

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR  
SEDE ECUADOR**

**AREA DE DERECHO**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO  
MENCIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**“EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL VIGENTE DE LOS SERVIDORES DEL  
SECTOR PÚBLICO”**

**ALUMNO: DR. JOAQUÍN VITERI LLANGA**

**2006**

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al Centro de Información o a la Biblioteca de la Universidad para haga de este Tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la Universidad

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación

**El Autor**

**DR. JOAQUIN VITERI LLANGA  
C.C. 06-00003941**

**30 de abril del 2006**

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR  
SEDE ECUADOR**

**AREA DE DERECHO**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO  
MENCIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**“EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL VIGENTE DE LOS SERVIDORES DEL  
SECTOR PÚBLICO”**

**ALUMNO: DR. JOAQUÍN VITERI LLANGA**

**TUTOR: DR. GENARO EGUIGUREN V**

**2006  
QUITO-ECUADOR**

## **RESUMEN DE LOS PROPÓSITOS Y CONTENIDOS DE LA TESIS**

La vigente Constitución Política de la República del Ecuador, en su artículo 35 numeral 9º, determina de manera expresa el régimen legal, al que deben estar sujetos los servidores, autoridades, empleados, trabajadores y obreros que prestan sus servicios en el sector público, determinando que en el caso de las personas jurídicas creadas por Ley para el ejercicio de la potestad estatal, y las Instituciones del Estado que ejerzan actividades que no puedan delegar sus actividades al sector privado, las relaciones con sus servidores se regularán por el Derecho Administrativo, con excepción de los obreros que se regirán por el derecho del Trabajo. Y en el caso de las Instituciones del Estado que si pueden delegar sus actividades al sector privado, las relaciones se regularán por el Derecho del Trabajo con excepción de las funciones de dirección, gerencia, representación, asesoría, jefatura departamental, las cuales se sujetarán al derecho administrativo.

La expedición de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, vulneró este mandato constitucional, sujetando a los trabajadores y obreros del sector público a esta Ley del Derecho Administrativo. Este quebrantamiento a la Ley Suprema fue demandado ante el Tribunal Constitucional, Órgano supremo de control constitucional que debe asegurar la eficacia de las normas supremas en especial las que consagran los derechos y garantías referentes al régimen jurídico al que pertenecen los trabajadores en el numeral 9º del artículo 35 de la Constitución. El Tribunal si bien reconoce la vigencia del régimen del Derecho del Trabajo, expide una Resolución ambigua, desautorizando a la Tercera Sala que en cumplimiento de su obligación, declaró en su informe que esta Ley no era orgánica, y que no debía regir una ley del derecho administrativo a los trabajadores sujetos al Derecho del Trabajo; sin embargo el pleno del Tribunal dejó vigentes normas de la Ley que contradicen su pronunciamiento creando una inseguridad jurídica que ha causado un daño irreparable al Estado Social de Derecho y ha destruido la paz laboral en el sector público.

Bajo estos contenidos de la tesis nos hemos propuesto como objetivo fundamental el de ubicar a cada régimen su ámbito de regulación, el de las autoridades, funcionarios y empleados, la Ley del Derecho Administrativo, y para los trabajadores y obreros el Derecho del Trabajo, tal como lo prescribe la Constitución, para de esa manera hacer prevalecer la supremacía de la Carta Magna, frente a leyes de menor jerarquía que deben mantener concordancia y sujeción a sus enunciados

**Dedico este esfuerzo de investigación a mi esposa  
Lcda. Leonor María García Hernández, a mis hijos  
Ing. Xavier Francisco Viteri García, Dra. Andrea Cristina  
Viteri García, a mi hija política Indira Vannesa  
Molina Navas, y a mi nieto Nicolás Francisco  
Viteri Molina**

## ÍNDICE

	Página
<b>CAPITULO 1</b>	
Antecedentes de la Legislación Laboral del Sector Público.	1
Evolución Constitucional 1979 – 1998.	1
Régimen Laboral del Art. 125 - Constitución de 1979.	2
Doctrina sobre el Régimen Laboral del Sector Público.	3
Las Normas de la Constitución de 1998.	4
<b>CAPITULO 2</b>	
La Supremacía de la Constitución.	7
Los Convenios 87 y 98 de la OIT.	9
Convenio 98 de la OIT.	9
La Teoría de la Relación Estatutaria y la Teoría Laborista.	10
Inconstitucionalidad de Leyes, Reglamentos y Resoluciones.	12
Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas.	12
Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCCA.	15
Reglamento a la Ley Orgánica LOSCCA.	18
Resoluciones de la SENRES.	19
Codificación del Código del Trabajo.	21
<b>CAPITULO 3</b>	
Inconstitucionalidad de la LOSCCA.	24
Las Leyes Orgánicas en el Derecho Comparado.	25
Importancia Jurídica y Política de los preceptos legales adoptados como Orgánicos en la Legislación Ecuatoriana.	25
Características Formales de las Leyes Orgánicas- El Quórum.	26
Características Materiales – La reserva de Ley Orgánica.	27
Regulación de dos Regímenes Jurídicos diferentes en la Ley.	29
Violación del Convenio 98 de la OIT.	33
Otras violaciones constitucionales.	33
La regulación del sector privado en una Ley del sector público.	34
Conceptos del Derecho Público y del Derecho Privado.	36
Diferencias entre el Derecho Público y Privado.	37
La LOSCCA vulnera el Estado de Derecho y la Seguridad Jurídica.	39
El Estado de Derecho.	40
La Seguridad Jurídica.	41
Justificativos de la Ley y Resolución del Tribunal Constitucional.	42
Comentario a la Resolución del Tribunal Constitucional.	45
Características del Derecho Laboral.	46
Principios del Derecho Laboral.	47
Interpretación en materia laboral.	48
Interpretación del Tribunal Constitucional en su resolución.	49
Pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado.	52
<b>CAPITULO 4</b>	
Conclusiones.	56
Recomendaciones.	59
Bibliografía	62

## **EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL VIGENTE DEL SECTOR PÚBLICO**

### **CAPITULO 1**

#### **ANTECEDENTES DE LA LEGISLACIÓN LABORAL DEL SECTOR PÚBLICO**

##### **1.- EVOLUCION CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN LABORAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS- CONSTITUCIÓN DE 1979 –CONSTITUCIÓN DE 1998**

###### **1.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 1979.**

Esta Constitución aprobada mediante consulta plebiscitaria, entró en vigencia el 10 de agosto de 1979, esta publicada en el Registro Oficial No. 800 del 27 de marzo de 1979, y en ella se incorporan una serie de garantías laborales, pero una en especial, y en el caso que nos ocupa es la contemplada en el artículo 125, pues consagra el derecho de sindicalización del sector público.

Consideramos que la comisión redactora de esta Constitución recogió el espíritu de la legislación internacional inmersa en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo en lo referente a la protección, y a quienes excluye de este derecho en la clasificación de los servidores públicos esto regula es en dos categorías, tratamiento diferencial, para efecto de sus derechos laborales y administrativos.

Y así lo ha señalado la Organización Internacional del Trabajo en el Convenio No. 154 de 1949 y reiterado por su comisión de expertos. Al establecer la existencia de empleados de alto nivel que, poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos, los que obviamente están excluidos de los convenios y los de "bajo nivel", "auxiliares" hacia quienes se dirige el convenio.

En igual sentido, la motivación y contenido del Convenio No. 154 sobre la protección del derecho de sindicalización y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública (parte 1, numeral 2).

Estos enunciados del Convenio No. 154 de la OIT, citado anteriormente aparecen recogidos en la última parte del tercer inciso del literal c) del artículo 125 de la Constitución de la República cuando dice así: Las personas jurídicas creadas por Ley o por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos o las creadas para actividades económicas asumidas por el Estado norman las relaciones con sus servidores de acuerdo con el Código del Trabajo, a excepción DE LAS PERSONAS

que ejerzan funciones de dirección, gerencia, representación, asesoría, jefatura departamental o similar, las cuales están sujetas a las leyes que regulan la administración pública

A este respecto es oportunamente traído el comentario de Jairo Villegas Arbeláez en su obra "Trabajadores Estatales" página 82, cuando dice: que no se confunda al Ministro de Educación con el maestro de escuela, al gobernador con la mecanógrafa, o que si se les asimila laboralmente al restringir derechos sindicales, se les permita también por igual el ejercicio del poder político y administrativo, o para todo o para nada...<sup>1</sup>

Como podemos deducir, la Constitución Política del Estado de 1979, viene a variar el tratamiento de los servidores del sector público, en forma trascendental, pues los servidores públicos han estado sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y a la Ley de Remuneraciones, salvo los obreros de las obras públicas nacionales o locales y de las industrias que están a su cargo, quienes estaban regulados por el Código del Trabajo, (Art. 10 inciso segundo ), hasta el 10 de agosto de 1979, en que entra en vigor la nueva Constitución, y en la cual se determina el, nuevo régimen jurídico de los servidores del sector público, en cuanto a sus relaciones de dependencia con los organismos e instituciones que se puntualizan en el Art. 125 de la Constitución de la República, esto es, el amparo del Código del Trabajo, a favor de todos sus servidores, con las excepciones que se singularizan en esta disposición constitucional.

