a todas las licencias con y sin⁹¹ remuneración que establece la normativa.

Es interesante considerar que sucede en el caso de los permisos para estudios⁹², los servidores de carrera tienen derecho a dos horas diarias para estudios regulares, en el caso de los servidores de contratos ocasionales deben recuperar esas horas que ocupen en sus estudios.

Otro caso que llama la atención en la normativa nacional es que los requisitos para obtener comisión de servicios con remuneración⁹³ para estudios regulares de posgrado, son menos gravosos que los que se requieren para la licencia sin remuneración,⁹⁴ lo que a criterio personal carece de lógica ya que debería ser más complejo acceder al beneficio de estudios manteniendo la remuneración durante el proceso académico.

El que los servidores de carrera tengan opciones de licencias y permisos para estudios tiene que ver con la búsqueda de que los servidores se profesionalicen y especialicen.

En resumen de lo analizado en líneas anteriores, respecto de los derechos de los servidores públicos, los que se encuentran en riesgo de ser vulnerados son el de estabilidad y los demás relacionados a la misma, mediante las distintas figuras utilizadas para precarizar el servicio público; y el de seguridad social, en lo relativo a los contratos

⁹⁰ Excepto en el caso de las empresas públicas que otorgan 15 días de vacación a sus servidores por encontrarse bajo el régimen de Código de Trabajo. Revisar artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas

⁹¹ Ver artículo 28 de la Ley Orgánica del Servicio Público

⁹² Ver artículo 33 de la Ley Orgánica del Servicio Público

⁹³ Ver artículo 30 de la Ley Orgánica del Servicio Público

⁹⁴ Ver artículo 28 de la Ley Orgánica del Servicio Público

de servicios profesionales; el derecho a la igualdad por los distintos regímenes laborales y derechos establecidos a los servidores públicos. Se limita además los derechos colectivos en el sector público, ya que el reconocimiento de los mismos se vuelve a dar después de varios años en los que parecían desaparecer, además que el reconocimiento de estos tiene varios límites, que en la práctica veremos cómo se aplica.

1.6 Derechos de las personas de grupos vulnerables

Para analizar este punto es necesario referirnos a lo analizado anteriormente respecto de las sentencias dadas por la Corte Constitucional en lo que respecta a los contratos de servicios ocasionales.

Es importante considerar que las sentencias de la Corte Constitucional analizadas anteriormente⁹⁵ han estudiado la igualdad material y como colocar en igualdad de situación a quienes se encuentran en desventaja mediante acciones afirmativas, sin embargo de ello, aún hay grupos de atención prioritaria que se encuentran fuera de las excepciones planteadas por la Corte.

En primer lugar debemos entender quienes están en los grupos de atención prioritaria, para ello es necesario revisar lo establecido por la Constitución de la República

Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

Respecto de niñas, niños y adolescentes es evidente que no pueden ejercer cargos públicos ya que eso afectaría a su correcto desenvolvimiento, por lo que no se las puede considerar en este tema.

En el caso de las personas adultas mayores para el servicio público en realidad se ha puesto un límite⁹⁶ de edad para laborar; y obligándolas a jubilarse. En este sentido es

⁹⁵ Ver Capítulo II, 1.1 Derecho de estabilidad, pág. 50.

⁹⁶ Ley Orgánica de Servicio Público Art. 81.- [...] Las servidoras y servidores de las instituciones señaladas en el artículo 3 de esta ley, cumplidos los sesenta y cinco (65) años de edad, habrán llegado al tope máximo de su carrera en el servicio público, independientemente del grado en el cual se encuentren ubicados, sin que puedan ascender.

A las servidoras y servidores que, a partir de dicha edad, cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación y requieran retirarse voluntariamente del servicio público, se les podrá aceptar su petición y se les reconocerá un estímulo y compensación económica, de conformidad con lo determinado en la Disposición General Primera.

complejo analizar el fundamento de esta norma, ya que si bien el fin puede ser garantizarles tranquilidad y un retiro seguro, existen casos en los que la persona no quiere dejar de laborar ya que su vida entera se ha centrado en el trabajo, por lo que la obligatoriedad sería en detrimento del servidor y de la persona adulta mayor, quién se sentiría discriminado por su edad.

En el caso de las personas privadas de la libertad claramente existe una discriminación ya que se encuentran incluso impedidos de ejercer un cargo público.⁹⁷ Esta discriminación estaría fundamentada en la búsqueda de que quienes ejerzan cargos públicos sean personas probas. Sin embargo, esta consideración no puede ser absoluta, ya que existen personas que se encuentran privadas de la libertad por delitos culposos como el caso de los delitos de tránsito, por ejemplo, en los que no se puede considerar que la persona involucrada no pueda ejercer correctamente un cargo público. Se debería regular, a fin de que este grupo de atención prioritaria, sea considerado para el acceso a cargos públicos observando siempre el principio de proporcionalidad, considerando qué clase de delito cometió y la gravedad del mismo y si este puede o no afectar su gestión; además se debería considerar una regulación a la actividad en sí misma, más no impedir el acceso al cargo.

Considero que en el caso de las personas que sufren de enfermedades catastróficas o de alta complejidad debería hacerse un reconocimiento similar al de las personas con discapacidad para laborar en el sector público, ya que quienes se encuentran en esta situación de vulnerabilidad no se encuentran en igualdad con los demás servidores públicos, por lo que la Corte Constitucional debería pronunciarse en este caso también.

Finalmente en cuanto a las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, desastres naturales o antropogénicos sería complejo establecer un mecanismo para identificar a los servidores que se encuentren en esta situación, sin embargo considero importante que se establezcan mecanismos de protección a estas personas que pueden ser mientras dure la situación de riesgo.

Eso permitiría el ejercicio de una igualdad material real entre los servidores públicos y sus diferentes situaciones, sin caer en un proteccionismo excesivo para evitar

Las servidoras y servidores, a los setenta (70) años de edad, que cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación, obligatoriamente tendrán que retirarse del servicio público y cesarán en su puesto. Percibirán una compensación conforme a la Disposición General Primera.

⁹⁷ Ver Capítulo I, 3.1 Impedimentos e inhabilidades para acceder un cargo público, 3.1.2 Interdicción judicial

que los mismos se sientan anquilosados en sus puestos y dejen de brindar servicios de calidad.

Conforme lo analizado a lo largo de este Capítulo II, se evidencia que mediante contratos de servicios ocasionales y la compra de renuncia obligatoria se ha precarizado a la función pública, incluso con la compra de renuncia obligatoria se afectan los puestos de carrera que tienen como derecho básico la estabilidad. La precarización tiene efectos sociológicos y psicológicos que afectan a los servidores y sus familias y que repercuten a la final en la calidad de prestación de servicios ya que los servidores empiezan a actuar con desidia y sin compromiso con la institución, e igual la institución no valora a sus servidores ni considera importante la inversión en capacitarlos porque no se sabe cuánto durarán en sus cargos.

Para poder cerrar el ciclo de la relación laboral entre el servidor público y el Estado, corresponde analizar la manera en la que se produce la salida de los servidores públicos de la función pública, y es por ello que en el siguiente capítulo se revisa las formas de cesación de funciones.

1.7 Derechos colectivos

Para entender cómo los servidores públicos han ejercido los derechos sindicales, de asociación, negociación y derechos colectivos es importante considerar que Ecuador es parte de la Organización Internacional de Trabajo, por lo que ratifica los convenios que emite la OIT. El Ecuador es suscriptor de los convenios No. 87 y 98 que versan sobre los derechos humanos laborales y sindicales.

Es importante en este punto destacar que la legislación ecuatoriana, históricamente, ha contemplado dos grupos laborales en el sector público, aquellos que se encontraban amparados por el Código del Trabajo, es decir, por la normativa laboral, quienes recibieron la denominación de obreros; y, los que se encuentran amparados por el Derecho Público, actualmente la Ley Orgánica del Servicio Público, quienes eran funcionarios, esta distinción se elimina en la Constitución de la República mediante el artículo 8 de de las Enmiendas Constitucionales publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 653 de 21 de Diciembre del 2015, lo que es relativamente reciente y la distinción que se ha manejado históricamente sigue teniendo efectos sobre todo en los derechos reconocidos a cada grupo laboral antes mencionado.

En este sentido y en atención a lo establecido por convenios internacionales que no distinguen entre trabajadores privados y los del sector público, los obreros del sector

público gozaron del derecho a reclamar mejoras laborales y la opción, por ende, de sindicalizarse y negociar sus beneficios laborales.

Esto permitió, para quienes se encontraron amparados por el Código de Trabajo, que instauren grupos sindicales y la firma de contratos colectivos⁹⁸ con beneficios, en algunos casos, excesivos;⁹⁹ en este sentido, durante la creación de la nueva Constitución en 2008, mediante el Mandato Constituyente No. 8, se buscó revertir estas prebendas obtenidas mediante contratación colectiva conforme lo siguiente:

DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA: Las cláusulas de los contratos colectivos de trabajo que se encuentran vigentes y que fueron suscritos por las instituciones del sector público, empresas públicas estatales, organismos seccionales y por las entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza o estructura jurídica, el Estado o sus Instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos de recursos públicos, serán ajustadas de forma automática a las disposiciones de los Mandatos Constituyentes y regulaciones que dicte el Ministerio de Trabajo y Empleo, en el plazo de ciento ochenta días.

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

⁹⁸ A manera de ejemplo de lo establecido por estos contratos colectivos, se recomienda la revisión del documento realizado por la doctora Ma. Auxiliadora Mosquera, Masterado En Seguridad Y Desarrollo, entre las páginas 75 y 88, analiza tres contratos colectivos firmados en el sector público 1. Contrato colectivo entre el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y el Sindicato Nacional Único de Obreros 2. Contrato Colectivo de trabajadores entre el Ministerio de Salud Pública y el Comité Central Único de Trabajadores; y, 3. Contrato colectivo único de Trabajo de Petroproducción.

⁹⁹ Esto en razón de que se consagró como derecho de los servidores públicos los siguientes:

Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (1978): “Art. 59.- Derechos de los servidores públicos.- Son derechos de los servidores públicos: [...] f) Asociarse y designar sus directivas. En el ejercicio de este derecho, prohíbese toda restricción o coerción; [...] h) Recibir estímulos oficiales de carácter moral o pecuniario, de acuerdo con lo que determine el reglamento; e, i) Los demás que establezca la ley.

Ley Orgánica de Servicio Civil 2003 Art. 26.- Derechos de los servidores públicos.- Son derechos de los servidores públicos: [...] f) Asociarse y designar sus directivas. En el ejercicio de este derecho, prohíbese toda restricción o coerción que no sea la prevista en la Constitución Política de la República o la Ley; [...]

LOSCCA 2005 en igual sentido que la de 2003

Lo que fue respaldado por la Constitución Política del Ecuador de 1998, que establecía:

Art. 35.- El trabajo es un derecho y un deber social. Gozará de la protección del Estado, el que asegurará al trabajador el respeto a su dignidad, una existencia decorosa y una remuneración justa que cubra sus necesidades y las de su familia. Se regirá por las siguientes normas fundamentales: [...] 9. Se garantizará el derecho de organización de trabajadores y empleadores y su libre desenvolvimiento, sin autorización previa y conforme a la ley. Para todos los efectos de las relaciones laborales en las instituciones del Estado, el sector laboral estará representado por una sola organización. Las relaciones de las instituciones comprendidas en los numerales 1, 2, 3 y 4, del Art. 118 y de las personas jurídicas creadas por ley para el ejercicio de la potestad estatal, con sus servidores, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública, salvo las de los obreros, que se regirán por el derecho del trabajo. Cuando las instituciones del Estado ejerzan actividades que no puedan delegar al sector privado, ni éste pueda asumir libremente, las relaciones con sus servidores, se regularán por el derecho administrativo, con excepción de las relacionadas con los obreros, que estarán amparadas por el derecho del trabajo. Para las actividades ejercidas por las instituciones del Estado y que pueden ser asumidas por delegación total o parcial por el sector privado, las relaciones con los trabajadores se regularán por el derecho del trabajo, con excepción de las funciones de dirección, gerencia, representación, asesoría, jefatura departamental o equivalentes, las cuales estarán sujetas al derecho administrativo. [...] 12. Se garantizará especialmente la contratación colectiva; en consecuencia, el pacto colectivo legalmente celebrado no podrá ser modificado, desconocido o menoscabado en forma unilateral.

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

El proceso de revisión de los contratos colectivos de trabajo a los que se refiere esta disposición transitoria, en el que participarán empleadores y trabajadores, se hará de manera pública y establecerá claras restricciones a todas las cláusulas en las que se consagran excesos y privilegios, tales como: transferencia y transmisión de cargos a familiares en caso de jubilación o fallecimiento del trabajador, horas suplementarias y extraordinarias no trabajadas y cobradas por dirigentes laborales, pago de vacaciones y reconocimiento de otros beneficios para el grupo familiar del trabajador, gratificaciones y beneficios adicionales por retiro voluntario, entrega gratuita de productos y servicios de la empresa, entre otras cláusulas de esta naturaleza.

Las cláusulas de los contratos colectivos que no se ajusten a los parámetros a los que se refiere esta disposición transitoria y que contengan privilegios y beneficios desmedidos y exagerados que atentan contra el interés general, son nulas de pleno derecho.

Los jueces, tribunales y las autoridades administrativas vigilarán el cumplimiento de esta disposición. (Lo subrayado me pertenece)

Con esto se puso límite a los beneficios obtenidos por medio de la contratación colectiva, así el Ministerio de Trabajo, encargado de llevar a cabo lo dispuesto por este Mandato lo realizó durante los 2008 y 2009; lo que generó fuertes cuestionamientos del sector sindical, que consideran que el Estado ha afectado con su intromisión a la contratación colectiva.¹⁰⁰

Así se había establecido un nuevo ordenamiento jurídico en el que esta garantía a la libertad sindical se ha mermado para los obreros del sector público ya que, conforme se detalló en líneas anteriores, únicamente estos gozaban de derechos colectivos, mientras que quienes se encontraban bajo el régimen del derecho público, han visto sus derechos colectivos reducidos e incluso eliminados.

Sin embargo, como anteriormente se destacó el derecho burocrático ha tenido y sigue teniendo un efecto péndulo, es así que, mediante Ley Orgánica Reformatoria a las Leyes que regulan al Sector Público, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 1008 de 19 de mayo de 2017 se crea un capítulo en la Ley Orgánica de Servicio Público en el que trata el Derecho de Organización y la Huelga.¹⁰¹

¹⁰⁰ Cfr. Angélica Porras, “Las reformas laborales en el Ecuador” en ¿Estado constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Programa Andino de Derechos Humanos (Ediciones Abya-Yala, Quito: 2009), Internet: <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/941/1/DDHH-Inf-16-Porras-Las%20reformas%20laborales%20en%20el%20Ecuador.pdf>>, Fecha de acceso: 25/09/2017, 321-2

¹⁰¹ “[...] CAPÍTULO III
DE LA HUELGA

Art. ...- Derecho de huelga.- Se reconoce a las y los servidores públicos de las instituciones del Estado en las que no se encuentre prohibida la paralización de los servicios públicos, el derecho de huelga, en cumplimiento de lo señalado en la Constitución de la República y esta Ley.

Art. ...- Prohibición de paralización de los servicios públicos.- De conformidad con el numeral 15 del artículo 326 de la Constitución de la República, se prohíbe la paralización, a cualquier título, de los servicios públicos de salud, saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado,

Es importante considerar que el artículo 326 de la Constitución de la República contempla los principios que sustentan el derecho al trabajo y determina en su numeral 16 lo siguiente:

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

[...]

16. En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales y demás servidores públicos, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Bajo este régimen, los servidores públicos tendrán derecho a la organización para la defensa de sus derechos, para la mejora en la prestación de servicios públicos, y a la huelga de conformidad con la Constitución y la ley. En virtud de que el Estado y la administración pública tienen la obligación de velar por el interés general, sólo habrá contratación colectiva para el sector privado.”

La reforma mencionada no permite contratación colectiva para el sector público, sin embargo permite la huelga pero la limita a causales, por lo que no contraría lo establecido en la Constitución de la República, sin embargo, con el paso del tiempo y la aplicación de esta normativa podremos observar si esta reforma afecta o no a la prestación de servicios públicos, y si permite o no el ejercicio efectivo de los derechos colectivos que a la presente se encuentran verdaderamente limitados y debilitados para los servidores públicos.

producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. Esta prohibición de paralización incluye los servicios administrativos.

[...]

Art. ...- Causales de huelga.- La huelga se podrá declarar únicamente en los siguientes casos:

Cuando la institución del Estado incurra en intermediación laboral y tercerización, prohibidas por la Constitución de la República y la ley;

Cuando se aplique la figura de contratación por horas, prohibida por la Constitución de la República;

Cuando se pretenda la privatización de servicios públicos prohibida por la Constitución de la República y la ley;

Cuando la autoridad empleadora incurra en desacato en aquellos casos de cesación ineficaz declarada de conformidad con la ley;

Cuando el respectivo conflicto colectivo no llegue a solucionarse en la etapa de mediación obligatoria; y,

Por falta de pago de la remuneración mensual unificada por más de tres meses consecutivos.