Ahora podemos considerar que esta garantía constitucional a favor de los servidores públicos, viene a constituir la efectivización de una vieja aspiración de los empleados estatales, pues desde los inicios del movimiento obrero hubo expresiones mas o menos embrionarias y parciales del sindicalismo del sector estatal, el proceso que hoy estudiamos es cualitativamente diferente e implica la toma de conciencia de vastos sectores de servidores del Estado que habían permanecido prácticamente al margen de la lucha social.

## **1.2 REGIMEN LABORAL ESTABLECIDO, EN EL ART. 125 LETRA C) DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR DE 1979.**

Para un mejor entendimiento y comprensión global de la disposición legal constitucional que vamos a analizar, transcribiremos el texto total del Art. 125 de la Constitución que dice: Sección IV, DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR público.

ART. 125.- Para la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo del Estado se considerarán como entidades del sector público, las siguientes:

Los diferentes organismos y dependencias administrativas del Estado;

---

<sup>1</sup> Trabajadores Estatales Jairo Villegas – Colombia 1981.

Las entidades que integran la administración provincial o cantonal, dentro del régimen seccional; y,

Las personas jurídicas creadas por la Ley para el ejercicio de la potestad estatal o para la prestación de servicios públicos o para actividades económicas asumidas por el Estado y las creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos; las normas para establecer la responsabilidad penal, civil, y hacendaría por el manejo y administración de los fondos, aportes o recursos públicos, se aplican a todos los servidores de las entidades a las que se refieren las letras precedentes.

Las entidades antes indicadas en las letras b) y c) gozan para su organización y funcionamiento de la autonomía establecida en las leyes de su origen.

En especial se garantiza la autonomía de los Consejos Provinciales, Concejos Municipales, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Banco Central del Ecuador, Banco Nacional del Fomento, Juntas de Beneficencia, Comisión de Valores, Corporación Financiera Nacional, Banco Ecuatoriano de la Vivienda y de las Corporaciones de Fomento Económico Regional y Provincial. "Las relaciones entre los organismos comprendidos en las letras a) y b) o de instituciones creadas por la ley para el ejercicio de la potestad estatal y sus servidores se sujetan a las leyes que regulan la administración pública, salvo las que se refieren al sector laboral determinadas en el Código del Trabajo.

Las personas jurídicas creadas por la ley para el ejercicio de la potestad estatal y sus servidores se sujetan a las leyes que regulan la administración pública, salvo las que se refieren al sector laboral determinadas en el Código de Trabajo.

Las personas jurídicas creadas por ley o por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos o las creadas para actividades económicas asumidas por el Estado norman las relaciones con sus servidores de acuerdo con el Código del Trabajo, a excepción de las personas que ejerzan funciones de dirección, gerencia, representación, asesoría, jefatura departamental o similares, las cuales están sujetas a las leyes que regulan la administración pública".<sup>2</sup>

## **DOCTRINA SOBRE EL REGIMEN LABORAL DEL SECTOR PÚBLICO**

Sobre la disposición constitucional, es oportuno citar la doctrina nacional, en la cual se destaca la del distinguido maestro universitario, Ex Magistrado de la Sala de Lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, y prestigioso como ameritado abogado especializado en la disciplina laboral, el Doctor JORGE RAMIREZ ALVAREZ, quien relacionando a los cambios profundos que se producen con la vigencia de la Constitución Política del Estado Ecuatoriano de 1979, en lo relacionado al régimen jurídico que debe normas a los servidores públicos y a los trabajadores u obreros que laboran en el sector público hace referencia al "concepto de servidor público como sinónimo de trabajador público", fundamentando tal concepto en el precepto del artículo 9 del Código del Trabajo, concluyendo que: "Si

---

<sup>2</sup> Constitución Política del Ecuador de 1979.

el trabajador presta el servicio para una persona o entidad de carácter público o con finalidad social o pública, será un trabajador público”.<sup>3</sup>

En lo referente a la prescripción del artículo 125 de la Constitución, Jorge Ramírez considera que la más adecuada redacción sería la siguiente: "Tanto las personas jurídicas creadas por ley para la prestación de servicios públicos, como las creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos y las creadas para actividades económicas asumidas por el Estado, norman las relaciones con sus servidores de acuerdo con el Código del Trabajo, a excepción de las personas que ejerzan funciones de dirección, gerencia, representación, asesoría, jefatura departamental o similares”.

Es interesante en el criterio emitido por el Doctor Jorge Ramírez, su explicación de la doctrina constitucional, según la cual: “se admiten dos tipos de normas, a saber: las llamadas programáticas que encierran Principios, declaraciones u orientaciones que para adquirir vigencia requieren de una ley ordinaria que las desarrolle y coloque en actitud de ser aplicadas; y, las denominadas “operativas”, que por contener preceptos similares a los que contienen en las leyes ordinarias, son de inmediato cumplimiento. Las primeras sólo se pueden cumplir cuando la ley posterior las completa, y por lo tanto, requieren de este tipo de leyes complementarias para adquirir vigencia plena”.

## **1.2. - LAS NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1998**

La Constitución Política de la República del Ecuador, expedida por la Asamblea Nacional Constituyente, publicada en el Registro Oficial No. 1 del martes 11 de Agosto de 1998. Entre los principios fundamentales que contiene el título 1, artículo 1, proclama que: “El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico...”.

En su título 3, de los derechos, garantías y deberes, capítulo 1, artículo 16 dice: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”. Por su parte el artículo 17 determina que: “El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el respectivo goce de estos derechos”.

En este mismo título el artículo 18 en sus partes pertinentes a este estudio dice: “Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

---

<sup>3</sup> “Legislación Laboral Ecuatoriana vista por los Trabajadores”.

En materia de derechos y garantías constitucionales, es estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos.

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

Finalmente el artículo 19 de este título dice: “Los derechos y garantías señalados en esta constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material”.

En el capítulo 4 de los derechos económicos, sociales y culturales, sección segunda del trabajo, artículo 35, se determina en las partes pertinentes vinculadas con este estudio lo siguiente: “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:

1.- La legislación del Trabajo y su aplicación se sujetarán a los principios del derecho social.

3.- El Estado garantizará la intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores, y adoptará las medidas para su ampliación y mejoramiento.

4.- Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación que implique su renuncia, disminución o alteración...”

La norma concreta que se refiere AL REGIMEN CONSTITUCIONAL LABORAL VIGENTE EN EL SECTOR PUBLICO, es la que determina el segundo inciso del numeral 9º del presente artículo 35, pero, para una mayor precisión transcribiremos el texto integral del citado numeral:

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

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

*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”.*

Otra norma fundamental del artículo 35 de la Constitución, que tiene una vinculación íntima con nuestro estudio es la contemplada en el numeral 12 y que hace referencia al contrato colectivo de trabajo, y que es del siguiente tenor: “12.- Se garantiza especialmente la contratación colectiva, en consecuencia el pacto colectivo legalmente celebrado no podrá ser modificado, desconocido o menoscabado en forma unilateral”.

---

<sup>4</sup> Constitución Política del Ecuador de 1998.

## CAPITULO 2

### LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES Y LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE ORGANIZACIÓN Y DE CONTRATACIÓN COLECTIVA

#### 2.1 LA TEORIA DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCION

En la cúspide del Orden estatal, Orden esencialmente unitario de estructura escalonada se halla una norma fundamental en la que se realiza la unidad de él. De dicha norma meramente hipotética, se deriva directamente la esfera superior del Derecho positivo, producida por el órgano al que establece aquella. Por tanto, bien puede calificarse de norma fundamental del Orden jurídico a la que se halla en su cúspide, y afirmar que una norma jurídica se fundamenta en la superior de la que deriva su validez.

El contenido de la norma suprema hipotética del Orden estatal se reduce a instituir el órgano que ha de crear la esfera superior del Derecho positivo: es el supuesto en el que se basa esta esfera superior, supuesto que se refiere a quién es competente para crearla: el órgano que dicta la norma o las normas que ocupan el grado superior del Derecho positivo, parte del supuesto de que es competente para hacerlo, o sea se funda en una norma hipotética que lo designa a él para producirlas.

Al respecto, el Dr. Ramiro Borja y Borja en su obra "Derecho Constitucional Ecuatoriano I Tomo, página 54", dice: "Instituir el órgano que ha de crear la esfera superior del Derecho positivo, equivale a disponer que sea norma jurídica lo que preceptúe aquel a quién inviste de la calidad de órgano estatal. La norma fundamental hipotética del Orden estatal es una norma general que se remite en cuanto a la determinación de lo antisocial que antecede a la sanción, y en cuanto a ésta, a lo que disponga aquel a quién da la calidad de órgano del Estado".

Según Borja: "No hay un acto de creación que lo sea sólo de la norma suprema hipotética del Orden jurídico. La hipótesis en que ella consiste, se construye al producirse el grado superior del Derecho positivo, ya que quién dicta la regulación ocupante de ese grado, para hacerlo parte de un supuesto según el que es competente para ello, y al partir de ese supuesto lo crea, es decir, crea la norma hipotética que lo designa para elaborar el Derecho positivo en su más alto grado. Quién así produce a la vez la norma suprema hipotética y el más alto deber del Derecho positivo, es un órgano del Estado. A este órgano le puede corresponder la calidad de simple o la de compuesto".

La Constitución ocupa el grado más alto dentro del Derecho positivo: es la norma general o conjunto de normas generales a través del que el Derecho positivo se conecta con la norma fundamental hipotética. A la Constitución se la puede designar con propiedad como norma, o como conjunto o cuerpo de normas, sin atentar contra la índole de ella ni contra la de la norma general. Así como un código puede

llamarse norma, siendo conjunto de normas; puede llamarse por abstracción norma fundamental al conjunto de normas fundamentales en que consiste la Constitución.

Si el órgano que, partiendo de la hipótesis fundamental o norma hipotética suprema, establece el grado más alto del Derecho positivo, no lo hace consistir en una sola norma general o conjunto predeterminado de normas generales, sino que deja la posibilidad de que se dicten nuevas normas que ocupen ese grado además de aquella o el conjunto preciso de reglas con que la instaura; el Orden jurídico del Estado cuyo es tal órgano, calificase de no constitucional, por carecer de Constitución, El Orden así caracterizado se contrapone al Orden constitucional, en el que hay una norma general o conjunto predeterminado de normas generales por intermedio del que las demás se conectan con la norma suprema hipotética.

Es esencial para el Estado un Orden jurídico, así como una norma suprema hipotética en que su unidad se funde; pero no lo es que el Orden jurídico sea constitucional, no lo es la existencia de Constitución: el Estado constitucional es una de las clases de Estado. Si bien la Constitución no es esencial para el Estado; existiendo se refiere a aspectos fundamentales de éste, por la preeminencia de ella en el Derecho positivo.<sup>5</sup>

Siguiendo el lineamiento de esta doctrina expuesta, podemos colegir que para nuestro Estudio y en la concreción de la vigente Constitución Política de la República del Ecuador, fue una Asamblea Nacional Constituyente la que aprobó el 5 de junio de 1998 en la Ciudad de Riobamba, sede de la función del Estado Ecuatoriano en 1830, la constitución actualmente en vigencia, que contiene reformas y textos no reformados de la Constitución aprobada el 15 de enero de 1978, en referéndum, y vigente a partir del 10 de agosto de 1979. Esta Constitución entró en vigor, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial, el día en que se posesionó el nuevo Presidente electo de la República, el Dr. Jamil Mahuad Wittel, esto es el 10 de agosto de 1998, fecha en la cual también quedaba derogada la Constitución de 1979. La publicación de la Constitución vigente se produjo en el Registro Oficial No. 1, del martes 11 de agosto de 1998.

En lo referente a la supremacía de la vigente Constitución, su artículo 272 dice: “La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieron en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.

Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior”.

---

<sup>5</sup> Ramiro Borja y Borja – Derecho Constitucional Ecuatoriano Tomo I. Páginas 54 y 55.

## **2.2.- LOS CONVENIOS 87 Y 98 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

### **Convenio 87**

Referido a la Libertad Sindical y la protección del Derecho de Sindicación que reconoce la potestad de los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y autorización previa, a constituir las organizaciones que estimen conveniente, así como el de afiliarse a estas organizaciones con la sola condición de observar los estatutos . Este es el reconocimiento de la libertad de Asociación de trabajadores y empleadores sin la ingerencia estatal que pueda limitar su participación, sin embargo se legitima el papel del Estado como órgano controlador y protector en base al principio de Derecho Social. Se reconoce el Derecho de Huelga como mecanismo con el cual los trabajadores pueden formular su programa de acción y defender los intereses de sus miembros a fin de ejercer presiones para el logro de sus reivindicaciones. El Derecho de Negociación Colectiva, Afiliación Internacional y Personalidad jurídica constan como derechos que se les otorga a los trabajadores para el cumplimiento de los fines de su organización.

### **Convenio 98**

Relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva en el cual se reconoce a los trabajadores el derecho a gozar de una adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Esta protección se dirige a regular las condiciones de trabajo y a evitar despedir a un trabajador o a perjudicarlo. Se propendió a la protección de las organizaciones de trabajadores y de empleadores contra todo acto de injerencia que tienda a fomentar el control y manejo de las menos fortalecidas.

Se garantiza la protección institucional, pues es obligación del Estado precautelar los derechos de los Trabajadores; así como también se reconoce el impulso de la negociación colectiva, para lo cual deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que las partes puedan desarrollar los procedimientos de negociación libremente.

La actividad normativa ha constituido el medio de acción privilegiado de la OIT para promover la justicia social, actividad que implica la elaboración de Normas Internacionales del Trabajo y tiene el propósito de que las mismas sean aceptadas lo más ampliamente posible y se pongan después en ejecución. Es por ello que el Estado Miembro – en este caso el Ecuador – asume la obligación de hacer efectivas las disposiciones del instrumento ratificado; por tanto, la legislación nacional debe adecuarse al normativo del convenio, sus órganos jurisdiccionales deben basarse en ellos para resolver las controversias jurídicas y sociales y las autoridades e

instituciones del poder ejecutivo deben desarrollar sus políticas y programas de gobierno orientadas al cumplimiento de los objetivos de las normas.<sup>6</sup>

**Comentario.-** En nuestro país no se ha cumplido con los principios constantes en los convenios ratificados, al contrario han sido desconocidos y menoscabados por la promulgación de la Ley No 133, Ley para la Reforma a las Finanzas Públicas, Ley para la Transformación Económica del Ecuador, Ley para la Promoción y Participación Ciudadana y la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

### **2.3.-ELEMENTOS TEÓRICOS Y DOCTRINARIOS: LA TEORIA DE LA RELACIÓN ESTATUTARIA Y LA TEORÍA LABORISTA**

Frente al desmantelamiento de las Instituciones fundamentales del Derecho Laboral, el Derecho de Organización y de Contratación Colectiva de Trabajo, en el sector público, es menester formular algunas reflexiones que sirvan de ideas primarias para un debate profundo del futuro de la prestación de servicios de los servidores del Estado, entendiéndose como tales, a los empleados y trabajadores que laboran bajo la regulación del Derecho Administrativo y del Derecho del Trabajo.

Primeramente, debemos siempre acudir al auxilio de la doctrina, para comprender que es lo que se quiere imponer en el Ecuador, en materia laboral pública. En efecto, es menester para efectos del presente estudio, enunciar las dos teorías que se relacionan con el trabajador estatal, la primaria o teoría de la relación estatutaria, que tal parece es la que quiere imponerse, según la cual el personal que labora para el Estado y sus dependencias están bajo la órbita del derecho administrativo, que es ante todo derecho público, donde no existe una relación contractual con el Estado, sino una relación estatutaria, caracterizada por una subordinación unilateral del empleado hacia el Estado y la imposición del “ius imperium” de este frente al empleado.<sup>7</sup>

Los elementos característicos de la relación estatutaria son los siguientes:

- a) El acto de vinculación contiene el poder soberano del Estado;
- b) El desempeño es una función pública;
- c) La relación jurídica es de derecho público, de derecho administrativo, de interés público;
- d) La relación es de servicio, determinada exclusivamente por la voluntad unilateral del Estado; y
- e) El funcionario o servidor, debe abnegación, fidelidad, y sacrificio derivado de la satisfacción del cumplimiento del deber.

Contrapuesta a la relación estatutaria, está la teoría laborista, en la cual nos inscribimos, que considera: “La planificación del derecho del trabajo y su extensión a todas las relaciones jurídicas laborales, independientemente de la situación de la persona que recibe la energía del trabajo y de la finalidad que la destina”. Mario de la

---

<sup>6</sup> Marcos Sánchez José y otro, Manual para la Defensa de la Libertad Sindical, ACTRAV, Perú, Página 23.

<sup>7</sup> Mario de la Cueva – Obra – El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo 1 Página 79.

Cueva presintiendo que la Teoría Estatutaria, superada por la lucha de los trabajadores estatales, por imponer en el sector público, la vigencia y aplicación del Derecho del Trabajo, puede ser nuevamente retomada por los gobiernos, decía al respecto que: "...la lucha del derecho del trabajo en su configuración y autonomía ante el Derecho Civil, implica que está pendiente la batalla contra el Derecho Administrativo, que es tanto como decir contra el Estado".<sup>8</sup>

Esta reflexión amparada por la doctrina, nos permite recordar y analizar que la estructura ocupacional en el sector público, casi no difiere de la estructura que se da en el sector privado y para graficarlo decíamos ¿Cuál puede ser la diferencia en la prestación del servicio que cumple una secretaria, un chofer o un obrero que no tengan la capacidad de representación dentro del sector público, con la del sector privado?, pues la prestación del servicio y la realización de la labor es la misma. La única diferencia es a quién se presta este servicio, es decir el Empleador.

Se ha dicho por algunos sectores de opinión, que la diferencia radica en la finalidad del servicio, al afirmarse que en el sector público, al menos y como principio, ¡no hay ánimo de lucro! Como si ocurre en la actividad privada, pero esta diferencia, a nuestro entender, no le quita la esencia de toda relación jurídica laboral, contenida en los requisitos clásicos a saber:

- ◆ Ejecución de una prestación de servicios lícitos;
- ◆ La subordinación o dependencia; y
- ◆ La remuneración o contraprestación dineraria por los servicios prestados.