[...]

Art. ...- Terminación de la huelga.- La huelga termina:

Por arreglo directo entre la parte empleadora y el comité de las y los servidores públicos;

Por acuerdo entre las partes, ante el Tribunal de Conciliación y Arbitraje;

Por expedición del fallo del Tribunal de Conciliación y Arbitraje;

Por declaratoria de estado de excepción;

Por disposición del Ministerio del Trabajo cuando se ponga en riesgo la prestación efectiva del servicio público correspondiente; y,

Por declaratoria de ilegalidad de la huelga.

En los casos previstos en los numerales 4 y 5 de este artículo, luego del reinicio de actividades, el conflicto se someterá a resolución del Tribunal de Conciliación y Arbitraje.

[...]

Existen criterios adversos al sindicalismo en el sector público, como es el caso del tratadista Ramón Parada, que considera que el sindicalismo genera que los funcionarios consideren al empleador, el Estado como la otra parte, de la que hay que desconfiar y esto inicia la pugna para adquirir cada vez más derechos y menos obligaciones. Al igual considera que la concepción en este sentido genera un garantismo extremo que afecta a la idea misma de jerarquía. Afirma que esto merma la potestad disciplinaria de la administración con lo que la calidad del servicio se va deteriorando.¹⁰²

Es importante considerar que los derechos pueden ser limitados siempre que estas limitaciones no afecten el núcleo duro de los mismos. En el presente caso la limitación es excesiva por lo que, prácticamente se han visto eliminados los derechos colectivos de los servidores públicos.

Cualquier extremo ya sea con excesivos beneficios, o excesivas limitaciones, como es en la actualidad, es perjudicial ya que se encuentran en juego derechos tanto de los servidores públicos como de la sociedad en general, en cuanto a la prestación de servicios públicos.

2. Dispersión normativa e inseguridad jurídica por los distintos regímenes aplicables.

Conforme lo señala la Constitución de la República del Ecuador el sector público comprende:

Art. 225.- El sector público comprende:

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

Si bien el sector público es amplio, esto no implica que deba dispersarse la normativa que regula al talento humano, ya que finalmente el empleador es el mismo, y la relación con los servidores también. En el caso del Ecuador existen varias normas que regulan la relación con el talento humano, como lo son la Ley Orgánica del Servicio Público, Código Orgánico de la Función Judicial, Ley Orgánica de Empresas Públicas,

¹⁰² Cfr. Ramón Parada, El empleo público y la globalización de la economía, 51-5

Código de Trabajo, entre otros, a lo que se suma la potestad reglamentaria del Presidente de la República, que como en el caso de la compra de renuncia con indemnización, incluso modificó la Ley.

La dispersión normativa afecta la seguridad jurídica, así lo señala Fabián Canda,¹⁰³ quien indica que se gana seguridad jurídica al centralizar en un procedimiento básico y común la gran mayoría de trámites administrativos, y solo en casos de gran especificidad se puede considerar un trámite distinto. Esto se puede traducir en la normativa que regula al talento humano, es decir que se debe tener reglas generales para la relación del Estado y sus servidores, que contenga los principios básicos del servicio público. De igual manera al momento de tipificar infracciones se debería considerar los elementos generales de la conducta y dejar abierta la posibilidad de especificar en casos particulares.

En el sector público, el acceso ha sido controlado con distintos mecanismos que buscan que exista probidad en los servidores. Es por ello que se han establecido ciertas limitaciones en el ingreso al sector público, como es el caso de los impedimentos. El problema surge cuando existen un sinnúmero de normas que establecen diferentes impedimentos, lo que no permite tener establecido de manera clara un catálogo de impedimentos.

Además el hecho de que normas específicas establezcan impedimentos puede vulnerar derechos como el de igualdad. Para entender mejor esta afirmación se toma como ejemplo el caso del cese de funciones por evaluación en la función judicial, este impedimento se generó en la Disposición Transitoria Quinta, literal g) del Código Orgánico de la Función Judicial, que en función en busca de reestructura dispone que en caso de que los servidores judiciales no aprueban la evaluación de desempeño serán cesados en sus funciones, por lo que solo los servidores judiciales pueden tener este impedimento, mientras que otros servidores públicos que son cesados por una evaluación baja no tienen impedimento alguno, además se impide el ingreso a todo el sector público, atentando evidentemente el principio de igualdad.

El sector público es bastante complejo y a esto se suma que existen dos regímenes aplicables a los servidores públicos, Código de Trabajo y Ley Orgánica del Servicio Público, en este sentido la Constitución de la República del Ecuador establece:

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

16. En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya

¹⁰³ Cfr. Fabián Canda, "Medidas cautelares en los sumarios administrativos disciplinarios", 322

participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales y demás servidores públicos, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Bajo este régimen, los servidores públicos tendrán derecho a la organización para la defensa de sus derechos, para la mejora en la prestación de servicios públicos, y a la huelga de conformidad con la Constitución y la ley. En virtud de que el Estado y la administración pública tienen la obligación de velar por el interés general, sólo habrá contratación colectiva para el sector privado.

La lógica de la distinción señalada por la norma, radica en que quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, serán regidos por la normas de derecho público; y, quienes no ocupen ese tipo de cargos se encuentran regidos por el Código del Trabajo. Esto nos lleva a la distinción que históricamente se realizaba entre obreros y funcionarios públicos, pese a que ahora la Constitución define a todos como servidores públicos, existen rezagos de la distinción histórica.

Esta división es clara, sin embargo la Ley Orgánica de Empresas Públicas, genera confusión al mezclar figuras del Derecho Laboral Privado con el de Derecho Público.

Por ejemplo, establece que su personal será escogido mediante procesos de selección conforme a los principios y políticas establecidas la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la Codificación del Código del Trabajo y las leyes que regulan la administración pública; al hablar de procesos de selección en base al Código de Trabajo, es totalmente distinto a lo establecido por las normas de derecho público, que exigen la instauración de procesos de selección mediante concursos de méritos y oposición. Además la mencionada ley crea un tercer régimen para los casos de directivos, asesores y demás personal de libre designación, ya que establece que para ellos se aplicarán las resoluciones del Directorio,¹⁰⁴ dando absoluta libertad a cada empresa pública para establecer un régimen particular a este tipo de personal, lo que genera inseguridad jurídica ya que el régimen de una empresa pública a otra varía aunque sea el mismo cargo.

Conforme lo manifestado en líneas anteriores el régimen de las Empresas Públicas no es claro, ya que establece que el Código de Trabajo es la base para la selección del personal y sin embargo, detalla como naturaleza jurídica de la relación laboral tres tipos que corresponden tradicionalmente al Derecho Público:

Art. 18.- [...]

- a. Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción.- Aquellos que ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y en general funciones de confianza;
- b. Servidores Públicos de Carrera.- Personal que ejerce funciones administrativas,

¹⁰⁴ Ver artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas

profesionales, de jefatura, técnicas en sus distintas especialidades y operativas, que no son de libre designación y remoción que integran los niveles estructurales de cada empresa pública: y,

c. Obreros.- Aquellos definidos como tales por la autoridad competente, aplicando parámetros objetivos y de clasificación técnica, que incluirá dentro de este personal a los cargos de trabajadoras y trabajadores que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública.

Las normas relativas a la prestación de servicios contenidas en leyes especiales o en convenios internacionales ratificados por el Ecuador serán aplicadas en los casos específicos a las que ellas se refieren.

La clasificación de obreros que propone esta norma es excesivamente amplia, ya que no establece las características del tipo de puesto sino que deja a decisión de la autoridad competente, es tan general la definición que incluso puede confundirse con los servidores públicos de carrera, además que al dejar la decisión a una autoridad, que no se señala cuál es, permite un sinnúmero de interpretaciones.

La dispersión normativa genera inseguridad jurídica por lo que la tendencia de la normativa nacional ha sido elaborar códigos generales que condensen las disposiciones relativas a una sola materia, tal es el caso del Código Orgánico Integral Penal, Código General de Procesos, Código Orgánico Administrativo, entre otros; sin embargo en el caso de la normativa para regular la relación del Estado con el servidor público no se encuentra contemplada de esta manera.

Capítulo tres

Cesación de funciones de los servidores públicos

El régimen del empleo público ha tenido cambios sustanciales a nivel nacional y en el derecho comparado, así es que la precarización del empleo es un fenómeno que no es exclusivo de nuestro país, conforme lo señala Eduardo Castillo Vigouroux:¹⁰⁵

[...] El régimen de las personas encargadas de ejercer la función pública ha variado sustancialmente en los últimos años. Este cambio se ha traducido, entre otros aspectos, en el reemplazo de un régimen que garantizaba la estabilidad en el empleo, en el cual el término del ejercicio de la función no queda a discreción de la autoridad, por un régimen de discrecionalidad de la autoridad para poner fin al empleo. Este cambio se ha ido operando paulatinamente a través de varios mecanismos. El más importante de ellos es la reducción de los cargos de planta frente al aumento sostenido de los cargos a contrata. [...]

Esto deriva en que la cesación de funciones de los servidores públicos sea cada vez más frecuente. Considerando que la administración no tiene las cargas indemnizatorias que tiene el sector privado con respecto de sus empleados resulta importante conocer cómo se da la cesación de funciones y las consecuencias y regímenes de la misma.

La cesación de funciones en el sector público es la manera en la que concluye la relación entre el servidor y la administración pública. La salida de las instituciones, al pertenecer al sector público, deben realizarse con ciertas formalidades a fin de que la administración pueda efectúe las gestiones correspondientes para verificar la información entregada, buscar un reemplazo, en caso de requerirlo, y las demás actividades necesarias para no afectar la prestación del servicio público.

La cesación de funciones puede darse por múltiples causas, en las que puede o no mediar la voluntad del servidor; por ejemplo la renuncia o el acogerse a algún plan de retiro voluntario debe mediar la voluntad del servidor, sin embargo, en los casos de compra de renuncia obligatoria, supresión de puesto o destitución no media la voluntad del mismo.

¹⁰⁵ Eduardo Castillo Vigouroux, “Regulación Jurídica del Término del Empleo a Contrata en la Administración Pública”, en Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política - Vol. 2, N. 2, Universidad Católica de Temuco, (Temuco: 2011), http://repositoriodigital.uct.cl/bitstream/handle/10925/932/RCHDCP_CASTILLO_REGULACION_2011.pdf?sequence=3, Fecha de acceso: 15/11/2017, 181

Es importante considerar que la finalización de la relación laboral en el caso de los servidores públicos no es igual al régimen del sector privado. En el sector privado si se vulnera el derecho a la estabilidad esto da lugar a una indemnización que se entrega al trabajador sin ninguna obligación de retorno;¹⁰⁶ por el contrario en el sector público en los casos en que se entrega una indemnización esta genera un impedimento¹⁰⁷ para reingresar al sector público a puestos de carrera o con contrato, como es el caso de la compensación por retiro voluntario, supresión de puesto, compra de renuncia obligatoria, jubilación, entre otros.¹⁰⁸

Considerando que, en cualquier caso, el Estado es el empleador, el impedimento se genera con el fin de no generar un doble pago (indemnización y remuneración) del particular frente al Estado; es decir que, si una persona cesa en funciones recibiendo una indemnización y pretende reingresar al sector público deberá hacer la devolución del monto recibido en las condiciones particulares de cada figura.

1. Formas de cesación

1.1 Por renuncia voluntaria formalmente presentada

Conforme lo señalado en líneas anteriores en el caso de la renuncia interviene la voluntad del servidor que es quien decide dejar de ejercer su cargo.

La manifestación de voluntad referida debe realizarse de manera formal por escrito y en las condiciones en que establezca la norma. Sin embargo es importante considerar lo señalado por Alejandro Dalmacio Endara, quien citando un caso de la Corte provincial de Santa Fe (Argentina) sostuvo que:

¹⁰⁶ El artículo 188 del Código de Trabajo establece que si el servidor ha trabajado hasta tres años, como indemnización por despido intempestivo le corresponde recibir el valor equivalente a tres meses de remuneración y si tiene más de tres años de servicio, recibirá un mes de remuneración por cada año de servicio sin exceder los veinte y cinco meses de remuneración.

¹⁰⁷ Para mayor referencia revisar el Capítulo I, Impedimentos e inhabilidades para acceder a un cargo público, página 22

¹⁰⁸ Esta prohibición se encuentra establecida en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que establece que los servidores podrán reingresar al sector público solamente si devuelven el monto de indemnización recibida, según cada caso de cesación de funciones. Establece para la supresión de puesto la devengación de la indemnización del valor de una remuneración por cada mes que el servidor haya estado fuera del sector público, en el caso de compensación económica por retiro voluntario, venta de renuncia y otras figuras similares, debe devolver la totalidad del valor de indemnización y en caso de haberlo recibido antes de la dolarización, para su devolución, ésta se calculará al tipo de cambio vigente a la fecha de su pago, además se suma la inflación anual, conforme lo determina el artículo 11 del Reglamento General a la LOSEP. Pueden reingresar sin devolver el monto de indemnización solo a cargos de libre nombramiento y remoción, docencia universitaria o investigación científica.

En caso de haber percibido indemnización por compra de renuncia con indemnización, para reingresar al sector público, a cualquier puesto, deberá devolver en forma previa la totalidad de la indemnización percibida.

[...] la renuncia del agente “no está sujeta a fórmulas y que se la tiene por presentada si se utilizan términos equivalentes [...] tanto más ha de tenerse por interpuesta la dimisión cuando se emplea explícitamente la voz «renuncia»” [...]”¹⁰⁹

El mencionado autor menciona además la actuación de la Cámara de lo Contencioso Administrativo y señala:

[...] el carácter “voluntario” le imprime a la “renuncia” su verdadero significado “pudiéndose afirmar, como expresamente lo establece la ley [...] que se trata de un derecho del agente que, si bien condicionado –como todo derecho–, traduce precisamente el carácter facultativo de la relación”. Explicó seguidamente que “asimismo, de este carácter se sigue que la Administración, salvo razones de interés público que justifiquen otra solución, «debe» aceptar la renuncia del agente; por lo que «el silencio de la misma o la desestimación de la dimisión son ilegítimos...» [...]

La Cámara concluyó que la Administración tiene el deber de pronunciarse en torno a la aceptación, y, por ende, su silencio es ilegítimo, no pudiendo valerse de él para perjudicar al agente. [...]”¹¹⁰

De ahí por tanto, la renuncia debe ser aceptada para surtir efectos conforme lo señala la doctrina y la normativa comparada,¹¹¹ sin embargo en la normativa nacional no se establece que la renuncia deba ser legalmente aceptada,¹¹² excepto en los casos de servidores que hayan sido beneficiarios de licencias para estudios regulares o en el caso de comisión de servicios en la que la norma¹¹³ dispone que la renuncia debe ser aceptada.

Así sucedió en el caso del servidor Carlos Esteban Falconí Castillo, que demanda al Instituto Nacional de Investigaciones Agropecuarias INIAP signado con el Nro. 17811-2016-01396, mediante el cual se impugna la resolución de destitución. El mencionado servidor recibió una beca para viajar al exterior y estudiar un doctorado, con la condición de devengar 80 meses en la institución conforme al contrato suscrito por el servidor, al retorno a la institución presenta la renuncia voluntaria de su cargo y aduce que al no haber recibido una respuesta dentro de los siguientes 15 días, la renuncia se entendió aceptada.

¹⁰⁹ Alejandro Dalmacio Andrada, “El Empleo Público en la Provincia de Santa Fe”, en Revista de Derecho Público 2012-1: Empleo Público I, (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012) 323

¹¹⁰ Alejandro Dalmacio Andrada, “El Empleo Público”, 324

¹¹¹ José Francisco Castro, “Término de la relación laboral en el sector público”, Escuela Sindical Universidad De Chile, <<http://www.escuelasindical.org/blog/wp-content/uploads/T%C3%A9rmino-de-la-relaci%C3%B3n-laboral-en-el-sector-p%C3%BAblico.pdf>>, Fecha de acceso: 01/11/2017.

¹¹² La Ley se limita a señalar que la renuncia deberá ser formalmente presentada (Art. 47 lit. a), y el Reglamento no refiere a la aceptación de la misma (Art. 102)

¹¹³ Art. 41.- Licencia para estudios regulares de postgrado.- [...]]

Quiénes sean beneficiarios de esta licencia, a su retorno tendrán la obligación de mantenerse laborando en la institución por un tiempo igual al de la realización de los estudios de postgrado, transmitiendo y poniendo en práctica los nuevos conocimientos de conformidad con lo previsto en el capítulo de formación y capacitación del presente Reglamento General; de no reintegrarse a la institución, o presentare la renuncia sin ser aceptada legalmente, se considerará como abandono del trabajo y se aplicará el régimen disciplinario establecido en la LOSEP y en este Reglamento General.