Estas reflexiones, nos permiten concluir que la flexibilización laboral, según la concepción neoliberal, está dando sus resultados siniestros para sus cultivadores y ejecutores, al menos en el sector público, es realmente palpable con la eliminación del papel fundamental que debe cumplir la asociación profesional de los servidores del Estado, con las diferentes reformas introducidas al Código del Trabajo, y con las leyes extrañas al régimen laboral, como la Ley de Modernización del Estado, la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, y la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, de unificación y homologación de las remuneraciones del sector público.

Todo el normativo jurídico mencionado en el párrafo anterior, han dejado en la más mínima expresión, la aplicación y ejecución del derecho de organización en el sector público, y del derecho de los trabajadores estatales, a negociar libremente la contratación colectiva, porque en tales disposiciones legales, existe una interferencia directa de las Instituciones del Estado, en el libre desenvolvimiento, de los sindicatos, asociaciones y comités de empresa, a través de la creación de organismos que imponen el "ius imperium", en las condiciones de trabajo que se plasman en el pacto colectivo de trabajo, desnaturalizando estos universales derechos consagrados en la Constitución del Estado y en los Convenios Internacionales.

---

<sup>8</sup> Mario de la Cueva. Obra citada página 85.

## **2.4.- ANÁLISIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DICTADAS DESDE 1999 AL 2006 EN MATERIA LABORAL**

### **LEY PARA LA REFORMA DE LAS FINANZAS PÚBLICAS**

La Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, publicada en el Registro Oficial No. 181 del 30 de abril de 1999, en el Título IV se refiere a las Medidas para reducir los egresos, e inicia un nuevo mecanismo y proceso que trastoca radicalmente el sistema estructural de fijación de salarios y remuneraciones, sus incrementos y los montos correspondientes a las indemnizaciones por la terminación de la relación de trabajo que estaban vigentes por mandato legal o por acuerdo entre las partes, a través de la contratación colectiva de trabajo en las Instituciones del Estado, y en las Empresas Estatales o Mercantil con paquete accionario mayoritario de propiedad de las Instituciones del Sector Público.

El Título IV de la Ley bajo el título "Medidas para reducir los egresos", crea el Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público, que determina el sistema para que se realicen los incrementos a la Masa Salarial, establece prácticamente un nuevo Régimen de Remuneraciones, fija el monto máximo de las indemnizaciones que deben percibir los servidores y obreros del sector público, regula la situación de los trabajadores en los casos de transformación de las Instituciones del Estado, por la implementación de los procesos de modernización y privatización, las situaciones previas que deben producirse a la celebración de contratos colectivos o actas transaccionales en el sector público y por último estatuye la clasificación de los servidores y trabajadores para situarlos bajo un régimen definido o el amparo al Código del Trabajo o a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

Estos cambios radicales en principio, trataban de limitar, según sus propulsores, el privilegiado tratamiento de ciertos sectores que laboran en las Instituciones del Estado, a los que con malicia, los políticos y empresarios los identifican como "la burocracia dorada"; por otra parte, el Gobierno pretendió racionalizar el sistema remuneratorio y los beneficios pactados en la contratación colectiva, pero en el camino de la propuesta y aprobación de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas se incurrieron en una serie de violaciones constitucionales a las garantías consagradas en los numerales 3o, 4o, 9o, 12o y 14 del Art. 35 de la Constitución Política del Estado.

### **Violación de la Constitución y de los Convenios Internacionales**

En efecto, la Ley en sus artículos 51 y 52 crea el Consejo Nacional de Remuneraciones, y determina el incremento de la masa salarial a través de este organismo, facultado para determinar las políticas salariales, y establecer normas y resoluciones de carácter obligatorio relativas al control de la masa salarial y su incremento, normar la limitación de los beneficios económicos y sociales de los contratos colectivos y determinar el régimen de las jubilaciones patronales especiales.

Estas disposiciones violentan el enunciado del numeral 12 del Art. 35 de la Constitución Política del Estado, que garantiza en forma especial a la contratación colectiva y al Art. 4 del Convenio Internacional 98 de la Organización Internacional del Trabajo, referente a la negociación colectiva voluntaria, porque desaparece el proceso de negociación entre el Empleador y la Organización de Trabajadores, para imponer desde el Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público, los montos o porcentajes máximos de incremento salarial, con lo cual se afecta en forma lacerante a la Organización Sindical, al debilitarla y buscar su inacción en la negociación y posterior celebración de la contratación colectiva de trabajo, con lo cual se violenta el Convenio Internacional 87 de la Organización Internacional del Trabajo.

### **Determinación de las Indemnizaciones por terminación unilateral de la relación laboral**

En el Art. 54 de la Ley, concede la competencia al Consejo Nacional de Remuneraciones para fijar el monto máximo de las indemnizaciones, a los empleados y servidores del Sector Público, para lo cual deroga toda la parte final de la letra d) del Art. 59 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, violentando los derechos reconocidos en esta Ley para el Servidor Público que podía acceder a una indemnización digna y real, en los casos de supresión de su cargo, o cualquier otro mecanismo implementado para la terminación de la relación de trabajo, por consecuencia de los procesos de modernización, reestructuración, privatización o reorganización de las Instituciones del Estado.

En la práctica el monto de las indemnizaciones que fija el Consejo y que se mantuvieron congelados desde el año 2000, no se compadece con la situación económica por la que atravesó el país, cuando se puso en vigencia la referida ley, pues luego de que se erosionó el poder adquisitivo del salario por causa de los procesos inflacionarios y la debacle financiera que obligó al Estado a imponer la circulación del dólar, violentando el enunciado constitucional por el cual se determina que la unidad monetaria es el sucre.

### **Desamparo y desprotección:**

Pero, no solamente resultan lesionados de esta flexibilización laboral, los servidores, sino también los obreros del sector público, pues, el Art. 55 de la Ley, establece que de producirse cualquiera de las modalidades previstas en los procesos de modernización de estas Instituciones, se entenderá que no existe despido intempestivo, ni la terminación unilateral de la relación laboral; haciendo constar en su parte final que: " En consecuencia, en estos casos no podrá pactarse, ni entregarse por ningún concepto indemnizaciones, bonificaciones, contribuciones, compensaciones o similares..".

Con lo cual se deja en el desamparo al servidor o trabajador de la protección que tiene prevista la Ley Laboral o la contratación colectiva, para los casos de despido

que decida la nueva Administración de la Institución Pública privatizada, o de la nueva Empresa que adquirió la Empresa Mercantil con paquete accionario mayoritario del Estado.

En la letra c) del Art. 56 determina que en ningún contrato colectivo se podrá pactar que los trabajadores recibirán gratuitamente o de manera subsidiada los servicios o bienes que produce la institución del Estado o las sociedades en las que las instituciones del Estado tengan la mayoría de acciones, se excluye becas de educación, concedidas por establecimientos educativos. Igualmente no se admitirán cláusulas que reconozcan la homologación de derechos cuando las empresas y sociedades tienen un distinto giro de negocios aunque todas ellas sean parte de la misma industria; de la misma manera se reputarán no escritas las estipulaciones que garanticen a los sucesores del trabajador o empleado el derecho de ocupar el puesto de trabajo", desconociendo que son los trabajadores con su esfuerzo y dedicación los que producen esos bienes y servicios. Estas disposiciones legales violentan las garantías constitucionales relativas a la irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos reconocidos al servidor y trabajador público, consagradas en los numerales 3, 4 y 12 de la Constitución Política del Estado.

### **Clasificación Laboral:**

En el artículo 57 de la Ley, y que tiene referencia a los Servidores no amparados por la Legislación Laboral, esta norma concede la atribución al Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos para proceder a la clasificación de los servidores que quedarán sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, y de los que continuarán amparados al Código del Trabajo.<sup>9</sup>

De esta manera y a través de una Resolución Administrativa del Ministerio de Trabajo se pretende modificar en forma unilateral, la situación jurídica de los servidores y trabajadores del Sector Público que están debidamente regulados en el numeral 9o. del artículo 35 de la Constitución.

### **COMENTARIO**

Considero que esta nueva "modalidad", que se impuso a través de la vigencia de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, destruye la naturaleza jurídica de la contratación colectiva, pues conforme la doctrina laboral la negociación que compone la primera etapa del contrato colectivo y que concluye con la suscripción del mismo, tiene una naturaleza CONTRACTUAL; o sea, responde al tipo de reparto que GOLDSCHMIDT llama "AUTONOMO", en oposición al "AUTORITARIO", en razón de ponerse de acuerdo los protagonistas para que el reparto se cumpla. La base del reparto autónomo es el acuerdo en cuanto a coincidencia de conductas.

El autoritarismo que se imponía desde el Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público CONAREM, a través de sus Resoluciones, violenta los derechos

---

<sup>9</sup> Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas – abril de 1999.

constitucionales y humanos de los servidores y trabajadores del Sector Público, o de las Empresas Mercantiles, con paquete accionario del Estado, pues impide que la negociación colectiva provenga de la autonomía de la voluntad de las partes que intervienen en tal negociación, creando un sentimiento de impotencia en la clase trabajadora y diría también en el sector Empleador que anhela mantener la paz laboral que se crea con la concertación la misma que surge de las conductas coincidentes de una parte patronal y otra laboral, más no de la imposición de un Organismo del Estado que ha tornado más conflictiva la relación laboral, que por la falta de estímulo en la negociación colectiva, también puede originarse la indiferencia y el decaimiento en el rendimiento del servidor y obrero del sector público, lo cual redundaría en una ineficiente prestación de los servidores públicos, que culminará con el proceso privatizador de las Instituciones del Estado, que puede ser el objetivo de la Ley. Tal situación no ha cambiado pues si bien se sustituyó al CONAREM, por la SENRES, esta Secretaría asumió todas las atribuciones del EX CONAREM.

### **- LEY ORGÁNICA DE SERVICIO CIVIL Y CARRERA ADMINISTRATIVA Y DE UNIFICACIÓN Y HOMOLOGACIÓN DE LAS REMUNERACIONES DEL SECTOR PÚBLICO**

La promulgación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en el Suplemento del Registro Oficial No. 184 del 6 de octubre del 2003, ha constituido un resquebrajamiento de la situación jurídica de las organizaciones sindicales y de los trabajadores en general del Sector público, pues regula dos regímenes diferentes e incompatibles entre sí. La Constitución Política de la República del Ecuador, en los incisos segundo, tercero y cuarto del numeral 9 del artículo 35, establecen de manera expresa, los regímenes jurídicos a los cuales estarán sujetos los servidores que laboran en las Instituciones del Estado, y en las personas jurídicas creadas por Ley, para el ejercicio de la potestad estatal; en las Instituciones del Estado que no pueden delegar sus actividades al sector privado; y, en las Instituciones que si pueden delegar parcial o totalmente sus actividades del sector privado.

En el primero y segundo caso, se prescribe que, las relaciones con sus servidores, se sujetarán a las Leyes que regulan la Administración pública, salvo de los obreros de las que estarán amparados por el Derecho de Trabajo. En el tercer caso, se determina que las relaciones con sus servidores se regularán por el derecho del trabajo, con excepción de las funciones de dirección, gerencia, representación, asesoría, jefatura departamental o equivalente, las cuales estarán sujetas al derecho administrativo.

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, dice en los siguientes artículos:

**Art.1.- Objetivo** “ El Servicio Civil y la Carrera Administrativa tiene por objetivo propender al desarrollo profesional de los servidores públicos, en búsqueda de lograr el permanente mejoramiento de la eficacia y productividad del Estado y sus

Instituciones , mediante el establecimiento , funcionamiento y desarrollo de un Sistema Técnico de Administración de Recursos Humanos”;

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

**Art. 5.- Servidores no comprendidos en el servicio civil.-** “No están comprendidos en el Servicio Civil:

g) “Los trabajadores de las instituciones del Estado que se rigen por el Código del Trabajo”

Pero, en el libro II de la referida Ley , bajo la denominación: De Unificación y Homologación de las Remuneraciones e indemnizaciones del Sector Público y Entidades del Sector Público y Entidades de Derecho Privado en las cuales las Instituciones del Estado tengan participación mayoritaria de recursos públicos, a partir del artículo 103, al establecer el objeto dice lo siguiente:

**Art. 103.- OBJETO.-** “ El presente libro tiene por objeto unificar y homologar los ingresos que perciben los dignatarios, autoridades, funcionarios, servidores y trabajadores de los organismos y entidades mencionados en el artículo anterior , con el propósito de racionalizarlos y transparentar su sistema de pago, así como lograr mejores niveles de eficiencia, eficacia, productividad y competitividad en la prestación de los servicios públicos”.

Lo anteriormente transcrito nos permite concluir que esta Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, primero excluye a los trabajadores de su régimen; mas luego, incluye en su regulación, a los trabajadores amparados por el Código del Trabajo y la Contratación Colectiva, lo cual constituye una violación al precepto constitucional del numeral 9, inciso segundo, tercero y cuarto del artículo 35 de la Constitución.

En igual sentido, incurren en la inconstitucionalidad enunciada los artículos 104, 105, 106, 107, 108, 109,111,112, 114, 115, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, Disposiciones Generales Primera, y Segunda, Disposiciones Transitorias Quinta, Séptima, Décima Primera, pues en cada una de ellas se hace mención a los trabajadores sujetos al Código del Trabajo, y a la Contratación Colectiva del Trabajo.

Efectivamente en las referidas normas de manera expresa intenta regular la suscripción y revisión de los contratos colectivos de trabajo, las actas transaccionales, los contratos individuales del trabajo, y la distribución de las utilidades, Instituciones propias del Código del Trabajo.

**Art.111.-** Obligaciones previas para sociedades y sus administradores.- Los administradores de las entidades de derecho privado en las cuales las instituciones del Estado tienen participación mayoritaria de recursos públicos y de las sociedades constituidas al amparo de otras Leyes o de la Ley de Compañías, previo a la suscripción y revisión del contratos individuales y colectivos , actas transaccionales, actas de finiquito u otra modalidad en que se determine pagos, que impliquen egresos económicos, deberán sujetarse a las regulaciones que para tales fines establezca la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público. Los miembros de directorios, administradores y quienes ejerzan la representación en estas entidades, empresas o sociedades tendrán la calidad de mandatarios y no les vinculará relación de dependencia laboral con las mismas.

## **DISPOSICIONES GENERALES**

**SEGUNDA:** “El monto de la indemnización por eliminación o supresión de partidas del personal de las instituciones, entidades y organismos determinadas en el artículo 101 de esta Ley, se pagará por un monto de mil dólares de los Estados Unidos de América por un año de servicio, hasta un máximo de treinta mil dólares de los Estados Unidos de América, en total.

Los contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito y otros acuerdos que celebren las instituciones y entidades señaladas en el artículo 101 de esta Ley, *con sus trabajadores*, en ningún caso podrá estipular pagos de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones empresariales por terminación de cualquier tipo de relación individual de trabajo que excedan los valores y porcentajes señalados, en el inciso primero de esta disposición.

La autoridad nominadora, administrador, delegado o representante que incumpliere con lo dispuesto en el inciso anterior, estará incurso en las causales de responsabilidad administrativa, civil o penal.

## **DISPOSICIONES TRANSITORIAS**

**SÉPTIMA:** “Previa a la suscripción de los contratos colectivos de trabajo o actas transaccionales, se obtendrá el informe y dictamen favorable de la Procuraduría General del Estado y se observará de manera obligatoria lo previsto en el artículo 56 de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas .La inobservancia de esta disposición legal, hará incurrir al funcionamiento que suscriba o autorice dichos contratos o actas , en la destitución del cargo por parte de la autoridad nominada sin perjuicio de las responsabilidades civil o pecuniaria y en la infracción definida en el artículo 257 del Código Penal”.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público. Octubre del 2003.

En definitiva, las citadas disposiciones de esta ley , vulneran las garantías constitucionales prescritas en los numerales 3 y 4 y 12 del artículo 35 de la Constitución Política de la República, referentes a la intangibilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores, y la garantía especial de la contratación colectiva, prevista en el numeral 12 del artículo 35 de la Constitución, según la cual: “Se garantizará especialmente la contratación colectiva; en consecuencia, el pacto colectivo legalmente celebrado no podrá ser modificado, desconocido o menoscabado en forma unilateral”.

En igual sentido, violentan el artículo 16 de la Constitución que dice: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”.

Estas observaciones puntuales coincide con la prohibición determinada en el inciso final del artículo 18 de la Constitución, que expresamente dice: “Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

## **REGLAMENTO DE LA LEY ORGANICA DE SERVICIO CIVIL Y CARRERA ADMINISTRATIVA Y DE UNIFICACIÓN Y HOMOLOGACIÓN DE LAS REMUNERACIONES DEL SECTOR PÚBLICO**

En el Suplemento del Registro Oficial No. 505 del 17 de enero del 2005, se expide el Decreto No. 2474 que contiene este Reglamento, el mismo que al referirse al ámbito general de aplicación, en su inciso final dice: “ Se exceptúan de la aplicación de las normas previstas en este reglamento, los servidores públicos que están expresamente excluidos por mandato de los Arts. 5 y 102 de la LOSCCA”. Como lo dejamos expresado en el análisis de la prenombrada Ley, el artículo 5 dice: “Servidores no comprendidos en el servicio civil.- g) Los trabajadores de las Instituciones del Estado que se rigen por el Código del Trabajo”.

Sin embargo de ello, en el Título V de la Unificación y Homologaciones de remuneraciones e indemnizaciones del sector público y entidades del sector público y entidades de derecho privado en las cuales el Estado tenga participación mayoritaria de recursos públicos, en el artículo 204 relacionado con el objeto, incluye a los trabajadores, y posteriormente en casi todas las demás disposiciones siguientes se reitera su regulación, al extremo que en el capítulo tercero del reglamento perteneciente al Derecho Administrativo, se refiere a la contratación colectiva.

El capítulo tercero del reglamento, artículos 241, se refiere a las normas de negociación en contratación colectiva para las instituciones y empresas del sector público; 242, estipulaciones económicas; 243 estipulación de indemnizaciones; 244 proyecto de contrato colectivo; 245, presentación del proyecto de contrato colectivo; 246, dictamen del Ministerio de Economía y Finanzas; 247, dictamen de la Procuraduría General del Estado; 248, trámite de negociación del contrato colectivo; 249, control y cumplimiento. La disposición general quinta se refiere a la clasificación de los contratos individuales de trabajo, en la disposición transitoria quinta se afirma

que: “Los contratos colectivos y actas transaccionales legalmente suscritos o prorrogados, se regirán por el ordenamiento jurídico vigente, en especial las disposiciones generales segunda y tercera de la LOSCCA; y en la disposición transitoria sexta se regula el pago de las utilidades del año 2003.