En este proceso el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo (Quito – Pichincha) analiza lo siguiente:

DÉCIMO: De lo analizado, el Tribunal llega a las siguientes conclusiones: 10.1. Si bien ante la renuncia voluntaria presentada por el actor CARLOS ESTEBAN FALCONÍ CASTILLO, no existió un pronunciamiento expreso por parte de la autoridad nominadora del INIAP, conforme lo disponía el artículo 102 del Reglamento General de la LOSEP; no obstante, dado que el accionante se encontraba en etapa de devengamiento de tiempo en el INIAP por efectos de la concesión de la beca a él otorgado, dicha contestación no podía ser otra que la negativa al pedido de renuncia, conforme la norma antes citada, ya que de lo expuesto en la audiencia de juicio, así como de las pruebas aportadas y ante lo evidente de la fecha de presentación de la misma (9 de diciembre de 2015), no se había cumplido aún con el devengamiento de tiempo así como tampoco se había procedido a la devolución de los valores adeudados, [...] por lo que no se evidencia que no se cumplirían las condiciones contenidas en el último inciso del artículo 102 del Reglamento de la LOSEP, así como también existiría una inobservancia al compromiso adquirido por el actor vía contractual, de acuerdo con las cláusulas antes mencionadas ya que no se ha demostrado que dicha obligatoriedad de devengar por 80 meses en la entidad, haya sido modificada.- 10.2. Lo señalado en el numeral anterior, devela con toda claridad que el señor CARLOS ESTEBAN FALCONÍ CASTILLO, seguía siendo un servidor del INIAP, pese a la presentación de su renuncia voluntaria y pese la falta de aceptación de la misma por parte de la autoridad nominadora, por cuanto tal y como se analizó no tenía otra posibilidad sino la de negar la misma.- [...] En consecuencia, al no haberse presentado el señor CARLOS ESTEBAN FALCONÍ CASTILLO a laborar el día 11 (lunes) de enero de 2016, fecha en la cual debía reincorporarse de un permiso con cargo a vacaciones otorgado hasta el 8 (viernes) de enero de 2016, y no haberlo hecho hasta el día 13 de dicho mes y año, sin duda dicha inasistencia configuró el cometimiento de la infracción contemplada en el artículo 48 literal b) de la LOSEP, esto es, el abandono del cargo sin justificación, siendo en consecuencia procedente la sanción de destitución efectuada por parte del INIAP.- [...]”¹¹⁴

Con lo que queda claro que, en los casos de servidores que se hayan beneficiado de licencias para estudios antes señalados, la renuncia debe ser formalmente aceptada y no se admite un silencio administrativo positivo, como se da en la generalidad de casos como la normativa ecuatoriana señala.

En contexto con lo antes revisado, el servidor público que presenta su renuncia al ser ésta una manifestación de su voluntad, éste puede retractarse de la misma si la administración no ha manifestado su voluntad de aceptarla. En este sentido Damacio señala que “[...] el alto tribunal local consideró que no es eficaz la retractación producida con posterioridad a la aceptación. [...]”¹¹⁵

Es importante considerar que en el sector público la presentación de la renuncia no exime al servidor público de la obligación de presentarse en su trabajo, hasta que la

¹¹⁴ Ecuador, Sentencia, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, Proceso No. 17811-2016-01396, Internet: <<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>>, Fecha de acceso: 03/02/2018, 7

¹¹⁵ Alejandro Dalmacio Andrada, “El Empleo Público”, 323

misma sea aceptada o transcurra el plazo señalado, además que debe realizar la devolución de los bienes y archivos a su cargo. El Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público deja abierta la posibilidad de que cada institución establezca un procedimiento propio para la salida de los funcionarios que presentan su renuncia, sin embargo el procedimiento interno no deberían contradecir lo establecido por la Ley y el mismo Reglamento en cuanto a la presentación formal de la renuncia, la aceptación o transcurso del plazo y entrega de documentación y bienes a cargo del servidor.

Este tipo de cesación no conlleva ningún tipo de indemnización, por lo que el servidor que haga uso de ella no queda impedido de reingresar al sector público,¹¹⁶ sin embargo esto genera el derecho a recibir la liquidación¹¹⁷ de sus haberes laborales como es el caso de las vacaciones, décimos tercero y cuarto, viáticos, horas extraordinarias y suplementarias que correspondan al servidor por ser derechos adquiridos.

En el caso de que el servidor se encuentre sometido a un procedimiento de sumario administrativo, este puede presentar su renuncia, sin embargo el sumario administrativo deberá ser tramitado hasta su conclusión¹¹⁸, en caso que la medida disciplinaria determinara la separación del servidor en razón de una destitución es evidente que la separación no puede ser efectivizada, sin embargo, es importante considerar que la destitución genera otro efecto además de la separación de la institución, esto es el impedimento para ejercer cargos públicos por dos años en todo el sector público y de manera permanente en la institución que lo destituyó.¹¹⁹

1.2 Por incapacidad absoluta o permanente declarada judicialmente

¹¹⁶ Ley Orgánica del Servicio Público: Art. 14.- Condiciones para el reingreso al sector público.- [...] Las ex servidoras o los ex servidores que habiendo renunciado voluntariamente no recibieron indemnización alguna podrán reingresar al sector público. [...]

¹¹⁷ Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público Art. 111.- Liquidación y pago de haberes.- La liquidación y pago de haberes a que hubiere lugar a favor de la o el servidor, se realizará dentro del término de quince días posteriores a la cesación de funciones, y una vez que la servidora o servidor haya realizado la respectiva entrega-recepción de bienes, conforme lo determina el artículo 110 de este Reglamento General. El pago será de responsabilidad de la Unidad Financiera Institucional. En la liquidación de haberes se considerará la parte proporcional de los ingresos complementarios a que tuviere derecho, a más de lo previsto en el artículo 31 de este Reglamento General.

¹¹⁸ Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público: Art. 99.- De la renuncia en sumario administrativo.- En caso de que la o el servidor, contra quien se haya instaurado un proceso de sumario administrativo, presentare su renuncia al puesto que desempeña, la máxima autoridad no la aceptará hasta que concluya el proceso administrativo, de conformidad con el artículo 45 de la LOSEP, y en caso de abandono del puesto, se continuará con el sumario administrativo aún en ausencia del servidor.

¹¹⁹ Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público: Art. 100.- De la rehabilitación por destitución.- La o el servidor que hubiera sido destituido por una causal que no hubiera conllevado responsabilidad civil o penal, ni sea de aquellas relacionadas por indebida administración, manejo, custodia o depósito de recursos públicos, bienes públicos o por delitos relacionados con estos asuntos, transcurridos dos años de la fecha de destitución, podrá solicitar ante el Ministerio de Relaciones Laborales, su rehabilitación para desempeñar un puesto en las instituciones señaladas en el artículo 3 de la LOSEP, que no sea la que lo destituyó.

En lo que respecta a esta causal cabe indicar que la incapacidad debe ser declarada por sentencia judicial ejecutoriada,¹²⁰ esto implica que debe mediar un proceso judicial para el efecto.

La incapacidad absoluta se encuentra determinada en el Código Civil, que establece que los dementes, impúberes la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas son incapaces absolutos por lo que sus actos no surten efectos jurídicos ni pueden obligarse por sí mismos.

Por otro lado el Código de Trabajo en su artículo 360, define a la incapacidad permanente y absoluta conforme a varios tipos de lesiones. Lo que se enfoca en daños o afectaciones físicas o tipos de discapacidades que le impiden o dificultan el ejercicio de sus labores.

Por su parte la Ley Orgánica del Servicio Público establece como causal de cesación de funciones “la incapacidad absoluta o permanente”, lo que genera duda en razón de que, el Código Civil, como legislación conexas, establece por un lado la incapacidad absoluta enfocada a la imposibilidad de contraer obligaciones; y por otro lado, el Código de Trabajo define la incapacidad permanente y absoluta para el trabajo exclusivamente, basado en incapacidad física. Lo definido por el Código del Trabajo no afecta otro tipo de actos y contratos, por lo que un trabajador que tenga incapacidad absoluta y permanente puede adquirir otro tipo de obligaciones aunque no pueda laborar. En este sentido, queda en evidencia que al usar el disyuntivo “o”, la Ley Orgánica del Servicio Público al establecer “absoluta o permanente” mezcla los dos tipos de incapacidad, lo que genera inseguridad jurídica, ya que no queda determinada la figura aplicable.

Se entiende que estas incapacidades son supervinientes a la relación laboral, y este tipo de cesación conlleva una indemnización al servidor público pero la ley no distingue si se trata de servidores públicos de carrera o bajo otras modalidades y el Reglamento tampoco hace la distinción.

Cabe mencionar además, que la incapacidad pudo generarse por situaciones de responsabilidad del servidor, como por ejemplo la interdicción de administrar sus bienes (como en casos de insolvencia); y, en otros casos por situaciones que escapan de su

¹²⁰ Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público: Art. 103.- Cesación de funciones por incapacidad absoluta o permanente declarada judicialmente; y, por pérdida de los derechos de ciudadanía declarada mediante sentencia ejecutoriada.- Para proceder a la cesación de la o el servidor por estas causales, se deberá contar con las copias certificadas de las sentencias debidamente ejecutoriadas.

voluntad y responsabilidad como en el caso de una enfermedad grave o catastrófica, accidentes de trabajo o enfermedades laborales. Evidentemente no todos los casos deben ser indemnizados, ya que si el servidor es quien genera su propia incapacidad, el indemnizarlo sería permitirle que se beneficie de su propio dolo.

En este orden de ideas es importante analizar la indemnización que contempla la Ley Orgánica del Servicio Público:

Art. 119.- Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad.- En caso de accidente de trabajo por enfermedad profesional, ocasionada como consecuencia del desempeño de su función, que causare disminución en sus capacidades para el desempeño de su trabajo, se considerará lo establecido en el artículo 438 del Código del Trabajo y la legislación de seguridad social.

De suscitarse el fallecimiento o incapacidad total permanente, la servidora o servidor o sus herederos en su caso, serán indemnizados de acuerdo con los límites y cálculos establecidos para el caso de la supresión de puestos.

Para lo establecido en el presente artículo se aplicará la presunción del lugar de trabajo, desde el momento en que la servidora o el servidor público salen de su domicilio con dirección a su lugar de trabajo y viceversa. (Lo subrayado me pertenece)

Este artículo indica como modo de cálculo de la indemnización conforme a lo establecido por supresión de puestos,¹²¹ que concuerda con lo establecido el Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público que dispone:

Art. 277.- Del pago.- La indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional que produzca la muerte o incapacidad total o permanente de la o el servidor será por una sola vez de 5 salarios básicos unificados del trabajador privado en general por cada año de servicio en el sector público, contados a partir del quinto año, y hasta un monto máximo de 150 salarios básicos unificados del trabajador privado en total

Como se puede observar tanto la Ley como el Reglamento contemplan la indemnización en caso de accidente o enfermedad profesional que genere la incapacidad para el desempeño de las funciones del servidor público, por lo que la cesación de funciones por esta causal no siempre conllevará una indemnización solo en los casos en que se trate de enfermedad laboral o accidente de trabajo.

Además es importante considerar que en los casos de enfermedad laboral o accidente de trabajo, siempre que cumpla lo establecido por la normativa de seguridad social, podrán solicitar la jubilación por invalidez, lo que puede resultar más rápido que seguir un proceso judicial.

¹²¹ La supresión de puestos genera una indemnización igual a la establecida por jubilación, esto “[...]recibir por una sola vez 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 [...]” (LOSEP Art. 129)

En la legislación chilena no existe la figura mencionada, sin embargo existe un símil que puede ser interesante analizar:

La Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo establece en el literal c) de su artículo 146 como causal de cesación del cargo la “*Declaración de vacancia*”; esta procede según el artículo 150 por las siguientes causales:

- a) Salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo;
- b) Pérdida sobreviniente de alguno de los requisitos de ingreso a la Administración del Estado;
- c) Calificación del funcionario en lista de Eliminación o Condicional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50, y
- d) Por no presentación de la renuncia, según lo señalado en el artículo 148, inciso final. (Lo subrayado me pertenece)

Los literales a) y b) se enmarcan en lo establecido en la causal contemplada en nuestra normativa, sin embargo, considero que la normativa ecuatoriana es más garantista en este sentido ya que en el caso chileno la vacancia procede cuando se declara irrecuperable la salud de un funcionario¹²² por la Comisión médica, pero la misma Ley establece la posibilidad de que el Jefe superior del servicio pueda hacer la declaratoria de salud irrecuperable si es que un funcionario ha “[...] hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, [...]”¹²³ exceptuando los casos de accidentes de trabajo y licencias de maternidad; lo que permite a la Administración una gran discrecionalidad y podría ir en detrimento de los derechos del servidor, e incluso podría considerarse discriminatorio contra quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad, como el caso de personas con discapacidad, que en el caso ecuatoriano gozan de protección especial.

En el momento en que se declara la irrecuperabilidad de la salud del servidor público se le notifican con la misma y le otorgan seis meses para retirarse del cargo o si no se procede con la declaratoria de vacancia del cargo. En estos seis meses el servidor no está obligado a trabajar pero sí recibirá sus salarios, es decir, estos seis salarios son una especie de indemnización aunque la Ley no lo contempla así.

Contrastando la normativa ecuatoriana con la chilena se puede evidenciar que la primera es más garantista que la segunda, no solo en cuanto a que establece que debe

¹²² Chile, Ley 18.834, “Artículo 112. La declaración de irrecuperabilidad de los funcionarios afiliados a una Administradora de Fondos de Pensiones será resuelta por la Comisión Médica competente, en conformidad con las normas legales que rigen a estos organismos, disposiciones a las que se sujetarán los derechos que de tal declaración emanan para el funcionario.”

¹²³ Chile, Ley 18.834, Artículo 151

existir una incapacidad permanente y esta debe ser declarada judicialmente, es decir que garantiza el debido proceso sino que además en el caso de cesación de funciones establece una indemnización para el caso.

1.3 Por supresión del puesto

La supresión de puestos no responde a la voluntad del servidor público, ya que es una decisión unilateral de la administración que en ningún caso será discrecional sino que más bien se encuentra suficientemente reglada a fin de que responda únicamente a razones técnicas, funcionales o económicas de la institución conforme lo señala la Ley Orgánica del Servicio Público.

La supresión de puesto no puede ser considerada ni utilizada para sancionar a un servidor, ya que para ello existen otras figuras dentro del respectivo régimen disciplinario. Existe la confusión de que esta figura responde a sanciones o animadversiones que se pueda tener con el servidor por lo que es importante aclarar que ese no es el caso, ya que como se estableció en el párrafo anterior, la supresión responde a razones técnicas, funcionales o económicas.

Es importante considerar que únicamente los servidores de carrera podrán ser indemnizados por la supresión de su puesto, si un servidor por contrato¹²⁴ o cualquier otra modalidad ocupa una partida que será suprimida no recibe ningún tipo de indemnización.

Sin embargo, es importante considerar que la cesación de funciones del servidor público y su correspondiente indemnización es el último recurso ya que a favor del derecho de estabilidad se prevé una garantía adicional¹²⁵ en la Ley Orgánica del Servicio Público:

Art. 89.- Garantías adicionales.- Además de los derechos que se les otorga en el Artículo 23 de esta Ley, las y los servidores públicos de carrera gozarán de las siguientes garantías adicionales:

[...]

b) Derecho preferente, a que en caso de supresión de su actual puesto, sea trasladado a puestos vacantes de naturaleza similar.

¹²⁴ Ver el artículo 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público

¹²⁵ El Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público contempla en consonancia con la Ley lo siguiente: “Art. 129.- De las garantías adicionales.- Las UATH institucionales previo a la emisión del informe favorable para la supresión de puestos, que se encuentren ocupados por servidoras o servidores públicos con nombramiento regular o permanente, asegurarán de que en el distributivo de remuneraciones no existen puestos vacantes de las mismas características en que puedan ser trasladados las servidoras y servidores públicos como un derecho preferente, por estar protegidos por la carrera.”

La normativa establece además en qué casos no puede proceder la supresión de puestos como es el caso de los servidores, que se encuentren con licencia para estudios regulares de postgrado,¹²⁶ que se encuentren en comisión de servicios,¹²⁷ o en los casos que exista protección especial¹²⁸ como el caso de mujeres embarazadas, en período de lactancia o personas con discapacidad.

Para proceder con la supresión de puestos intervienen los Ministerios de Trabajo y el de Economía y Finanzas, los que emitirán un dictamen favorable¹²⁹ a fin de que la entidad pueda proceder con la supresión del cargo. En este sentido, la Ley Orgánica del Servicio Público establece que los procesos de supresión de puestos deberán observar los principios de racionalización, priorización, optimización y funcionalidad, respondiendo a instancias de diagnóstico y evaluación, lo que implica que la institución que va realizar un proceso de supresión de puestos deberá realizar informes¹³⁰ técnicos y económicos

¹²⁶Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público: “Art. 41.- Licencia para estudios regulares de postgrado.- Para la concesión de esta licencia la UATH

[...]