De esta manera el Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, ratifica la destrucción total del Estado Social de Derecho y de la Seguridad Jurídica, al desconocer y violentar el mandato del numeral 9º del artículo 35 de la Constitución Política de la República.<sup>11</sup>

## **RESOLUCIONES DE LA SECRETARIA NACIONAL TÉCNICA DE DESARROLLO DE RECURSOS HUMANOS Y REMUNERACIONES DEL SECTOR PÚBLICO. SENRES**

### **RESOLUCION SENRES No. 2004-000081**

En el Registro Oficial No. 374 del viernes 9 de julio del 2004, el Secretario Nacional Técnico de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, expide la Resolución SENRES No. 2004-000081, bajo los enunciados de los artículos 124 inciso tercero de la Constitución Política de la República, referente a que las remuneraciones que perciban los servidores públicos, serán proporcionales a sus funciones, eficiencia y responsabilidades, y el mandato de los artículos 104, 105 y 110 de la LOSCCA, relacionado con la unificación de los diversos componentes de las remuneraciones de dignatarios, autoridades y funcionarios del nivel jerárquico superior del sector público, en concordancia con el texto del Decreto Ejecutivo No. 1729 publicado en el Registro Oficial No. 358 del 17 de junio del 2004, que determina el techo máximo de la Escala de Remuneraciones Mensuales Unificadas.

Bajo estos considerándolos, el Secretario Nacional Técnico, resuelve expedir las bandas con las cuales se construye la escala que permite aplicar la homologación salarial en forma progresiva, a partir de enero del 2005. Los grados 1 se refiere a los Directores y Secretarios Ejecutivos; el grado 2, a los Directores y Gerentes Generales; el grado 3 a los vocales del Tribunal Electoral, Presidente de Organismos, y ciertas Secretarías y Direcciones Ejecutivas; el grado 4 a las Subsecretarías Regionales, Asesorías y ciertas Presidencia, Gerencias y Secretarías Ejecutivas; el grado 5 a la Subsecretaría de Estado, Gobernaciones, y ciertas Gerencias Institucionales; el grado 6, a los Viceministros, ciertas Subsecretarías, Presidencias Ejecutivas, y Direcciones Generales; el grado 7 a los Ministros de Estado, Contralor, Procurador, Defensor del Pueblo, Presidente del Tribunal Supremo Electoral, Superintendentes, Director(a) del SRI, y ciertas Secretarías; el grado 8 al Vicepresidente de la República y el grado 9 al Presidente de la República. El sueldo máximo de las escalas desde la 1 a la 9, en el 2006, son: 1990; 2.414;

---

<sup>11</sup> Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público-Enero del 2005-

2908; 3.484; 4.203; 5.054; 6.048; 7.268; y 8. 720, respectivamente y en el orden en que han sido enunciadas.

### **RESOLUCIÓN SENRES-2005-0003**

En el Registro Oficial No. 519 del Viernes 4 de febrero del 2005, se expide la Resolución SENRES 2005-0003, fundamentándose en la disposición del artículo 55 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, que establece la atribución de la SENRES, para determinar los montos máximos para cubrir los incrementos salariales y beneficios económicos y sociales que se pacten en los contratos colectivos y actas transaccionales. Luego se invoca el segundo inciso de la disposición general tercera de la citada ley orgánica, referente a que el incremento anual de la masa salarial de los presupuestos de las entidades y organismos comprendido en el artículo 102 de esta ley, en ningún caso superará el porcentaje de incremento del gasto primario determinado por la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal, y finalmente se remite a la Resolución No. 026-2003 TC del Tribunal Constitucional publicada en el Registro Oficial No. 440 del 12 de octubre del 2004.

Con estos considerándose resuelve Art. 1º.- En los contratos colectivos, contratos individuales de trabajo y actas transaccionales, que suscriban las Instituciones, entidades, organismos y empresas del sector público, así como las personas jurídicas de derecho privado comprendidas en el Art. 102 de la LOSCCA, se podrá incrementar la remuneración mensual unificada establecida para el 2005, siempre que por una parte cuenten con recursos propios de carácter permanente y que no alteren la masa salarial institucional; y se sujeten al siguiente detalle:

Menor o igual a USD 285.71, - el 5% de la remuneración mensual unificada vigente;

Desde USD 294.12 – La diferencia hasta completar USD 300.00

Mayor a USD 294.12 – Porcentaje del índice de inflación anual del 2 % proyectado por el Banco central sobre la remuneración mensual unificada.

### **RESOLUCIÓN No. SENRES-2005-054**

Los considerándose de esta Resolución, tienen que ver con las normas de los artículos 111, y 135 de la LOSCCA y 210 de su Reglamento, permiten al Secretario Nacional Técnico de la SENRES, determinar un cuadro de las remuneraciones mínimas unificadas, dejando sin efecto algunas disposiciones de la Resolución SENRES No. 2004-000186. En efecto se fijan las remuneraciones de todos los servidores sujetos al Derecho Administrativo y por ende a la LOSCCA, desde los siguientes niveles:

Auxiliar de Servicios- grado 1- USD 335 remuneración mínima

Asistente Administrativo A – grado 2 – UDS 350, remuneración mínima

Asistente Administrativo B – grado 3 – USD 374, remuneración mínima

Asistente Administrativo C - grado 4 – USD 398, remuneración mínima

Técnico A-grado 5- USD 428, remuneración mínima

Técnico B – grado 6- USD 466, remuneración mínima  
Preprofesional- grado 7- USD 509, remuneración mínima  
Profesional 1, grado 8 – USD 560, remuneración mínima  
Profesional 2, grado 9 – USD 620, remuneración mínima  
Profesional 3, grado 10 – USD 689, remuneración mínima  
Profesional 4, grado 11 – USD 770, remuneración mínima  
Profesional 5, grado 12 – USD 866, remuneración mínima  
Profesional 6, grado 13 – USD 979, remuneración mínima  
Director Técnico de Área – grado 14 – USD 1.103, remuneración mínima.<sup>12</sup>

**COMENTARIO.-** Como se puede apreciar, la Primera y la Tercera Resolución de la SENRES, son expedidas de manera constitucional y legal, por tratarse eminentemente del ámbito que le corresponde, esto es, normar a los dignatarios, autoridades y funcionarios que prestan sus servicios bajo el régimen del Derecho Administrativo; pero, en el caso de la Resolución SENRES – 2005-00003, esta se constituye en un Acto Administrativo que viola la disposición de los incisos segundo, tercero y cuarto del numeral 9º del artículo 35 de la Constitución Política del Estado, que prescribe la sujeción de los trabajadores y obreros al Derecho del Trabajo. Sin embargo han que reconocer, que el Secretario Nacional Técnico de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, representante legal de la SENRES, está obligado a expedir estas Resoluciones, por mandato del apartado j) del artículo 54 de la LOSCCA, que establece la atribución de la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, respecto a “determinar los montos máximos para cubrir los incrementos salariales y beneficios económicos y sociales que se pacten en los contratos colectivos y actas transaccionales”. Norma de la cual no se pronunció el Tribunal Constitucional, porque la misma fue incluida en la reforma a la LOSCCA.

## **CODIFICACIÓN DEL CÓDIGO DEL TRABAJO**

La Codificación del Código del Trabajo expedida por la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional, según consta en su introducción ha realizado esta codificación observando las disposiciones de la Constitución Política de la República, los Convenios con la Organización Internacional del Trabajo, OIT, ratificados por el Ecuador; leyes reformativas a éste Código; observaciones formuladas por el H. Doctor Marco Proaño Maya, diputado de la República; Código de la Niñez y Adolescencia; Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público; y, resoluciones del Tribunal Constitucional.

En materia salarial se derogaron los artículos 115 116 por la unificación salarial en el sector privado, por las reformas al Código del Trabajo que constan en el artículo 94 de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador. En lo referente al derecho

---

<sup>12</sup> Resoluciones de la Secretaria Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público- Febrero-2005-

al fondo de reserva por servicios anteriores a 1938 y a los préstamos hipotecarios anteriores al 8 de julio de 1955, se derogaron los artículos 205, 206 y 212 por la expedición de la Ley de Seguridad Social; se deroga el inciso final del artículo 408, relativo a las comisiones centrales de calificación de riesgos del trabajo, por la resolución de la Corte Suprema de Justicia de 25 de mayo de 1989, publicada en el Registro Oficial 213 del 16 de junio de 1989; se deroga el numeral 4º del artículo 550 referente al Departamento del Salario Mínimo, por la creación del Consejo Nacional de Salarios, que determina el sueldo o salario básico unificado para los trabajadores en general; y se derogan los artículos 552 y 554, por haberse eliminado a los Subinspectores de Trabajo.

Con este breve antecedente, y relacionado con el presente estudio de manera inconstitucional e ilegal, se incorpora a la Codificación del Código del Trabajo, justamente por vigencia de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, normas propias de una Ley del Derecho Administrativo al Derecho del Trabajo, consolidando la inseguridad jurídica y la violación al Estado Social de Derecho que supuestamente impera en el País.

En efecto, respecto a la participación del trabajador en las utilidades de la empresa, el inciso final del artículo 97 de la Codificación del Código del Trabajo, contiene la siguiente disposición: “En las entidades de derecho privado en las cuales las instituciones del Estado tienen participación mayoritaria de recursos públicos, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público”.

Tal inclusión en este caso particular, a nuestro criterio, constituya una flagrante inobservancia al enunciado de los incisos segundo, tercero y cuarto del numeral 9º del artículo 35 de la Constitución, que determina un régimen definido a los servidores públicos, unos al derecho administrativo y otros al derecho del trabajo, consecuentemente no puede la Ley inferior mezclarlos, marcando además una discriminación, en lo referente a la participación en las utilidades de la empresa, pues a los trabajadores del sector privado se les reconoce el 15 %, en el artículo 97 del Código del Trabajo, mientras que a los trabajadores del sector público, se establece en la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que percibirán el 1.5 veces el PIB por habitante del año inmediato anterior.

En el artículo 118 de la Codificación del Código del Trabajo, que se refiere al Consejo Nacional de Salarios, en el inciso final de esta disposición legal se dice:

” Corresponde a la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público – SENRES -, la determinación de las políticas y la fijación de las remuneraciones de los servidores públicos y obreros del sector público, sujetos a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y al Código del Trabajo, respectivamente, de las entidades e instituciones de todas las funciones del Estado; por lo tanto, la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos

Humanos y Remuneraciones del Sector Público – SENRES -, precautelando la capacidad adquisitiva de los sueldos, salarios y remuneraciones, y con base a las disponibilidades de fondos, fijará las remuneraciones y determinará las escalas de incrementos aplicables a dichos servidores públicos y obreros que prestan sus servicios en dicho sector”. (Lo resaltado con cursiva y subrayado es mío).

Lo subrayado en la transcripción de la norma permite colegir que la clara diferenciación de regímenes que determinan los incisos 2, 3, y 4 del numeral 9º del artículo 35 de la Constitución Política de la República, no se observa en esta disposición agregada por la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional, por lo contrario se la contraría al fusionar inconstitucionalmente a los obreros del sector público sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, y al Código el Trabajo, un régimen fusionado que no existe en la Constitución, pues o están sujetos a la Ley del Derecho Administrativo o al Derecho del Trabajo, mas no a los dos regímenes.

Seguramente, la Comisión de Legislación y Codificación para ejecutar su trabajo omitieron el enunciado de la Resolución del Tribunal Constitucional No. 036 – 2003 – TC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 440 del 12 de octubre del 2004, en que este Máximo Organismo de Control Constitucional se pronunció respecto de las demandas de inconstitucionalidad presentadas respecto a la inobservancia y violación del enunciado constante en el numeral 9º del artículo 35 de la Constitución Política del Estado, al expedirse la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Codificación del Código del Trabajo – Diciembre del 2005.

## **CAPITULO 3**

### **INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ORGANICA DE SERVICIO CIVIL Y CARRERA ADMINISTRATIVA Y DE UNIFICACION Y HOMOLOGACION DE LAS REMUNERACIONES DEL SECTOR PÚBLICO**

#### **3.1.- LA EXPEDICION**

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, fue aprobada por el H. Congreso Nacional, en sesión de fecha veinticinco de septiembre del año dos mil tres, y publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 184 del lunes 6 de octubre de 2003.

Entre los considerádoos de la Ley se invoca el enunciado de los incisos segundo y tercero del numeral 9 del artículo 35 de la Constitución Política de la República, en el cual efectivamente se determina que las relaciones de las Instituciones del Estado con sus servidores se sujetan y regulan por el derecho administrativo y las leyes de la administración pública y en el caso de los obreros, estas se rigen por el Código del Trabajo.

Posteriormente, se indica que es necesario realizar una reforma integral a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, para armonizarla con la realidad actual del país; se citan las disposiciones constitucionales de los artículos 23 numeral 3, 118 y 124, referentes a la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, la determinación de las Instituciones del Estado y el sistema remuneratorio en el sector público, para determinar, según los impulsores de la Ley, un trato igualitario a todos los servidores públicos, incluyendo a los trabajadores del sector público, esto último que contradice con lo primeramente expresado en los considerádoos de la referencia.

Esta Ley Orgánica, tal y como está aprobada y expedida incurre en una serie de incongruencias e inconstitucionalidades, que parten desde sus propios considerádoos, tal como lo dejamos anteriormente anotado, y a lo largo de sus dos libros se van produciendo violaciones expresas a las garantías y normas fundamentales de la Constitución vigente, que prácticamente destruyen el Estado de Derecho que supuestamente rige al País, y la seguridad jurídica que demandan sus habitantes.

En este sentido, nos ocuparemos en analizar todas y cada una de las disposiciones de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, que a nuestro entender infringe expresas normas constitucionales produciéndose inconstitucionalidades de forma y de fondo, como lo vamos a exponer a continuación:

### **3.2.- INCONSTITUCIONALIDADES DE FONDO**

#### **INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY POR HABERSE CALIFICADO DE ORGANICA GENERANDO UNA INVASIÓN DE RESERVA DE CONFORMIDAD CON EL ART. 142 DE LA CONSTITUCIÓN.-**

#### **LAS LEYES ORGANICAS EN EL DERECHO COMPARADO**

**Las Leyes Orgánicas tienen su origen en la Constitución Francesa de 1958.-** En criterio del Doctor Rafael Oyarte Martínez en su Obra, "Curso de Derecho Constitucional", se expresa que es a partir de ese momento que otros Estados han ido implementando una estructura jurídica nacional de normas calificadas como orgánicas con una primacía diversa con base constitucional respecto de las ordinarias, sea a través del principio jerárquico o del principio de competencia; para lo cual se han determinado otro tipo de características formales y materiales.

En España ello ocurre en 1978, lo cual generó influencia en varias constituciones de Latinoamérica, que es visible en las de Colombia, Perú, Guatemala, Nicaragua y Panamá. En otras Legislaciones se ha tenido como matiz incluir preceptos de rango legal común a la categorización de leyes orgánicas.

En el Ecuador, es en la Asamblea Nacional Constituyente de 1998 que se incorpora por primera vez en la tradición constitucional dentro de nuestro sistema de fuentes a las Leyes Orgánicas. Con anterioridad no se hizo distinción ni jerárquica ni competencial, entre preceptos legales; por cuanto, todas las leyes tenían la misma jerarquía y se les identificaba simplemente con la denominación de "leyes"; como tampoco se les asignaba un área de competencia exclusiva, con la excepción de los decretos leyes de emergencia previstos en la Constitución de 1946, los decretos leyes promulgados por el Presidente de la República ante el órgano legislativo de tramitar en el plazo determinado por la Constitución un proyecto de ley en materia económica calificado de urgente por el titular del ejecutivo en la Constitución de 1978, 79 y que se mantiene en el Art. 156 de la actual Constitución.<sup>14</sup>

#### **IMPORTANCIA JURÍDICA Y POLÍTICA DE LOS PRECEPTOS LEGALES ADOPTADOS COMO ORGANICOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.-**

En el Ecuador ha sido y sigue siendo una práctica común, la conformación de mayorías legislativas coyunturales a través de las cuales se ha promulgado una variedad de leyes que desde la visión y posición de clase de quienes han conformados esas mayorías, han considerado necesarias para regular las distintas materias a nivel jurídico; pero que no necesariamente han respondido a los intereses y necesidades auténticas de las mayorías ecuatorianas, lo cual las tornan ilegítimas y que el profesor español, Juan Antonio García Amado en su obra la Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann y al tratar sobre la justicia democracia y validez

---

<sup>14</sup> Rafael Oyarte Martínez, Obra Citada.

del derecho constata y devela en la doctrina de Habermas una teoría de la validez jurídica mediante la cual se proporciona criterios con los cuales se debe distinguir "...el derecho válido y merecedor de obediencia del derecho carente de validez racional y que no generaría en modo alguno una obligación racional de obedecer, ya que sería mero ejercicio del poder o la fuerza, sin respaldo moral o racional".<sup>15</sup>

Teniendo en cuenta aquello, se entendía que la incorporación de las leyes orgánicas a nuestra legislación iba a enfrentar esa realidad jurídica impropia de nuestro desarrollo constitucional y generar al menos dos aspectos visibles y trascendentes:

De una parte, evitar que determinadas materias por su importancia queden a la suerte de las mayorías legislativas de carácter coyuntural; y de otra, evitar el envejecimiento de la Constitución dotándole de una estructura jurídica genérica, cuyos contenidos sean desarrollados por la legislación de menor jerarquía, en el propósito de darle una mayor estabilidad para evitar sus reformas reiteradas a fin de adecuar con racionalidad sus preceptos a la realidad política, social, económica y cultura.