No se efectuarán estudios de supresión de puestos de las o los servidores públicos que se encuentren en goce de licencia para estudios regulares de postgrado. En caso de suprimirse la institución en la cual presta sus servicios la o el servidor público, se deberá proceder a traspasarlo a otra institución, previo diagnóstico y evaluación de la necesidad del puesto en otra institución.”

¹²⁷ Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público: “Art. 55.- Terminación de las comisiones.- [...]

No se efectuarán estudios de supresión de puestos de las o los servidores públicos que se encuentren en comisión de servicios con o sin remuneración mientras se encuentren cumpliendo el tiempo para el cual fueron comisionados.

Si en función de los procesos de racionalización, fuere necesaria la reestructuración, reorganización, desconcentración o descentralización de la institución, o se procediere a modificar la estructura de la misma, fusionarla o adscribirla a otra o suprimirla u otras formas similares, en forma previa y de manera inmediata se procederá a la terminación de todo tipo de comisión de servicios y licencias, si esta afectare al puesto que ocupe la o el servidor en comisión de servicios, para los fines pertinentes.”

¹²⁸ Ley Orgánica del Servicio Público: “Art. 60.- De la supresión de puestos.- [...]

Para la supresión de puestos no se considerarán los puestos que ocupen las personas con discapacidad severa o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, conviviente en unión de hecho o progenitor con un grado severo de discapacidad, debidamente certificado por el Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS); tampoco serán considerados los puestos que ocupen las mujeres embarazadas, aquellas que se encuentren gozando de su licencia de maternidad o del permiso para cuidados del recién nacido previsto por el artículo 33 de la Ley Orgánica de Servicio Público.”

¹²⁹ Dictámenes que no serán necesarios para los Gobiernos Autónomos Descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, universidades y escuelas politécnicas públicas; y, las sometidas al ámbito de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. El dictamen del Ministerio de Economía y Finanzas no será necesario en los casos de puestos que se encuentren vacantes.

¹³⁰ Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público Art. 157.- Informe de las UATH para supresión de puestos.- El informe de las UATH, para la ejecución del proceso de supresión de puestos, dispuesta por la autoridad nominadora deberá sustentarse en:

- a) Las políticas, normas, metodologías e instrumentos de carácter general que sobre esta materia emita el Ministerio de Relaciones Laborales;
- b) Las políticas institucionales para el estudio y supresión de puestos;
- c) La proporcionalidad de la población laboral institucional por procesos y por unidades organizacionales;
- d) La determinación del número de puestos que serán suprimidos y el costo total de la indemnización conforme los valores señalados en la Disposición General Primera de la LOSEP;
- e) La certificación de disponibilidad presupuestaria, emitida por la Unidad de Gestión Financiera de la institución o el Ministerio de Finanzas según sea el caso; que servirá de base para el pago de las indemnizaciones; y,

que justifiquen el proceso a realizar además que con los dictámenes¹³¹ de los otros Ministerios se deberá constatar que es una necesidad institucional debidamente justificada.

Con lo anterior queda claro que el proceso no puede ser discrecional y menos aún arbitrario, si no que por el contrario se encuentra reglado y como todo acto de la administración debe ser motivado¹³², además que pasa por los filtros de dos instituciones distintas. Además que la mencionada Ley establece la prohibición de crear la partida nuevamente durante dos años, salvo casos debidamente justificados mediante el respectivo informe técnico de la unidad de administración de talento humano, y tampoco podrá celebrar contratos ocasionales en el ejercicio fiscal en curso, en puestos de la misma denominación.

Conforme lo señala el artículo 104 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público, la supresión de puesto solo surte efecto para el servidor público una vez que se haya efectuado a su favor el pago total correspondiente a la indemnización que deberá hacerse en máximo 3 días.

Finalmente, es importante considerar que la indemnización que tiene lugar en este caso genera un impedimento, por lo que debería ser devuelta al Estado para poder reingresar en el sector público. Sin embargo, como se revisó en el Capítulo I, el valor de la indemnización en el caso de supresión de puesto, se devenga en razón de un sueldo por

f) La base legal, los fundamentos de orden técnico, funcional y económico, que motivan la supresión del puesto específico.

¹³¹ Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público Art. 158.- Dictamen del Ministerio de Relaciones Laborales.- Para la supresión de puestos en las instituciones y entidades dependientes de la administración central, el Ministerio de Relaciones Laborales, dentro del ámbito de sus competencias, deberá estudiar y emitir el dictamen favorable previo, de conformidad con la estructura institucional y posicional y el subsistema de clasificación de puestos.

Las intervenciones de los Ministerios señalados en el artículo 156 de este Reglamento General, y el dictamen señalado en el inciso anterior, no regirán para el caso de supresión de puestos realizados por los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, universidades y escuelas politécnicas públicas, y aquellas sujetas al ámbito de las empresas públicas, sin embargo, serán registradas en el sistema de información administrado por el Ministerio de Relaciones Laborales.

¹³² La autora Viviana Pérez Benech, en su artículo Motivación Del Acto Administrativo: Análisis De Criterios Jurisprudenciales y Admisibilidad de su Omisión Alegando la Reserva de las Actuaciones, de la Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo: 2012), Internet: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Perez-Benech-Motivacion-del-acto-administrativo-Analisis-de-criterios-jurisprudenciales-y-admisibilidad-de-su-omision-alegando-la-reserva-de-las-actuaciones.pdf>>, Fecha de acceso: 01/03/2018, 38; señala que: “[...] La motivación del acto administrativo es la expresión concreta de la causa o motivo del mismo, es decir, la manifestación de las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan. GARCIA DE ENTRERRIA ha expresado que “Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto”.

cada mes que se encuentre fuera del sector público en las condiciones señaladas por la normativa, por lo que para el reingreso se debería devolver únicamente el remanente.

1.4 Por pérdida de los derechos de ciudadanía

Los derechos de ciudadanía constituyen una denominación que ya no se utiliza, sin embargo, ha quedado como rezago histórico dentro de nuestra normativa.

La Ley Orgánica del Servicio Público entra en vigencia el 06 de octubre de 2010, cuando la nueva Constitución de la República del Ecuador ya se encontraba vigente y no contemplaba ni contempla a los derechos de ciudadanía.

Estos fueron establecidos en la Constitución de 1830 de la siguiente manera:

Art. 12.- Para entrar en el goce de los derechos de ciudadanía, se requiere:

1. Ser casado, o mayor de veintidós años;
2. Tener una propiedad raíz, valor libre de 300 pesos y ejercer alguna profesión, o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente doméstico, o jornalero;
3. Saber leer y escribir.

Art. 13.- Los derechos de ciudadanía se pierden por entrar al servicio de una nación enemiga, por naturalizarse en país extranjero, y por sentencia infamante. Y se suspenden, por deber a los fondos públicos en plazo cumplido; por causa criminal pendiente; por interdicción judicial; por ser vago declarado, ebrio de costumbre, o deudor fallido; y por enajenación mental.

El concepto de derechos de ciudadanía se mantuvo hasta 1997, con ciertas variaciones de la siguiente manera:

SECCION II

De la Ciudadanía

Art. 12.- Son ciudadanos los ecuatorianos mayores de dieciocho años.

Art. 13.- Los derechos de ciudadanía se suspenden:

1. Por interdicción judicial, mientras dure ésta, salvo el caso de insolvencia o quiebra que no haya sido declarada fraudulenta;
2. Por sentencia que condene a pena privativa de libertad, mientras dure ésta, salvo el caso de contravención; y,
3. En los demás casos determinados por la Ley.

En consecuencia la normativa de menor jerarquía contemplaba esta denominación de los derechos. Actualmente no existe esta denominación en la Constitución, sin embargo varias normas contemplan la pérdida de derechos de ciudadanía, sin que en ninguna se defina cuáles son estos derechos, lo que finalmente haría inaplicable esta figura.

1.5 Por remoción

En el presente caso es importante considerar que la normativa y la doctrina distinguen los tipos de cargos que ocupan los servidores públicos, estos son los de carrera, a contrato; y, de confianza. Estos cargos se distinguen principalmente por la manera en que se accede a los mismos; en el caso de los cargos de confianza (o de libre nombramiento y remoción) el ingreso no contiene todas las formalidades y la ritualidad que los procesos de concursos de méritos y oposición que se aplican para el ingreso de los servidores de carrera, sin embargo, esto no implica que no existan requisitos para el acceso, además, la Administración para entregar este tipo de nombramientos debe elaborar un acto administrativo, el que debe estar debidamente motivado.

La designación de esta clase de funcionarios públicos no requiere de previo concurso público, asumiéndose que el titular deberá realizar una evaluación personal y profesional del candidato a ocupar el cargo de confianza, pues el resultado de sus funciones tendrán incidencia en las funciones y atribuciones que ejerza dicho titular. Por el contrario, diremos que por lo mismo que no hay concurso público, dicha actividad previa constituye la etapa en la cual se analice el perfil profesional, al mismo tiempo que se verifique la inexistencia de conflicto de intereses, causal de impedimento o incompatibilidad para acceder al cargo¹³³

Debido a que el ingreso no se encuentra sujeto a las mismas formalidades que el concurso y que la naturaleza del cargo es de confianza, las funciones otorgadas, a estos servidores, son distintas a las de otros cargos.

[...] En efecto, no todos los que ingresan a la Administración Pública a cumplir una determinada función pública lo hacen de la misma manera, ni en las mismas condiciones y términos. [...] Como es conocido, los servidores públicos son aquellos que ingresan por concurso público y que, por tanto, adquieren un conjunto de beneficios laborales, entre ellos, el de la relativa estabilidad laboral en el sector público, mientras que los funcionarios de signados en cargos de confianza no adquieren ningún tipo de beneficios a la conclusión de su relación laboral, mas allá del pago de sus remuneraciones ordinarias. [...] ¹³⁴

En relación a lo anterior, es importante considerar que la Constitución de la República del Ecuador establece que los servidores públicos son “[...] 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. [...]”,¹³⁵ sin embargo, existen distintos

¹³³ Roberto Jiménez Murillo, “La designación y remoción de funcionarios en cargos de confianza de la Administración Pública”, en Revista Gestión Pública y Desarrollo, (Lima: 2012), A3, <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/6360740CF1ACAF0C05257E2F006B4788/\\$FILE/revges_1437.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/6360740CF1ACAF0C05257E2F006B4788/$FILE/revges_1437.pdf)>, Fecha de acceso: 04/12/2017.

¹³⁴ Roberto Jiménez Murillo, “La designación y remoción de funcionarios en cargos de confianza de la Administración Pública”, A1.

¹³⁵ Constitución de la República del Ecuador artículo 229.

regímenes de derechos según el cargo ocupado; y en el caso que nos corresponde los servidores que desempeñan cargos de confianza, quienes al momento de ser sujetos a remoción no tienen beneficios como la indemnización.

Este tipo de cargos tienen como una de sus características principales la temporalidad del ejercicio del mismo, ya que estos dependen de circunstancias políticas e incluso de índole personal de quien los designa, ya que como su nombre lo indica están sujetos a la confianza que la autoridad tenga en ellos. Así, queda claro que la remoción es la conclusión del vínculo laboral, y que esta no requiere de una extensa explicación o motivación.¹³⁶

La remoción es la forma en la que concluyen las relaciones laborales entre el servidor público, que ocupa un cargo de confianza o nombramiento provisional, y la Administración Pública.

En este sentido, dentro de la acción de protección signada con la causa No. 07258-2016-00090, interpuesta por el señor Lozano Tomala Oscar Efrén contra el Arq. Cesar Encalada Erraez, en calidad de alcalde del GAD del cantón pasaje, Procurador Síndico, y Procurador General del Estado, el juez constitucional se pronunció reiterando que la cesación de funciones no implica sanción alguna. En el caso mencionado el actor ocupaba el cargo de Jefe de Comercialización de Agua Potable, Alcantarillado y Aseo, con nombramiento provisional, a quien se le notificó con la Resolución Administrativa N°. 010-AP-GADM-2016, de fecha 13 de junio del 2016, en la que se resuelve al amparo de los Arts. 47 literal e), 83 letra h) y 85 de la Ley Orgánica de Servicio Público, la remoción por cesación definitiva de las funciones que venía desempeñando, “[...] sin que medie según indica el accionante el debido proceso administrativo, el derecho a la defensa, manteniéndolo en indefensión, por lo que la sanción administrativa que se le ha impuesto está contenida en dicha resolución. [...]”,¹³⁷ a lo que Sala de lo Civil de la Corte Provincial de El Oro analiza:

[...] Del análisis del caso sub judice [...] se desprende que el accionante hasta el año 2016, se encontraba laborando con nombramiento provisional para el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Pasaje, como Jefe de Comercialización en el Departamento de Agua Potable y Alcantarillado. [...] Al servidor público que le otorga nombramiento provisional la LOSEP, lo excluye del sistema de la carrera del servicio

¹³⁶ Roberto Jiménez Murillo, “La designación y remoción de funcionarios”, A4.

¹³⁷ Ecuador, Sentencia Sala de lo Civil de la Corte Provincial de El Oro, Acción de Protección, Causa No. 07258-2016-00090, Actor: Lozano Tomala Oscar Efrén Accionado: Arq. Cesar Encalada Erraez, en calidad de alcalde del GAD del cantón pasaje, Procurador Síndico, y Procurador General del Estado <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

público, por lo tanto, el accionante no es un servidor público de carrera. [...] La cesación de las funciones que venía desempeñando el accionante en su calidad de Jefe de Comercialización en el Departamento de Agua Potable y Alcantarillado, con nombramiento provisional, de ninguna manera puede considerarse sanción, que requiera la instauración de un sumario administrativo para su aplicación, como lo señala el accionante, ya que al encontrarse excluido de la carrera de servicio público, acorde con el literal h), del Art. 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público, podía ser removido libremente por la autoridad nominadora, sin que dicha remoción constituya destitución, ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza, conforme con el Art. 85 ibídem, sin que la notificación con dicho acto administrativo o resolución, implique o constituya indefensión alguna, ni atente contra el derecho al trabajo y consecuentemente la salud, por ser potestativa de la autoridad nominadora; [...] ¹³⁸

En atención a lo anterior, y a que se pretendía la declaración de un derecho (restitución al cargo) se rechaza la acción de protección propuesta.

Es importante considerar que la remoción no implica de ninguna manera una sanción. En el caso de que la conducta de un servidor público amerite una sanción se deberá iniciar el procedimiento de sumario administrativo para determinar si corresponde sanción o no y de qué tipo.

La normativa nacional contempla además otros casos en el que el servidor puede ser removido.¹³⁹ En caso de que un servidor público haya ingresado al sector público estando impedido de ejercer un cargo público o cuando el impedimento sea sobreviniente el Contralor General del Estado o el Ministro del Trabajo puede solicitar de manera motivada la remoción del servidor público previo la instauración de un sumario administrativo, lo que contradice la naturaleza jurídica de la remoción ya que en este caso la remoción se impone como una sanción al servidor impedido de serlo, desnaturalizando la figura de la remoción.

Además que la forma general de la redacción de la norma, a criterio propio, afecta el principio de proporcionalidad; ya que, la remoción se aplica para todos los impedimentos. Si a la remoción se la considera como sanción, se debería observar el principio de proporcionalidad, ya que los tipos de impedimentos son más graves unos que

¹³⁸Ecuador, Acción de Protección Causa No. 07258-2016-00090

¹³⁹ Ley Orgánica del Servicio Público: Art. 11.- Remoción de las y los servidores impedidos de serlo.- El Contralor General del Estado o el Ministro del Trabajo, por iniciativa propia o a pedido de la ciudadanía, solicitarán por escrito, en forma motivada, la remoción inmediata de la servidora o servidor público que estuviere impedido de serlo, previo el sumario administrativo correspondiente, de ser el caso, respetando los derechos a la defensa y al debido proceso. Esta solicitud será atendida por la autoridad nominadora, a quien corresponderá nombrar al reemplazante.

Si el infractor no fuere separado en el plazo máximo de cuarenta y cinco días, contados a partir de la solicitud de remoción, lo hará el Contralor General del Estado.

El no dar trámite a la solicitud de remoción, señalada en el presente artículo, será causal de destitución de la autoridad nominadora.

En el caso de gobiernos autónomos descentralizados sus entidades y regímenes especiales, el requerimiento para la remoción de las y los servidores públicos corresponde a la autoridad nominadora.

otros, además que se debe considerar si el impedimento fue anterior al ingreso del servidor, ya que de ser este el caso se puede denotar mala fe del servidor; y diferenciar los casos en que el impedimento es superviniente al ingreso.¹⁴⁰

En el mismo sentido, la normativa ecuatoriana establece la remoción de los servidores que hayan ingresado a ocupar un cargo sin el trámite adecuado para el efecto, en este sentido es discutible ya que la remoción del cargo afecta al servidor, mientras que el trámite de ingreso corresponde a la institución pública, por lo que se debería considerar las circunstancias cada caso en particular y no generalizar nuevamente una “sanción”. En este sentido la Corte Constitucional se ha pronunciado mediante Sentencia No. 030-18-SEP-CC de 24 de enero de 2018, disponiendo:

4.5. En virtud de las atribuciones establecidas en el artículo 436, números 1 y 6 de la Constitución de la República, esta Corte fija la siguiente regla jurisprudencial, aplicable a los casos posteriores, en los que se verifiquen patrones fácticos análogos: Las autoridades públicas están vedadas de remover directamente a un servidor o servidora pública, que haya ingresado con nombramiento de carácter permanente, so pretexto de corregir el vicio de legalidad en el ingreso. En caso de existir tales vicios, la corrección deberá hacérsela por medio de la declaratoria de lesividad del acto administrativo en cuestión y la presentación de la correspondiente acción ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. El incumplimiento de esta regla, acarrea la vulneración del derecho constitucional a la seguridad jurídica.

Con lo anterior se subsana lo establecido por el Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público, y se establece la necesidad de instaurar un proceso por lesividad en caso de que el ingreso al sector público se crea que ha sido irregular, lo que es lógico ya que al otorgar el nombramiento se han generado derechos subjetivos para el servidor.

Es importante considerar que mediante Decreto Ejecutivo No. 190, publicado en Registro Oficial Suplemento 109 de 27 de Octubre del 2017, el Presidente Constitucional de la República modifica el artículo 150 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público y establece para los servidores que se encuentren con nombramiento provisional lo siguiente:

Art. 105.- En los casos de cesación de funciones por remoción previstos en el artículo 47, letra e) de la Ley Orgánica de Servicio Público, la misma no implica sanción disciplinaria de ninguna naturaleza y se observará lo siguiente:

¹⁴⁰ Como por ejemplo es más grave si un servidor fue destituido y reingresa al sector público pese a su impedimento a que el caso de un servidor se encuentra laborando en el sector público y se atrasa en el pago de una cuota de un crédito con el BIESS, en cuyo caso estaría impedido por tener mora con una institución pública, lo que sería menos grave y puede ser subsanado con el pago de la mencionada cuota.

1.- Cesación de funciones por remoción de funcionarios según lo previsto en la letra b) del artículo 17 de la LOSEP.- En el caso de los nombramientos provisionales, determinados en la letra b del artículo 17 de la LOSEP, las o los servidores cesarán en sus funciones una vez que concluya el período de temporalidad para los cuales fueron nombrados, de existir, o cuando se produzca el evento que ocasionare el retorno del titular del puesto; o, tratándose de período de prueba, en caso de que no se hubiere superado la evaluación respectiva. (Lo subrayado me pertenece)

Al establecer, esta norma, que cesarán en funciones una vez que concluya el período de temporalidad para el que fueron nombrados desnaturaliza al cargo, ya que, como se revisó en líneas anteriores, estos cargos no generan estabilidad alguna por lo que garantizar de cierta manera la temporalidad del nombramiento no es concordante al tipo de cargo.

Se establece también que en los casos de servidores que se encuentren nombrados bajo período fijo cesarán en funciones el momento en que concluya el período para el cual fueron nombrados. Lo interesante es el cambio que realiza la norma con el fin de garantizar la continuidad de la prestación de los servicios y actividades institucionales, los servidores de este tipo de nombramiento no podrán separarse del desempeño hasta que sean legalmente reemplazados, de conformidad a lo siguiente:

- a.- Cuando la ley no haya previsto la existencia de un servidor que pueda asumir el puesto como suplente o encargado o a pesar de estar previsto el puesto de dicho servidor se encontrare vacante o ya no existiere otro suplente, se procederá de manera inmediata a iniciar el proceso respectivo para la designación del funcionario de período fijo y el que debiere haber sido removido continuará en ejercicio de sus funciones hasta que se poseione el servidor que resultare electo; y,
- b.- En caso de que el procedimiento de selección para la designación de los funcionarios públicos reemplazantes no hubiere concluido oportunamente, debiendo el servidor que debió ser removido continuar en ejercicio de sus funciones hasta que concluya el proceso de selección y se poseione el servidor que resultare electo. En estos casos se mantendrá la representación institucional que se hubiere establecido hasta que se produzca el reemplazo.

Esto garantiza que el servicio público sea permanente y que el cambio de autoridades o de servidores de este tipo de nombramientos no afecte a la colectividad. Sería importante establecer un límite de tiempo para realizar los procesos de selección de quien asumirá posteriormente el cargo.

Finalmente el mencionado artículo establece que podrá ser removido de su cargo por decisión debidamente fundamentada del consejo de la entidad o del órgano que haga sus veces. La motivación debe existir en todos los actos de la administración, sin embargo en el presente caso conforme lo señalado en líneas anteriores, para cesar en funciones a un servidor no se requiere de una extensa motivación o justificación, por lo que establecer

que la decisión debe estar debidamente fundamentada, abre la puerta a que este tipo de decisiones sean sujetas a revisión e impugnación en caso de que no lo fueran; dotándole así al servidor de una herramienta para reclamar estabilidad o indemnización.

1.6 Por destitución

En esta parte es importante tener en cuenta que la destitución es una sanción administrativa a un servidor que por una u otra razón falló en el ejercicio de su cargo, esta es consecuencia de la responsabilidad disciplinaria del servidor o agente público, que se define como

[...] el sistema de consecuencias jurídicas de índole sancionatorio represivo que, aplicable por la propia administración pública en ejercicio de poderes inherentes, el ordenamiento jurídico imputa, en el plano de la relación de función o empleo público, a las conductas de agentes o ex agentes estatales violatorias de deberes o prohibiciones exigibles, o impuestos, respectivamente, por las normas reguladoras de aquella relación con el fin de asegurar, con inmediatez, el adecuado funcionamiento de la administración pública [...]¹⁴¹

La destitución se puede dar en razón de una falta de probidad en el desempeño de su cargo o en casos de negligencia, sin embargo, el procedimiento para establecer la mencionada sanción no puede ser arbitrario, sino que debe observar todos los principios del debido proceso durante el correspondiente sumario administrativo, que es un “[...] procedimiento a través del cual se intenta dilucidar qué se hizo o se dejó de hacer en determinada área estatal y si tales proceder resultaron ajustados o reñidos con los deberes y prohibiciones impuestos normativamente a los agentes de la administración. [...]”¹⁴²

Mediante la instauración de un sumario administrativo se permite al servidor involucrado presentar pruebas de descargo y defenderse de las alegaciones de la administración, en atención al debido proceso se debe tener en cuenta que

[...] “el procedimiento administrativo disciplinario ha de desarrollarse con absoluto respeto de los principios inherentes al ‘*debido proceso legal*’. Los derechos esenciales del agente público están también garantizados por la Constitución Nacional. La violación de tal temperamento es susceptible de invalidar lo actuado”. Agregando que “en todos los casos [...] el imputado debe ser previamente oído (requisito *sine qua non* de la libre defensa)”

¹⁴¹ Julio Comadira, “La responsabilidad disciplinaria del funcionario público” en Responsabilidad del Estado y del funcionario público (2001) citado por Fabián Canda, “Medidas cautelares en los sumarios administrativos disciplinarios”, en Revista de Derecho Público 2012-2: Empleo Público II, (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012) 316

¹⁴² Fabián Canda, “Medidas cautelares en los sumarios administrativos disciplinarios”, 318

Este procedimiento administrativo disciplinario forma parte del Derecho Administrativo Sancionador y como tal debe observar los principios¹⁴³ del mismo, que son:

- a) Legalidad: que supone la existencia de una ley previa, que tipifique la infracción, y regule el procedimiento a seguir, además de la regulación de las causales para la imposición de sanciones.
- b) Defensa y debido proceso: El procedimiento debe desarrollarse con absoluto respeto de los principios del debido proceso, en razón de que se encuentran en juego los derechos del agente público por lo que el mismo deber ser previamente oído. No debe existir ninguna forma de sustanciación previa al sumario en la que no se le permita la participación al agente público.
- c) Razonabilidad: Implica que la acción disciplinaria tenga un plazo para ser efectuada, con eso de evita la arbitrariedad de la administración que podría mantener al servidor sine día sometido a un procedimiento sancionador.
- d) Proporcionalidad: Se refiere a que la sanción debe ser ajustada a la falta cometida, y en caso de que no se respete la proporcionalidad la medida sancionatoria debe ser cesada, lo que puede lograrse mediante el control de legitimidad que puede hacer la función judicial.
- e) Congruencia: La sanción impuesta debe tener congruencia con la causal alegada, ya que si el proceso inicia en razón de una causal, es en torno a la misma que el servidor realizará su defensa y si la sanción se da por otra causa se habrá vulnerado el debido proceso.

Lo que antecede es el “deber ser” del proceso, pero también es claro que la administración pública siempre se encuentra en condición de supremacía respecto del administrado por lo que, se pueden señalar como características negativas del procedimiento administrativo sancionatorio las siguientes:

[...] a) emanan de funcionarios administrativos y no de un juez; b) muchas veces derivan de simples reglamentos y no de leyes, y c) pueden adoptarse sin respetar los máximos estándares en materia de inocencia, tipicidad, conocimiento de la acusación, derecho a ser oído, *non bis in idem*, concesión del tiempo y de los medios adecuados para la

¹⁴³ Cfr. Claudia Mizawak, Gisela Schumacher y Andrea Afranchino, “Empleo Público “Régimen Sancionador” Control judicial. Jurisprudencia de la Provincia Entre Ríos”, en Revista de Derecho Público 2012-1: Empleo Público I, (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012) 361-72

preparación de la defensa, asistencia de un defensor oficial, entre otras garantías indiscutidas. [...] ¹⁴⁴

En razón de esto se ha establecido la garantía del doble conforme para procedimientos administrativos, ya que la Convención Americana de Derechos Humanos ha establecido el derecho a recurrir del fallo del juez ante un tribunal superior, sin embargo

[...] Para la Corte Interamericana el artículo 8° de la convención se aplica al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cualesquiera que ellas sean, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante *cualquier acto emanado del Estado –sea sancionatorio o de cualquier otra índole- que pueda afectar sus derechos.* [...] ¹⁴⁵

En el ejercicio del poder disciplinario de la administración y el establecer una sanción a un servidor se genera una afectación o restricción de un derecho, y por ende ésta debe tener base legal, observar todos los principios del procedimiento administrativo sancionador y sobre todo garantizar en todo momento el debido proceso.

En el caso particular en el caso de los servidores públicos existe una restricción al derecho de estabilidad, principalmente, ¹⁴⁶ ya que de determinarse una sanción disciplinaria, ésta

“[...] incide sobre el derecho a la estabilidad, en la medida en que o bien lo afecta directamente (cuando rompe el vínculo jurídico en los casos de cesantía y exoneración) o bien incide sobre aquél de modo más o menos indirecto. [...] las sanciones menores coadyuvan a debilitar la estabilidad, en la medida en que constituyen un antecedente negativo que necesariamente habrá de ser valorado ante cualquier futura sanción. [...]” ¹⁴⁷

Considerando que la estabilidad del servidor público es un derecho, para establecer la sanción de destitución se debe respetar el debido proceso y ésta sanción debe responder a las causales específicas dada por la norma y siempre se aplica en los casos más graves y como la última medida sancionatoria.

¹⁴⁴ Juan Bautista Justo, “El doble conforme en el procedimiento disciplinario”, en *Revista de Derecho Público* 2012-1: Empleo Público I, (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012), 262

¹⁴⁵ Juan Bautista Justo, “El doble conforme”, 266

¹⁴⁶ Considerando que los derechos se encuentran correlacionados es evidente que otros derechos también pueden ser mermados, por ejemplo en el caso de que la sanción sea una suspensión sin sueldo, también se ve afectado el derecho a recibir su remuneración; en el caso de una multa se ve mermado el patrimonio; y así se pueden analizar varios casos en los que los derechos pueden verse mermados, por lo cual este poder sancionatorio debe observar todas las garantías necesarias para que la afectación de los derechos cumpla con los parámetros de razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad y necesidad.

¹⁴⁷ Fabián Canda, “Medidas cautelares en los sumarios administrativos disciplinarios”, 321

1.7 Por revocatoria del mandato

En las sociedades en las que se ha establecido la democracia, el arribo al poder es posible una vez que se han ganado las elecciones. Si el poder radica en el pueblo, y si el pueblo es quien puede otorgar un puesto, es simplemente lógico que sea el mismo pueblo quien, en determinados casos, pueda quitar el poder mediante la revocatoria del mandato.

Para referir a la revocatoria del mandato es importante revisar el significado de la misma, “[...] revocar tiene su origen en el latín revocare y hace referencia al acto unilateral que emana de una voluntad que se rectifica. [...] “dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución”.¹⁴⁸

La revocatoria del mandato es en sí un derecho, mediante el cual a través del ejercicio de votación se puede retirar el mandato político a un funcionario de elección popular antes de que el mismo cumpla el período para el cual fue elegido. Este ejercicio de democracia directa puede tener como fin la revocatoria del mandato o la ratificación del mismo, según los resultados electorales. Para llevar a cabo este proceso es necesario cumplir con los requisitos establecidos por la constitución y la ley.¹⁴⁹

Esta forma de cesación de funciones opera únicamente para casos de funcionarios de elección popular y mediante el sufragio. Este mecanismo permite la participación directa de los administrados, quienes pueden ejercer un efectivo control político, moral y jurídico, basado en si el funcionario es competente, observando criterios de responsabilidad, rendición de cuentas, cuyo fin es lograr que administración pública sea eficiente y además libre de corrupción. Es la manera en la que se puede sancionar de manera eficiente al candidato que no cumpla con sus propuestas o que se vea inmiscuido en temas de corrupción o que el pueblo no se sienta bien representado.¹⁵⁰

1.8 Por ingresar al sector público sin ganar el concurso de méritos y oposición

Conforme se ha revisado a lo largo del Capítulo I de este trabajo para acceder a puestos de carrera es necesario que sea a través de la instauración de un concurso de méritos y oposición y el establecimiento de éste tiene carácter de obligatorio.

¹⁴⁸ Julio Teodoro Verdugo Silva, “La Revocatoria del Mandato en el Ecuador, Países de la Comunidad Andina y del Continente Americano” Área de Derecho Programa de Maestría en Derecho Mención Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, (Quito: 2007), 12.

¹⁴⁹ Cfr. Julio Teodoro Verdugo Silva, “La Revocatoria del Mandato”, 13

¹⁵⁰ Cfr. Julio Teodoro Verdugo Silva, “La Revocatoria del Mandato”, 13, 4

El acceso a puesto de carrera no puede ser de otra manera, ni aun cuando los servidores se encuentran por mucho tiempo ocupando el puesto, si su acceso no se dio por un concurso no puede ocupar ese puesto.

La normativa nacional establece como un tipo distinto de cesación de funciones la terminación de la relación laboral por ingreso al sector público sin ganar el concurso de méritos y oposición, sin embargo, establece como consecuencia la remoción del cargo.

Es importante establecer que la obligatoriedad del concurso es indiscutible, no obstante se debe considerar que la instauración de un proceso de selección mediante concurso de méritos y oposición es responsabilidad de los siguientes órganos:

- a) Unidad de Administración del Talento Humano - UATH;
- b) Tribunal de Méritos y Oposición; y,
- c) Tribunal de Apelaciones.¹⁵¹

Con lo que el candidato a ocupar el puesto, se somete al concurso, en el que la institución impone las preguntas, horarios y entrevista. En este orden de ideas, considerando que es la institución la responsable de llevar a cabo el concurso, la norma no debería afectar al postulante que ganó el mismo de buena fe. En relación a lo anterior, la Norma del Subsistema de Selección de Personal establece:

Art. 45.- De la remoción.- No obstante lo señalado en los artículos precedentes; en aplicación del artículo 11 de la LOSEP, el Ministerio del Trabajo solicitará por escrito a la autoridad nominadora, en forma motivada, la remoción inmediata de la o el servidor público a quien se hubiere otorgado un nombramiento en contravención a lo dispuesto en la presente norma, previo el sumario administrativo correspondiente, de ser el caso, respetando los derechos a la defensa y al debido proceso. Si la institución no ha tomado acción en relación al informe al que se refiere el inciso anterior, en el plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días, contados a partir de la solicitud de remoción, el Ministerio del Trabajo solicitará que lo haga el Contralor General del Estado

Además se debe considerar que la inobservancia del procedimiento del concurso debe cumplir con las siguientes características:

- Acción u omisión de los servidores públicos administradores de los concursos de méritos y oposición, miembros de los Tribunales de Méritos y Oposición o de Apelaciones, y los responsables de las UATH institucionales
- Que contravengan de manera grave las disposiciones de la norma, (omitan o incumplan el procedimiento del concurso de méritos y oposición),

¹⁵¹ Artículo 8 de la Norma Técnica del Subsistema de Selección de Personal.

- Omisión o incumplimiento no sea susceptible de convalidación alguna
- Se genere un gravamen irreparable o influya en la decisión del concurso.¹⁵²

Por lo que, no toda omisión o error pueden ser considerados para invalidar un concurso de méritos y oposición. Sin embargo se debería tener en cuenta que si un postulante gana un concurso en el que se omitió por parte de la institución alguna formalidad, la consecuencia es la remoción del cargo de este servidor al que se ya se le han generado derechos, además que al disponer un procedimiento de sumario administrativo en el que se permita el derecho a la defensa, se entiende a esta remoción como sanción. Debería considerarse que el nombramiento, así sea provisional, es un acto administrativo y que este ha generado derechos, por lo que se debería declarar su lesividad, a fin de poder dejarlo sin efecto.

Una opción que puede ser más justa es que se otorgue nombramiento provisional al servidor y se instaure un nuevo procedimiento de concurso de méritos y oposición a fin de que éste pueda volver a presentarse y de ser el caso ganar el cargo.

Para el caso de los servidores públicos que inobservaron el procedimiento establecido en la Norma del Subsistema de Selección de Personal se establece como sanción la suspensión cuando la falta sea grave.¹⁵³

1.9 Por acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización

El retiro voluntario es “el acto jurídico condicionado, que reconoce a favor del trabajador la indemnización estipulada por ley y se perfecciona cuando se hace efectiva extinguiendo de pleno derecho la relación laboral del empleado público.”¹⁵⁴

Esta figura de cesación de funciones permite a la institución pública prescindir de los servicios de un servidor que desea acogerse a estos planes de retiro voluntario. Aunque en apariencia, en el retiro voluntario, existe la voluntad del servidor, en realidad solo importa la decisión institucional. Ya que únicamente la institución puede instaurar este

¹⁵² Norma Técnica del Subsistema de Selección de Personal Artículo 42.

¹⁵³ Norma del Subsistema de Selección de Personal Art. 43.- De la falta disciplinaria grave.- De conformidad con el literal b) del artículo 42 de la LOSEP, las o los servidores públicos administradores de los concursos de méritos y oposición, miembros de los Tribunales de Méritos y Oposición o de Apelaciones, y los responsables de las UATH institucionales, que por su acción u omisión contravengan de manera grave la presente norma, esto es, que omitan o incumplan el procedimiento del concurso de méritos y oposición, y que esa omisión o incumplimiento no sea susceptible de convalidación alguna y cause gravamen irreparable o influya en la decisión, serán sancionados por la autoridad nominadora o su delegado con suspensión, previo el correspondiente sumario administrativo.

¹⁵⁴ Juan Alberto Palacios y Jesús Ramón Marengo, Flexibilidad Laboral y Retiro Voluntario, Ediciones Jurídicas Cuyo (Mendoza: 1997), 103.

tipo de planes y de admitir la solicitud del servidor que desea acogerse a los mencionados planes.

Juan Alberto Palacios y Jesús Ramón Marengo, consideran que el retiro voluntario “[...] constituye una nueva denominación del despido en el sector público [...]”,¹⁵⁵ ya que “[...] La causa generadora del retiro voluntario se encuentra dentro de la “reestructuración del Estado”, siendo su equivalente en el sector privado la de “reestructuración de Empresa” teniendo en ambos casos similares efectos “la indemnización en los términos del despido arbitrario [...]”¹⁵⁶

Así, la voluntad del servidor no es decisoria para esta figura, incluso en “[...] las leyes que implementan esta figura se desprende que no existe libertad de elección; por el contrario, es la empleadora (el Estado) quien se reserva el derecho de designar a quien involucra o no en el Plan de reestructuración Administrativa. [...]”¹⁵⁷

Esto evidencia la relación de poder e imperio que tiene el Estado sobre los servidores, ya que no basta con la voluntad del servidor sino que es el Estado el que decide si implementa esta figura, y además decide los servidores que podrán acogerse a la misma, una vez que ellos manifiesten su voluntad de formar parte del Plan de retiro voluntario.

Lo anterior se ve reflejado en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público:

Art. 108.- Cesación de funciones por acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización; y cesación por retiro por jubilación.- La UATH establecerá los planes de retiro voluntario y de jubilación, dentro de la planificación del talento humano, para el año en curso y el siguiente año del ejercicio fiscal, la que deberá contar con la correspondiente disponibilidad presupuestaria.

La o el servidor que desee acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización, o cesación por jubilación, deberá presentar por escrito su voluntad de acogerse a los mismos. (Lo subrayado me pertenece)

Con el artículo precitado queda evidenciado que la voluntad de la administración es trascendental, ya que, ésta es la que decide el establecimiento de los planes de retiro voluntario, además que debe verificar previamente que se cuenta con disponibilidad presupuestaria. Los servidores que deseen acogerse a los planes de retiro voluntario deberán manifestar su voluntad por escrito, ante lo cual el Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece:

¹⁵⁵ Juan Alberto Palacios y Jesús Ramón Marengo, Flexibilidad Laboral y Retiro Voluntario, 103.

¹⁵⁶ Juan Alberto Palacios y Jesús Ramón Marengo, Flexibilidad Laboral y Retiro Voluntario, 103.

¹⁵⁷ Juan Alberto Palacios y Jesús Ramón Marengo, Flexibilidad Laboral y Retiro Voluntario, 103-4.

Art. 288.- De la compensación por jubilación y retiro no obligatorio.- La o el servidor público que cumpla con los requisitos establecidos en las leyes de seguridad social para la jubilación, podrá presentar voluntariamente su solicitud de retiro de servicio público, solicitud que podrá ser aceptada por la institución de conformidad con el plan aprobado por aquella y se reconocerá al solicitante un estímulo y compensación económica, de conformidad a la Disposición General Primera de la LOSEP, en concordancia con los artículos 128 y 129 de la misma ley. Dicha solicitud será aceptada por la institución previa la verificación de la disponibilidad presupuestaria. [...] (Lo subrayado me pertenece)

Este artículo establece claramente que la solicitud podrá ser aceptada lo que implica que esto es facultativo para la administración, que de considerarlo puede también negar el requerimiento del servidor.

En Ecuador los procesos de modernización (privatización) con la Ley de modernización del Estado, vigente desde el 31 de diciembre de 1993, nace esta figura legal de retiro voluntario, ya que el Estado buscaba la modernización y privatización de ciertos servicios públicos, con esto se pretendió reducir el aparataje estatal mediante la creación de una compensación para servidores, trabajadores y funcionarios que se acojan a procesos de modernización y de conformidad con los planes de cada entidad para la separación voluntaria.

Las condiciones para acogerse a estos planes impuestas a los trabajadores y servidores fueron que hayan prestado sus servicios por más de dos años ininterrumpidos en la correspondiente entidad u organismo del sector público y no encontrarse ocupando un cargo de libre nombramiento y remoción.¹⁵⁸

La compensación¹⁵⁹ otorgada en ese momento resultaba atractiva a muchos servidores públicos, ya que el cálculo de la misma era equivalente al valor de la última remuneración mensual, multiplicado por dos y por el número de años de servicio en el sector público, hasta un máximo de 400 salarios mínimos vitales generales vigentes a la fecha de la separación sin límite, y se consideraban los años de servicio ya sea con contrato o nombramiento.

¹⁵⁸ Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada: “Art. 52.- COMPENSACIONES.- Créase la compensación para los servidores, trabajadores y funcionarios que no sean de libre remoción del sector público que, dentro de los procesos de modernización y de conformidad a los planes que se establezcan para cada entidad u organismo se separen voluntariamente de cualquiera de las instituciones de las funciones del Estado a la que pertenezcan, dentro del plazo de 18 meses contados a partir de la publicación del reglamento a la presente Ley.

Queda facultado el Presidente de la República para ampliar, por una sola vez, mediante Decreto Ejecutivo, el plazo antes referido.

Esta compensación beneficiará a los trabajadores y servidores que hayan prestado sus servicios por más de dos años ininterrumpidos en la correspondiente entidad u organismo del sector público. [...] (Lo subrayado me pertenece)

¹⁵⁹ Ver artículo 52 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada

Los servidores públicos que se acogieron a esta compensación quedaron impedidos de ejercer cargos públicos, y como ya se analizó en el Capítulo I, para levantar el impedimento mencionado deben devolver la compensación trasformada al tipo de cambio de la fecha en que se le pago agregado el valor de la inflación anual hasta la fecha de efectiva devolución. Considerando la fecha de expedición de la Ley y la crisis bancaria de 1999 los valores de las compensaciones, para su devolución, se volvieron sumamente altos.

1.10 Por acogerse al retiro por jubilación

La cesación de funciones por jubilación, responde a la naturaleza misma de la figura; en este sentido es importante analizar en primer lugar la etimología de la palabra jubilación “[...] proviene del latín iusbilatio-onis y significa acción y efecto de jubilar o jubilarse; eximir de servicio por razones de ancianidad o imposibilidad física a la persona que desempeña o ha desempeñado algún cargo civil, señalándole pensión vitalicia o recompensa por los servicios prestados [...]”.¹⁶⁰

La jubilación es un derecho adquirido para los trabajadores que cumplen con los presupuestos legales establecidos en las normas de Seguridad Social. La jubilación en esencia es una retribución que se otorga a un trabajador que ha aportado por años con su trabajo a la sociedad, y al sistema de seguridad social, mientras se encontraba en su etapa productiva.

Este derecho es irrenunciable para todo trabajador o servidor público, por lo que en ningún caso se podrá estipular su renuncia o reducción. Este derecho tiene el carácter de vitalicio y no puede ser revocado.¹⁶¹

En caso de que el servidor cumpla con los requisitos legales para acceder a la jubilación, es necesario que inicie el procedimiento administrativo debido, éste puede iniciar de oficio o a petición de parte y el cese en funciones se produce el momento en que se le notifica al servidor que se ha verificado el cumplimiento de requisitos legales y que la jubilación procede y se inicia a pagar la pensión correspondiente.

La normativa ecuatoriana establece tres clases de jubilación y sus requisitos

a) Jubilación ordinaria de vejez:¹⁶²

¹⁶⁰ Emilio Fernández, Diccionario de Derecho Público, Editorial Astrea, citado por Luis A. Gramcko G., *La jubilación*, Valencia: 2001, Internet, <<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/1-2000/1-2000-9.pdf>>, Fecha de acceso: 06/02/2018, 1

¹⁶¹ Cfr. Luis A. Gramcko G., *La jubilación*, 2

¹⁶² Ver artículo 185 de la Ley de Seguridad Social

- Tener 60 años de edad;
- Mínimo 360 imposiciones mensuales
- Si el afiliado cumple con 480 imposiciones mensuales no tendrá que cumplir el límite de edad

b) Jubilación por invalidez:¹⁶³

La incapacidad absoluta y permanente para todo trabajo, sobrevenida en la actividad o en período de inactividad compensada, cualquiera sea la causa que la haya originado:

- Tener 60 imposiciones mensuales
- Deben tener al menos 6 imposiciones previas inmediatas a la discapacidad.
- La incapacidad absoluta y permanente para todo trabajo, sobrevenida dentro de los dos (2) años siguientes al cese en la actividad o al vencimiento del período de inactividad compensada, cualquiera sea la causa que la haya originado:
- Tener 120 imposiciones mensuales mínimo
- No ser beneficiario de otra pensión jubilar, salvo la de invalidez que proviniera del régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio a causa de la misma contingencia.

c) Jubilación por edad avanzada:¹⁶⁴

- Tener 70 años de edad,
- Tener mínimo 120 imposiciones mensuales, aún cuando se encontrare en actividad a la fecha de aprobación de su solicitud de jubilación;
- O en caso de tener 180 imposiciones mensuales, y demuestre ante el IESS que ha permanecido cesante durante 120 días consecutivos, por lo menos, puede acceder a la jubilación al cumplir 65 años de edad.

La Ley Orgánica del Servicio Público¹⁶⁵ establece que los servidores públicos de carrera que cumplan 65 años de edad, habrán llegado al tope máximo de su carrera en el servicio público, por lo que no podrán acceder a ningún tipo de ascenso. Si a partir de esta edad los servidores cumplen con los requisitos señalados por la Ley de Seguridad Social podrán solicitar la compensación por retiro voluntario. Si el servidor cumple los

¹⁶³ Ver artículo 186 de la Ley de Seguridad Social

¹⁶⁴ Ver artículo 188 de la Ley de Seguridad Social

¹⁶⁵ Ver artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público

70 años de edad y cumple con los requisitos para jubilación deberá retirarse obligatoriamente del servicio público y gozarán con una compensación¹⁶⁶ por el retiro.

La jubilación como se explicó en líneas anteriores es un derecho a pago mensual y vitalicio que se otorga al trabajador que cumple con las condiciones establecidas en la normativa de seguridad social, sin embargo en el sector público se ha determinado un beneficio adicional, que es un compensación única¹⁶⁷ que comprende 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.

En el caso de los servidores que se encuentran bajo el régimen de Código de Trabajo si a la fecha de expedición de la actual Constitución (20 de octubre de 2008) tenían más de trece años de servicio se les reconocerá la jubilación patronal conforme al régimen privado.

1.11 Por compra de renunciaciones con indemnización (obligatoria)

La compra de renuncia obligatoria en sí misma es una contradicción, por que al hablar de compra se entiende que existen dos voluntades, la de vender y la de comprar, en este caso sería la voluntad del servidor y de la administración respectivamente, al establecer que sea obligatoria se pierde la voluntad de una de las partes, lo que convierte a esta figura en unilateral.

Además, conforme se precisó en líneas anteriores mediante un reglamento se pretende modificar el sentido de la ley, lo que a todas luces contraria lo establecido en el numeral 13 del artículo 147 de la Constitución de la República:

Art. 147.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley:

[...]

13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenir las ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración. (Lo subrayado me pertenece)

En este sentido la Corte Constitucional debió analizar y declarar inconstitucional lo dispuesto mediante Decreto, sin embargo, esta Corte en la sentencias No. 003-13-SIN-

¹⁶⁶ Disposición General Primera de la Ley Orgánica del Servicio Público: “El monto de la indemnización, por supresión de partidas del personal de las instituciones, entidades y organismos determinados en el artículo 3 de esta ley, será igual al indicado en el artículo 129 de esta ley. [...]”

¹⁶⁷ Ver artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público

CC, resuelve respecto de tres demandas de inconstitucionalidad¹⁶⁸ en contra del Decreto 813, la cuales fueron desechadas aduciendo que al ser un conflicto legal de antinomias corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa pronunciarse.

El establecimiento de esta figura de compra de renuncia obligatoria, en la que no se requiere la voluntad del servidor, y prácticamente no se requiere motivación alguna o un procedimiento contra el servidor que permita un ejercicio de derecho a la defensa es atentatorio al derecho al trabajo, la estabilidad y la seguridad jurídica, sin embargo, llama la atención la inacción de la Corte Constitucional. Además es importante considerar que para regular derechos se requiere norma de rango legal lo que en este caso también se obvió.

A esto se suma que la acción social no ha tenido la fuerza o repercusión necesaria para que esta norma sea declarada inconstitucional, modificada o derogada según corresponda. Han existido voces contrarias a esta figura incluso en el ámbito internacional, como lo señala Olga González en su artículo “La acción colectiva frente a la compra de renunciaciones obligatorias”,¹⁶⁹ en el que indica:

[...] Incluso, es necesario manifestar que existieron pronunciamientos de distintos órganos a nivel internacional, por ejemplo los líderes de la Internacional de Servidores Públicos (ISP), quienes señalaron que existen violaciones a los derechos de los trabajadores públicos en relación con las compras de renunciaciones forzosas. Tras una visita al país en búsqueda de reunirse con autoridades de las tres funciones del Estado Jocelio Drummond, coordinador de la ISP para América Latina, señaló que:

Desde el exterior no se puede imponer una sanción directa sobre el Gobierno en este momento, pero sí pueden haber denuncias (...) El Régimen puede reestructurar el Estado siempre y cuando respete los derechos, cosa que parece no está pasando.

Por su parte, Verónica Montúfar, principal de la ISP, afirmó que (...) *el proyecto político del gobierno nacional ha logrado el propósito de crear las condiciones para la muerte de todos los gremios de trabajadores públicos, los cuales atraviesan por una crisis terminal, que desembocará en una disolución de facto, dando paso de esta manera a una sociedad dócil y política estéril de trabajadores públicos al servicio de los designios de los gobiernos de turno.*

Desde el punto de vista de Eduardo Rodríguez, delegado de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la renuncia obligatoria es una 'aberración jurídica'.

Por su parte, Carola Fischbach-Pyttel, Secretaria General de la Federación Sindical Europea de Servicios Públicos (FSESP) envió una carta al Presidente de la República solicitando lo siguiente:

(...) desistir de la ejecución del Decreto Ejecutivo 813, el mismo que está seriamente cuestionado por inconstitucional, restablecer en sus puestos de trabajo a todo el personal despedido por la implementación de este Decreto, y avanzar en la instauración de una instancia y proceso de diálogo social con los trabajadores del Sector Público, con

¹⁶⁸ Corte Constitucional de Justicia, Sentencia No. 003-13-SIN-CC, Caso No. 0042-11-IN y casos acumulados No. 004311-IN y No. 0045-11-IN

¹⁶⁹ Olga González Ospina, “La acción colectiva frente a la compra de renunciaciones obligatorias”, en Aportes Andinos No. 32, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Programa Andino de Derechos Humanos, 2013). <<http://hdl.handle.net/10644/4409>> Internet, Fecha de acceso: 25/08/2017, 74-84

*acompañamiento internacional, que logre dar salidas concertadas a la reforma del Estado, respetando el trabajo, como derechos fundamental en el mundo del trabajo, fortalezca los Servicios. [...]*¹⁷⁰

La Corte Constitucional dentro de la sentencia No. 022-17-SEP-CC¹⁷¹ dictada el 25 de enero de 2017, dentro del caso No. 0862-12-EP, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto de esta figura, en atención al principio *iura novit curia*, sin embargo en el caso particular la Corte Constitucional en la *ratio decidendi*, reitera lo establecido en la sentencias antes revisada y señala:

[...]Al respecto hay que manifestar que la denominada "compra de renuncia obligatoria con indemnización" es una figura legal establecida en el artículo 47 literal k de la Ley Orgánica del Servicio Público y regulada en el artículo innumerado del Reglamento General a Ley Orgánica del Servicio Público, introducido por el Decreto Ejecutivo N.º 813, publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 489 del 12 de julio del 2011, la cual se produce cuando la administración pública está llevando a cabo procesos de reestructuración, optimización o racionalización.

En este sentido, es potestad de la administración pública establecer los planes y programas de mejoras para la optimización y racionalización del servicio público, entre ellas, el recurrir a esta potestad legal que tiene la administración pública como es la "compra de renuncia obligatoria con indemnización".

[...] Por lo tanto, la presunta aplicación indebida de la figura de cesación de funciones por compra de renunciaciones con indemnización contenida en el Decreto Ejecutivo N.º 813, así como la incorrecta interpretación e inobservancia de normas legales o reglamentarias por medio de las cuales, a criterio de los accionantes, se habrían vulnerado derechos constitucionales, obedece a un criterio de legalidad, mas no de constitucionalidad, con lo cual se desnaturaliza la esencia de las garantías jurisdiccionales por medio de las cuales se tiende a la protección de derechos constitucionalmente reconocidos.

[...] Por lo tanto, los conflictos que se producen de la interpretación de normas infraconstitucionales y de las posibles antinomias que se presentan entre estos tipos de normas, son asuntos de mera legalidad y de análisis infraconstitucional y no constituyen asuntos de relevancia constitucional que deban ser tratados en la jurisdicción constitucional en el conocimiento y sustanciación de garantías jurisdiccionales.

La vulneración del derecho a la estabilidad que tienen los servidores públicos de carrera es evidente con esta figura, y con ello se ha flexibilizado la relación laboral para este tipo de servidores que inicialmente solo debería ser separados de su cargo mediante un sumario administrativo con observancia al debido proceso. Es preocupante que no exista un mecanismo para frenar este tipo de “despidos” intempestivos a los servidores públicos de carrera, ya que en ningún caso media la voluntad del servidor, y aunque se realice el pago de la indemnización que corresponde esto no implica que no exista un daño moral y psicológico a quien se le compra la renuncia de manera obligatoria, lo que

¹⁷⁰ Olga González Ospina, “La acción colectiva frente a la compra de renunciaciones obligatorias”, 78-80

¹⁷¹Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 022-17-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0862-12-EP, Internet <http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2017/022-17-SEP-CC/REL_SENTENCIA_022-17-SEP-CC.pdf> Fecha de acceso: 10/06/2017

a su vez conlleva un impedimento para ejercer cualquier cargo, puesto o función en el sector público.

Esta figura es propia del Ecuador ya que en doctrina o legislación comparada no tiene un símil. Como antecedente a la emisión de este Decreto es importante considerar que el Presidente de la República de la época, vetó la Ley Orgánica del Servicio Público y mediante la transitoria décima del mismo intentó incorporar la figura de la compra de renuncia obligatoria con texto similar al del Decreto 813. Texto que fue rechazado por la Asamblea por 95 votos de 119 legisladores presentes en la sesión del Pleno del 29 de septiembre de 2010.¹⁷²

La presión ejercida por el Ejecutivo para incorporar este texto en la Ley fue tal, que incluso éste consideró la aplicación de la muerte cruzada, pese a lo anterior, en el texto de la Ley, publicada el 6 de octubre de 2010, no se contempló la mencionada figura.

Considerando que por la emisión de la Ley Orgánica del Servicio Público se generaron conflictos a nivel nacional lo que derivó en la revuelta del 30 de septiembre, el tema de la compra de renuncia obligatoria, quedó aparentemente de lado. Sin embargo, dos meses más tarde el Presidente busco un mecanismo para incorporar la figura propuesta por él y lo realizó en base al literal k) del artículo 47 de la mencionada Ley contempla la compra de renunciaciones con indemnización aunque la Ley nunca refiere a que esta sea obligatoria.¹⁷³

Considero que la figura es inconstitucional y vulnera derechos, ya que, la misma busca flexibilizar las funciones de los servidores públicos de carrera lo que violenta el derecho de estabilidad, además que la voluntad del servidor no es considerada en ninguna de las etapas del procedimiento de cesación de funciones, por lo que no existe un debido proceso o defensa del servidor, quien simplemente es notificado con la decisión de aplicarle la compra de renuncia obligatoria.

Esta figura se justificó aduciendo que se buscaba la depuración de la función pública, por lo que a quienes se consideraba que impedían de una u otra forma el correcto desenvolvimiento de la función pública se les compraba la renuncia.

El Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público establece que esta figura podrá ser aplicada con el debido presupuesto y en virtud de procesos de

¹⁷² Diario el Comercio, Noticia “Las renunciaciones forzosas se aplicarán”, Internet: <<http://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/renuncias-forzosas-se-aplicaran.html>>, Fecha de acceso: 08/02/2018.

¹⁷³ Diario el Comercio, Noticia “Las renunciaciones forzosas se aplicarán”, Internet: <<http://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/renuncias-forzosas-se-aplicaran.html>>, Fecha de acceso: 08/02/2018.

reestructuración, optimización o racionalización de las instituciones estatales. La indemnización por este concepto deberá ser pagada en efectivo y será el equivalente a cinco salarios básicos unificados del trabajador privado en total.

Esta forma de cesación de funciones no debería aplicarse ya que genera inestabilidad, además que es una manera de evitar la aplicación del procedimiento de sumario administrativo, que debería ser el único mecanismo para determinar una sanción a un servidor público de carrera y dado el caso la correspondiente destitución.

Con los antecedentes señalados, se concluye que la figura además de vulnerar derechos, la manera en la que se creó fue en base a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, la que se encuentra establecida en la Constitución de la República del Ecuador, que establece:

Art. 147.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley:

[...]

13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.

[...] (Lo subrayado me pertenece)

Por lo que la emisión de esta figura contradice a la Constitución de la República, ya que mediante Reglamento se pretende alterar la Ley, lo que convierte a esa disposición en inconstitucional e ilegal.

Con este capítulo se cierra todo el ciclo de lo que implica la función pública y se puede evidenciar que la forma en que cesan las funciones de los servidores repercute en los futuros reingresos a la función pública. Con este capítulo se realiza una revisión de las características de cada figura contrastando con normativa comparada y además se critican, en los casos que amerita, la figura de salida.

Conclusiones

- En el derecho burocrático se conjugan los derechos laborales de los servidores públicos, la importancia de la prestación de servicios públicos y atención ciudadana y además los intereses políticos, lo que hace que la función pública sea sumamente compleja.
- El ingreso a la función pública de carrera deberá ser obligatoriamente por concurso de méritos oposición. El hecho de que existan servidores que se hayan mantenido por años en el sector público bajo otras modalidades de ingreso no implica que hayan ganado derecho de estabilidad o nombramiento permanente o un puesto de carrera. En este sentido han existido varias sentencias de la Corte Constitucional en la que se ratifican la obligatoriedad de los mencionados concursos, en las que también conmina a las instituciones públicas que cumplan con el establecimiento de concursos y que respeten los límites de las normas para los contratos de servicios ocasionales.
- Aunque existe un gran avance respecto a la transparencia de los concursos de méritos y oposición, existen aún ciertas etapas que permiten discrecionalidad, y estas etapas no son impugnables pese a que las mismas al otorgar puntaje son decisivas en el resultado final y la declaratoria de ganador de concurso, esto contraría lo determinado por el Art. 173 de la Constitución de la República.
- Las acciones afirmativas son un gran paso para generar igualdad en grupos que normalmente fueron vulnerados, sin embargo, estas medidas deben aplicarse de manera que impidan el abuso por parte de personas que no se encuentran en la condición de vulnerabilidad, como es el caso de la auto identificación étnica revisada en el capítulo I.
- Una vez declarado un ganador de concurso de méritos y oposición se ha generado un derecho al postulante declarado ganador, este derecho es el de posesionarse en su cargo. La posesión en el cargo otorga nombramiento a prueba que superado se convierte en nombramiento definitivo, lo que genera derecho a estabilidad. En caso de que existiera alguna irregularidad en el proceso de selección o la administración considere que las mismas son insubsanables, al haberse generado derechos al servidor se deberá instaurar una acción por lesividad y la administración no podrá revocar el nombramiento o generar cualquier acto administrativo que vulnere el derecho de

estabilidad del servidor conforme lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia No. 030-18-SEP-CC de 24 de enero de 2018.

- El nombramiento provisional es un acto precario, por lo que puede ser revocado en cualquier momento siempre que la revocatoria sea fundada. Es decir, que la misma del nombramiento provisional debe ser motivada a fin de evitar arbitrariedades de la administración.
- La precarización en el sector público es un mal que afecta no solo al servidor público sino a la gestión de la administración, ya que tenemos servidores nuevos y sin experiencia en procesos que por su naturaleza son permanentes de la institución. La capacitación de estos servidores no es atractiva para las instituciones ya que son servidores que no durarán en sus puestos. Esta precarización ha tomado fuerza con los contratos de servicios ocasionales que no generan estabilidad alguna pero sobre todo porque no existe el debido control sobre esta figura, que bien utilizada facilita la gestión de la administración. Además se ha precarizado la carrera administrativa con la instauración y aplicación de la compra de renuncia obligatoria.
- Los impedimentos e inhabilidades para ocupar un puesto, cargo o función en el sector público, son necesarios ya que en base a estos requisitos negativos se busca que quienes ingresen al sector público sean personas probas. El problema surge al momento en que el registro de impedimentos no es actualizado o no es fiable, ya que para limitar un derecho, en este caso el acceso a la función pública, se debe tener absoluta certeza de la información con el fin de no vulnerar derechos.
- La devolución del monto percibido por indemnización para habilitación por el impedimento de compensación por retiro voluntario o venta de renuncia (por procesos de modernización) se vuelve excesivo debido a que la norma establece la devolución transformando el monto recibido en sucres al tipo de cambio en dólares y una vez que tenemos el valor en dólares se le suma la inflación por cada año hasta la fecha de efectiva devolución, lo que se vuelve confiscatorio.
- El impedimento de cese de funciones por evaluación vulnera el derecho de igualdad ya que como se mencionó en el Capítulo III es un impedimento que se impone únicamente a servidores de la función judicial e impide el ingreso a estos servidores a todo el sector público.
- El derecho burocrático ha sufrido la huida del derecho administrativo y en muchas ocasiones ha tomado figuras del derecho laboral privado, por lo que hay que

considerar que el mismo debe encontrar un punto medio, no puede ser excesivamente garantista con el servidor público, porque afecta el interés general porque se ve comprometida la calidad de prestación de servicios públicos, ya que si el servidor siente que sus deberes son menores y sus derechos y privilegios son mayores y su estabilidad es intocable, entonces se vuelve burocracia enquistada e ineficiente. Tampoco se puede ir al extremo liberalista en el que los servidores no tienen ningún derecho o garantía como era el sistema del *spoil system* en el que se nombran y remueven libremente a los servidores por decisión política.¹⁷⁴

- El sistema de burocracia profesional permite que existan un equilibrio entre el sistema de méritos y el sistema político, ya que busca que los cargos de carrera sean ocupados por personas capacitadas para el cargo, y existen cargos de libre nombramiento y remoción que son ocupados por decisión política.
- En el sector público el derecho burocrático no debe ser asimilado al derecho laboral, por lo que existen ciertos derechos que deben ser limitados en el sector público, tal es el caso de las utilidades.
- El efecto péndulo del derecho burocrático o empleo público entre el derecho administrativo y el derecho laboral ha generado en muchas legislaciones un proceso creciente de laboralización del servicio público, lo que a su vez hace que la doctrina en Derecho Administrativo al respecto se retraiga y así ha tomado fuerza el Derecho Laboral dejando muchas veces de lado los principios de Derecho Público.¹⁷⁵
- La precarización en el empleo público es nociva para la administración, sobre todo en el caso de los servidores de carrera a quienes mediante compra de renuncia obligatoria les quitan el derecho a la estabilidad sin que medie su voluntad. Es importante recordar que la precarización no solo afecta a los servidores públicos sino que se afecta el derecho de los administrados a contar con una Administración Pública manejada por servidores mejor preparados.
- La excesiva laboralización del Derecho Burocrático y la huida del derecho administrativo ha generado que en muchos casos los jueces fallen a favor de los servidores utilizando figuras de Derecho Laboral, como los casos analizados en el Capítulo II respecto del otorgamiento de estabilidad a los servidores que han prestado

¹⁷⁴ Cfr. Ramón Parada, “Empleo público y globalización de la economía”, 60-1.

¹⁷⁵ Cfr. José Roberto Sappa, “Capacitación y Evaluación del Mérito o Desempeño – Profesionalización- como garantías del derecho a la carrera en materia de empleo público”, en Revista de Derecho Público 2012-1: Empleo Público I, (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012) 172

sus servicios por contrato de servicios ocasionales, obviando que se trata de una relación sujeta al Derecho Público y por ende que debe cumplir con lo determinado en la ley y es la obligatoriedad del concurso de méritos y oposición. En necesario que la relación existente entre el Estado y sus servidores sea delimitada a fin de que no exista la huida del derecho administrativo.

- La terminación de las relaciones laborales en el sector público no tienen los mismos efectos que en el sector privado, ya que en el sector público dependiendo del régimen en el que se encuentre el servidor se da o no derecho a indemnización. Además si un servidor de carrera recibe indemnización por la cesación de funciones queda impedido de reingresar al sector público a menos que realice la devolución del valor de indemnización recibida.
- La renuncia voluntaria, conforme la normativa nacional, no debe ser aceptada por la institución pública para hacerse efectiva¹⁷⁶, solo es necesario presentarla con quince días de anticipación y aunque la institución no se pronuncie se entiende aceptada, aunque esto no exime al servidor de su obligación de asistir al trabajo. Además que es importante considerar que nadie puede ser obligado a realizar trabajo forzoso por lo que la figura de no aceptación de renuncia no puede ser instaurada porque sería inconstitucional.
- La figura de la pérdida de ciudadanía no existe en nuestra legislación por lo que no es aplicable.
- La remoción no constituye sanción, sin embargo existe en la normativa y en jurisprudencia confusión de la naturaleza jurídica de la remoción, ya que se la establece como consecuencia a un acto contrario a la norma, por ejemplo se establece la remoción para servidores impedidos de serlo o en los casos de que se detecten irregularidades en los concursos de méritos y oposición, y en este sentido en ciertas sentencias se habla indistintamente de sanción o remoción.
- La dispersión normativa genera inseguridad jurídica, en razón de que, los servidores no saben a qué atenerse ya que la normativa varía dependiendo de qué función del Estado sea el ingreso o si se trata de empresas públicas.

¹⁷⁶ Excepto en el caso de los servidores públicos que se hayan beneficiado de una licencia con remuneración para estudios de posgrado.

Recomendaciones:

- A fin de que se garanticen efectivamente los derechos en los concursos de méritos y oposición, se debería instaurar en la normativa del Estado tanto a nivel legal como reglamentario la Teoría de los Actos Separables, a fin de que se permita la impugnación de los distintos actos unilaterales que han intervenido en la formación de la voluntad de la administración, que condicionan la misma, para que aquellos puedan ser aislados y atacados de manera individual.¹⁷⁷
- Se deben buscar mecanismos para evitar la precarización en el sector público, esto se puede lograr mediante la instauración de procesos de control a la aplicación de los contratos de servicios ocasionales, a fin de determinar que las actividades ejercidas por los servidores sean realmente ocasionales y no permanentes de la institución. En el mismo sentido es importante que se derogue la figura de compra de renuncia obligatoria con indemnización por ser violatoria de derechos y por precarizar la función de los servidores de carrera que por su naturaleza deben tener estabilidad.
- Los impedimentos generados por indemnización entregada por cese de funciones en las que intervenga la voluntad del servidor deben ser tratadas de manera distinta a las que no media la voluntad del mismo, al momento de la devolución; ya que si existe voluntad del servidor, éste debería devolver el monto ya que se benefició de un valor por su decisión, en cambio a quienes les cesan en funciones de manera unilateral y les indemnizan no debería exigírseles la devolución del monto, ya que en ese caso si se generó un daño que debe ser reparado.
- El derecho burocrático debe ser regulado, de manera específica, y estudiado doctrinariamente a profundidad a fin de que el mismo no sufra la huida del derecho administrativo ni llegue a la laboralización excesiva.
- La regulación normativa debe darse de manera uniforme y general a fin de garantizar la seguridad jurídica de los servidores públicos, eliminar la dispersión normativa del sector público es esencial a fin de evitar antinomias y que se vulnere el derecho de igualdad.

¹⁷⁷ Giuseppe Rosito Arbia, “La teoría de los actos separables en el derecho administrativo venezolano”, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas No. 93, (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1994) 137.

Bibliografía

- Aberastury, Pedro. “La estabilidad del agente público”, en Revista de Derecho Público 2012-1: Empleo Público I, 197-224, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Edit., 2012.
- Ahumada, Jorge. “Empleo público y precarización laboral”, Asociación Argentina de Estudios de Administración Pública <https://aaeap.org.ar/wp-content/uploads/2013/03/ahumada_jorge.pdf> Fecha de acceso: 2015-12-15, 7
- Alfonso Buteler, “Los medio de selección de empleados públicos”, en Revista de Derecho Público 2012-1: Empleo público I, (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012) 146-7
- Apaza Niño, Daniel. “El Contrato Administrativo de Prestación de Servicios (CAPS) visto desde los escenarios jurisprudenciales de la Corte Constitucional Una interpretación Ficta de la Administración Pública 94 CRITERIOS - Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional Vol. 7. N.º 1 p. 81-143. Enero - junio de 2014, 104
- Avalos, Eduardo “La tutela sindical en el empleo público” en Revista de Derecho Público 2012-2: Empleo Público II, 239-64, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Edit., 2012.
- Bastons, Jorge Luis. “El empleo público en su laberinto”, en Revista de Derecho Público 2008-1: Derecho Tributario I, 511-33 Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Edit., 2008.
- Bautista Justo, Juan. “El doble conforme en el procedimiento disciplinario”, en Revista de Derecho Público 2012-1: Empleo Público I. 253-86. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012.
- Buteler, Alfonso. “Los medios de selección de empleados públicos”, en Revista de Derecho Público 2012-1: Empleo Público I, 143-70, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Edit., 2012.
- Cabral, Pablo Octavio. “La Protección constitucional del trabajador estatal en la Provincia de Buenos Aires” en Revista de Derecho Público 2012-1: Empleo Público I. 501-48. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012.

- Canda, Fabián. “Medidas cautelares en los sumarios administrativos” en Revista de Derecho Público 2012-2: Empleo Público II, 315-42. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Edit., 2012.
- Castillo Vigouroux, Eduardo. “Regulación Jurídica del Término del Empleo a Contrata en la Administración Pública”, en Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política - Vol. 2, N. 2, Universidad Católica de Temuco, (Temuco: 2011), <http://repositoriodigital.uct.cl/bitstream/handle/10925/932/RCHDCP_CASTILLO_REGULACION_2011.pdf?sequence=3>, Fecha de acceso: 15/11/2017.
- Castro, José Francisco. “Término de la relación laboral en el sector público”, Escuela Sindical Universidad De Chile, <<http://www.escuelasindical.org/blog/wp-content/uploads/T%C3%A9rmino-de-la-relaci%C3%B3n-laboral-en-el-sector-p%C3%BAblico.pdf>>, Fecha de acceso: 01/11/2017.
- Chile, Ley 18.834
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-124 de 1996 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-124 de 1996.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-348/04, Abril 20, magistrado ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño, citada por Héctor Quiñones, Pablo Talero; Diego Pineda y Ruth Manrique. Inhabilidades e incompatibilidades, 6.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencias C-380-97, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-1212-01, M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Dalmacio Andrada, Alejandro. “El Empleo Público en la Provincia de Santa Fe”, en Revista de Derecho Público 2012-1: Empleo Público I. 287-328. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012.
- Diario el Comercio, Noticia “Las renunciaciones forzosas se aplicarán”, Internet: <<http://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/renunciaciones-forzosas-se-aplicaran.html>>, Fecha de acceso: 08-02-2018.
- Dueñas Quevedo, Clara. “La flexibilización de las relaciones laborales del Estado con sus servidores” en Jaime Vidal Perdomo, Viviana Díaz Perilla y Gloria Amparo Rodríguez, Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo: 535-61. Bogotá: 2005.
- Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 004-14-SCN- CC de 06 de agosto 2014 en el caso No. 0072-14-CN citada en la Sentencia No. 309-16-SEP-

<<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>> Fecha de acceso: 2018-05-02.

- . Sentencia, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, Proceso No. 17811-2016-01396, Internet, <<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>>, Fecha de acceso: 2018-02-03
- . *Codificación a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público*. Registro Oficial No. 16 de 12 de mayo de 2005
- . *Código Civil*. Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.
- . *Código General de Procesos*. Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.
- . *Código Orgánico Administrativo*. Suplemento del Registro Oficial No. 31, 07 de julio de 2017
- . *Código Orgánico de la Función Judicial*. Suplemento del Registro Oficial No. 544, 09 de marzo de 2009.
- . *Código Orgánico Integral Penal*. Suplemento del Registro Oficial No.180, 10 de febrero de 2014.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Constitución Política del Ecuador de 1979*. Registro Oficial No. 800, 27 de marzo 1979.
- . *Constitución Política del Ecuador*. Registro Oficial No. 1, 11 de agosto de 1998.
- . Corte Constitucional, Sentencia No. 018-18-SIN-CC.
- . *Decreto Ejecutivo 190*, Suplemento del Registro Oficial No. 109, 27 de Octubre del 2017.
- . *Decreto Ejecutivo 3*, Suplemento del Registro Oficial No. 8 de 25 de enero 2007.
- . *Decreto Ejecutivo 65*, Registro Oficial No. 14, de 28 de Agosto de 1992.
- . *Decreto Ejecutivo 813*, Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de Julio del 2011.
- . *Enmiendas constitucionales*, Suplemento del Registro Oficial No. 653 de 21 de Diciembre del 2015.

- . *Escala de Remuneraciones Autoridades de Nivel Jerárquico Superior*, Acuerdo Ministerial No. 152 emitido por el Ministerio de Trabajo, Registro Oficial No. 102, 18 de octubre de 2017.
- . *Ley de Modernización del Estado Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada*. Registro Oficial No. 34931 de diciembre de 1993.
- . *Ley de Seguridad Social*. Suplemento del Registro Oficial No. 465, 30 de noviembre de 2001.
- . *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. Suplemento del Registro Oficial No. 48, 16 de octubre de 2009
- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Suplemento del Registro Oficial No. 52, 22 de octubre de 2009.
- . *Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público*. Registro Oficial No. 184 de 06 de octubre de 2003
- . *Ley Orgánica del Servicio Público*. Registro Oficial No. 294 de 06 de octubre de 2010
- . *Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público*. Suplemento del Registro Oficial No. 78 de 13 de septiembre de 2017
- . *Ley Orgánica Reformatoria a las Leyes que regulan al Sector Público*. Suplemento del Registro Oficial No. 1008 de 19 de mayo de 2017
- . *Ley para la Reforma de la Finanzas Públicas*. Suplemento del Registro Oficial No. 181, de 30 de abril de 1999.
- . *Mandato Constituyente 8 (Eliminación y Prohibición de Tercerización)*. Suplemento del Registro Oficial Nro. 330, 06 de mayo de 2008.
- . *Norma técnica para el pago de viáticos, subsistencias, movilizaciones y alimentación, dentro del país para las y los servidores y las y los obreros en las instituciones del Estado*, Acuerdo Ministerial No. 82, Primer Suplemento Registro Oficial No. 724 de 1 de Abril del 2016.
- . *Reforma a la Escala de remuneraciones mensuales unificadas*, Acuerdo Ministerial No. 154 emitido por el Ministerio de Trabajo, publicado en Registro Oficial 102 de 18 de Octubre del 2017.
- . *Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público*. Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 01 de abril de 2011.

- Fernández, Emilio. Diccionario de Derecho Público, Editorial Astrea, citado por Luis A. Gramcko G., La jubilación, Valencia: 2001, Internet, <<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/1-2000/1-2000-9.pdf>>, Fecha de acceso: 2018-02-06.
- García Ramírez, Sergio. Derecho de los servidores públicos, 1ra. Ed., México D.F.: Instituto Nacional de la Administración Pública, 2002.
- González Moras, Juan. “Fuentes internacionales en materia de empleo público en Revista de Derecho Público 2012-1: Empleo Público I, 65-106, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Edit., 2012.
- González Ospina, Olga. “La acción colectiva frente a la compra de renunciaciones obligatorias”, en *Aportes Andinos No. 32*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Programa Andino de Derechos Humanos, 2013. <<http://hdl.handle.net/10644/4409>> Internet, Fecha de acceso 2017-08-25.
- Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Tomo III El acto administrativo. Capítulo 6, 10ª edición. Fundación de Derecho Administrativo: Buenos Aires, 2011.
- Gramcko, Luis A. “La jubilación”. Valencia: 2001. Internet. <<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/1-2000/1-2000-9.pdf>>, Fecha de acceso: 2018-02-06.
- Guerrero, Omar. La Ley del Servicio Profesional de Carrera en la administración pública federal Análisis y comentarios, 1ra. ed. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, capítulo III: 53-87. Fecha de acceso: 2016-01-10.
- Ivanega, Miriam Maribel. “Las políticas públicas y el empleo público frente a la directriz constitucional”, en Revista de Derecho Público 2012-1: Empleo Público I, 11-40, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012.
- Jiménez Murillo, Roberto. “La designación y remoción de funcionarios en cargos de confianza de la Administración Pública” en Revista Gestión Pública y Desarrollo Lima: 2012. Internet. <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/6360740CF1ACA_F0C05257E2F006B4788/\\$FILE/revges_1437.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/6360740CF1ACA_F0C05257E2F006B4788/$FILE/revges_1437.pdf)>. Fecha de acceso: 2017-12-04.

- Kusinski, Dario y Federico G. Thea “El empleo Público en su contexto” en Revista de Derecho Público 2012-2: Empleo Público II, 139-66, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012.
- Martínez Cárdenas, Edgar y Juan Manuel Ramírez Mora. Régimen del Servidor Público, programa administración pública territorial, Escuela superior de administración pública. Bogotá: 2008.
- Medina Pérez, Yamile y Santiago Nieto. “Reglas y Principios en el Sistema Jurídico de la Responsabilidad de los Servidores Públicos del Distrito Federal” En Nieto, Santiago y Medina Pérez Yamile. Control externo y responsabilidad de los servidores públicos del Distrito Federal. 1ra. Ed. 1-106. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas, 2005.
- México. Cámara de Diputados Lic. Alma Arámbula Reyes Investigadora Parlamentaria Lic. Gabriel Mario Santos Villarreal Investigador Efrén Corona Aguilar Candida Bustos Cervantes Auxiliar de Investigación Agosto, 2008 Acciones Afirmativas. Internet. <<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-12-08.pdf>>. Fecha de acceso 2017-05-12
- Mizawak, Claudia, Gisela Schumacher y Andrea Afranchino. “Empleo Público “régimen sancionador”. Control judicial. Jurisprudencia de la Provincia Entre Ríos”, en Revista de Derecho Público 2012-1: Empleo Público I. 359-84. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012.
- Mosquera, Ma. Auxiliadora. Trabajo De Investigación Individual Mesturado En Seguridad Y Desarrollo El Sindicalismo Público En El Desarrollo Económico Del País. Instituto De Altos Estudios Nacionales: 1999 77 – 118. Internet. <<http://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/24000/534/1/MOSQUERA%20MARIA%20AUXILIADORA.pdf>> Fecha de acceso: 2017-07-01.
- Palacios, Juan Alberto y Jesús Ramón Marengo. Flexibilidad Laboral y Retiro Voluntario. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza: 1997.
- Parada, Ramón. “Empleo público y globalización de la economía”, Instituto Nacional de Administración Pública, <<https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5405&path%5B%5D=5459>> 25-6, Fecha de acceso: 2017-08-15.
- . *Derecho del Empleo Público*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales: Madrid, 2007.

- Pérez Benech, Viviana. “Motivación Del Acto Administrativo: Análisis De Criterios Jurisprudenciales y Admisibilidad de su Omisión Alegando la Reserva de las Actuaciones” en la Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo: 2012). Internet. <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Perez-Benech-Motivacion-del-acto-administrativo-Analisis-de-criterios-jurisprudenciales-y-admisibilidad-de-su-omision-alegando-la-reserva-de-las-actuaciones.pdf>>. Fecha de acceso: 2018-03-01.
- Pérez López, Miguel. “El Régimen Constitucional de las Remuneraciones”, en Revista Mexicana de Derecho Constitucional Núm. 22, enero-junio 2010, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (México: 2010), <<http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n22/n22a15.pdf>>, Fecha de acceso: 2018-07-15.
- Porras, Angélica. “Las reformas laborales en el Ecuador” en ¿Estado constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Programa Andino de Derechos Humanos Ediciones Abya-Yala, Quito: 2009. 321-2. Internet. <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/941/1/DDHH-Inf-16-Porras-Las%20reformas%20laborales%20en%20el%20Ecuador.pdf>> Fecha de acceso: 2017-09-25.
- Quiñones Monroy, Héctor Julio; Pablo Talero; Diego Pineda y Ruth Manrique. “Inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos”, 2 a versión actualizada (2011). Departamento administrativo de la Función pública de Colombia. Guía No. 10, 2a versión actualizada (2011). Departamento administrativo de la Función pública de Colombia. 5 <<https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/506911/1020.pdf/e43b09f4-ef4d-46c8-8df1-a34494379a7c>> Fecha de acceso: 2015-12-21.
- Reyna, Juan I. “La interdicción civil en nuestro derecho”, Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, ISSN 0251-3420, ISSN-e 2305-2546, N°. 2, 1945 <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084682.pdf>> Fecha de acceso: 2015-12-15.
- Rinne, Jeffrey y Sánchez - Páramo Carolina. “Mercado laboral y servicio civil de Ecuador”, en Vicente Fretes Cibilis, y otros, Ecuador Una Agenda Económica y Social del Nuevo Milenio, 377-94, Bogotá: Banco Mundial / Editorial Alfaomega, 2003.

- Rojas Montes, Verónica. “El caos de la multiplicidad de los sistemas de responsabilidad disciplinaria”. En *Aportes para un estado eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*: 283-97, Lima: Palestra Editores, 2012.
- Rosatti, Horacio. “La idoneidad de acceso y de ejercicio de los representantes en los cargos públicos electivos” en *Revista de Derecho Público 2012-2: Empleo Público II*, 11-20, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012.
- Rosito Arbia, Guisepe “La teoría de los actos separables en el derecho administrativo venezolano”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas No. 93*, (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1994) 137.
- Sáenz, Juan Ignacio. “Concursos para el acceso a los cargos públicos: control judicial y principios fundamentales” en *Revista de Derecho Público 2012-2: Empleo Público II*, 21-68, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012.
- Sánchez Morón, Miguel. “Consideraciones sobre la función pública de carrera y otros modelos de empleo público”. En *Aportes para un estado eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*: 299-313, Lima: Palestra Edit., 2012.
- Sánchez, Alberto.” Independencia de la burocracia frente al poder público” en *Revista de Derecho Público 2012-1: Empleo Público I*, 41-64, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012.
- Sappa, José Roberto. “Capacitación y Evaluación del Mérito o Desempeño – Profesionalización- como garantías del derecho a la carrera en materia de empleo público”, en *Revista de Derecho Público 2012-1: Empleo Público I*. 171-96. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012.
- Verdugo Silva, Julio Teodoro. “La Revocatoria del Mandato en el Ecuador, Países de la Comunidad Andina y del Continente Americano” *Área de Derecho Programa de Maestría en Derecho Mención Derecho Constitucional*, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador. Quito: 2007.
- Zingaretti, Gisela. “La idoneidad en la función pública con especial referencia al empleo público” en *Revista de Derecho Público 2012-2: Empleo Público II*, 167-208, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012.