Así las leyes orgánicas como categoría intermedia entre la Constitución y la Ley Ordinaria posibilitaría tener un texto constitucional estable, lo cual abonaría para viabilizar una seguridad jurídica fundada en la Constitución como lo describe Roberto Dormi en su obra Derecho Administrativo, al tratar la renovación de principios y valores.<sup>16</sup>

## **CARACTERÍSTICAS DE LAS LEYES ORGANICAS** **CARACTERÍSTICAS FORMALES** **EL QUÓRUM**

En el Ecuador la votación es una de las características formales por excelencia, que se expresa a través del quórum de aprobación, modificación o negativa de un proyecto de ley, que es mayor con respecto a las leyes orgánicas, lo cual se convierte en un obstáculo frente a las mayorías legislativas coyunturales.

En distintos países se ejerce el control de la constitucionalidad como un requisito de carácter previo y obligatorio, esto es, antes de que el cuerpo legal entre en vigencia, con el fin de dotarle al instrumento jurídico de mayor certeza.

En el Ecuador, no existe control de constitucionalidad previo, sino de carácter post facto, o sea cuando la norma jurídica ya está en vigencia y previo a la demanda y declaratoria de inconstitucionalidad, a excepción de lo previsto en el Art. 276 numeral

---

<sup>15</sup> Juan Antonio García Amado- Obra - Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann. Pagina 32.

<sup>16</sup> Roberto Dormí – Obra - Derecho Administrativo, página 29

4) de la Constitución Política para el caso de que el Presidente de la República objete por inconstitucionalidad un proyecto en el proceso de formación de las leyes.

### **LA VOTACIÓN**

Esta es sin duda la característica formal por excelencia en cuanto para la aprobación, modificación o derogatoria de una ley orgánica se necesita de un quórum de aprobación mayor que el que se exige respecto al de las leyes ordinarias.

En el Ecuador, se ha previsto para la aprobación, reforma o derogatoria de una ley orgánica la existencia de la mayoría absoluta de los integrantes del Congreso, siguiendo eso sí, el mismo procedimiento legislativo ordinario y teniendo en cuenta lo constante en los artículos 143, 152 y 153 de la Constitución.

### **PROYECTOS DE URGENCIA ECONOMICA**

El Art. 155 de la Constitución Ecuatoriana establece que el Presidente de la República puede enviar al Congreso Nacional proyectos de Ley calificados de urgencia en materia económica; en este caso, el Congreso deberá aprobarlos, modificarlos o negarlos, dentro de un plazo máximo de treinta días, contados a partir de la recepción del proyecto.

Estableciéndose de igual modo como trámite para la presentación, discusión y aprobación de estos proyectos, el mismo trámite ordinario, con excepción del plazo como quedó indicado anteriormente; y siendo el efecto jurídico el constante en el Art. 156 de la Constitución para el caso de que el Congreso no aprobare, modificare o negare un proyecto de urgencia económica en el plazo establecido para ello.

### **CARACTERÍSTICAS MATERIALES** **LA RESERVA DE LEY ORGANICA**

La reserva legal según Antonio Bascuñan Rodríguez, en su obra El Principio de la Distribución de Competencia, como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas, publicado en la revista chilena de Derecho, número especial, Santiago, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998, Pág. 34, se contrae al "...reconocimiento de un ámbito de competencia cuya regulación se reserva a la potestad legislativa, implicaba la posibilidad de invadir las normas sobre materias de ley establecidas en el ejercicio de otras potestades, aplicando como principio el de la competencia".<sup>17</sup>

En el Ecuador se establecen los límites y condicionamientos de la actividad legislativa en la Constitución, en el Art. 141 para el caso de las leyes ordinarias y en el Art. 142 para las leyes orgánicas.

---

<sup>17</sup> Antonio Bascuñan Rodríguez-Obra-El Principio de la distribución de la Competencia – Pag. 34.

De allí que, las materias que se hallen dentro de la reserva de ley orgánica son de exclusiva regulación por esta clase de preceptos.-

Esto deja en evidencia que el constituyente ecuatoriano estableció con claridad las reservas de legales de carácter orgánico y las de carácter ordinario, dándolas a la primera el alcance de dominio máximo legal y, a la segunda, el de dominio mínimo legal.

Lo cual significa que el dominio máximo legal orgánico implica que solo las materias reservadas a la ley orgánica pueden regularse por preceptos orgánicos según lo previsto en el inciso final del Art. 142, lo cual en principio impediría que exista un problema en relación a la coexistencia de normas ordinarias y orgánicas en el mismo texto.

### **LA INCONSTITUCIONALIDAD DE FONDO**

Que el trámite de formación de una ley orgánica según la Constitución es el mismo que se establece para la formación de la ley ordinaria, con la particularidad de la diferencia que debe cumplirse en el quórum de aprobación, que para el caso de la ley ordinaria es el de la mayoría simple en concordancia con lo previsto en el Art. 152 de la Constitución; en tanto que, para el caso de la formación de la ley orgánica la exigencia del quórum es que se cuente con la mayoría absoluta, o sea, la mitad más uno del total de legisladores, lo cual requiere al menos cincuenta y un votos conformes, del modo previsto en el Art. 143 de la Constitución.

De tal modo que, al haberse aprobado la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa en análisis, con cincuenta y un votos, esto es con la mayoría absoluta de los integrantes del Congreso Nacional, se cumplió con el quórum de Ley orgánica previsto para ello en el Art. 143 de la Constitución Política del Estado y por tanto no se incurrió en inconstitucionalidad por la forma al aprobar dicha ley.

La inconstitucionalidad de fondo de la ley en análisis se produce en tanto ésta no regula ninguna de las materias de ley orgánica señaladas de manera expresa por el constituyente de 1998 y constantes en el Art. 142 de la Constitución Política de la República del Ecuador expedida por la Asamblea Nacional Constituyente y publicada en el R. O. No. 1 de 11 de agosto del año antes indicado.

Al regular esta ley, el servicio civil, lo que regula es la relación que existe entre el estado y el servidor público, o sea, una relación de derecho administrativa; por tanto en esta regulación no está lo concerniente a los procedimientos y organización de la Función Ejecutiva ni de las otras funciones del Estado; y por lo tanto, todo ello no es materia de ley orgánica.

Para visualizar con mayor claridad lo expresado, es necesario tener en cuenta el texto del Art. 24 de la Constitución que dice:

“La administración pública se organizará y desarrollara de manera descentralizada y desconcentrada.

La Ley garantizará los derechos y establecerá las obligaciones de los servidores públicos y regulará su ingreso, estabilidad, evaluación, ascenso y cesación....”.

Observándose como la misma Constitución se remite en cuanto a derechos y obligaciones de los servidores públicos a la “ley” y en el texto del Art. 124 referido no lo califica como “orgánica”, entendiéndose por tanto que el constituyente se refirió a una ley no calificada y por tanto a una ley ordinaria o común.<sup>18</sup>

Así, cuando la Constitución establece que la ley debe ser orgánica lo distingue de ese modo, tal es el caso del Art. 275 que al referirse a la integración del Tribunal Constitucional dice:

“La ley orgánica determinará las normas para su organización y funcionamiento, y los procedimientos para su actuación”

En tanto que, para el caso de las relaciones entre servidor público y estado como quedó expresado, el Art. 124 en referencia solo hace mención a la “...ley...”, esto es, a la ley simple, común u ordinaria.

De tal modo que al habérsela calificado a la Ley en estudio como orgánica se produjo un problema de invasión de reserva.

Ante esta realidad de orden constitucional en la doctrina se han planteado dos posiciones que se contraen desde una posición en la que si se llegaría a declararse la inconstitucionalidad por invasión de reserva tal inconstitucionalidad afectaría a la totalidad de la Ley, esto es, se produce una baja de toda la ley; en tanto que, desde otra posición como la que sostiene Néstor Pedro Sagues, en el sentido de “la inconstitucionalidad del caso en mención se vería reflejada en que ,lo inconstitucional no es la ley en tanto el contenido no lo es de esta naturaleza; cuando ese es el caso; pero si la inconstitucionalidad surge únicamente de habérsela calificado de orgánica, en cuyo caso lo que habría que hacer es bajarle de rango, con lo cual dejaría de ser orgánica y quedar como ordinaria “.

El problema en el caso presente es que la Ley en referencia no solamente que es inconstitucional por la invasión de reserva que ha hecho, sino que además existen una variedad de hechos que ponen en evidencia su inconstitucionalidad y que en adelante las puntualizamos en cada caso.

---

<sup>18</sup> Constitución Política del Estado de 1998.

### **3.3.- OTRA INCONSTITUCIONALIDAD DE FONDO - LA REGULACIÓN DE DOS REGÍMENES JURÍDICOS DIFERENTES, EN LA LEY.**

La Constitución Política de la República del Ecuador, en los incisos segundo, tercero y cuarto del numeral 9 del artículo 35, establecen de manera expresa, los regímenes jurídicos a los cuales estarán sujetos los servidores que laboran en las Instituciones del Estado, y en las personas jurídicas creadas por Ley, para el ejercicio de la potestad estatal; en las Instituciones del Estado que no pueden delegar sus actividades al sector privado; y, en las Instituciones que si pueden delegar total y parcial o totalmente sus actividades del sector privado.

En el primero y segundo caso, se prescribe que, las relaciones con sus servidores, se sujetarán a las Leyes que regulan la Administración pública, salvo de los obreros de las que estarán amparados por el Derecho de Trabajo. En el tercer caso, se determina que las relaciones con sus servidores se regularán por el derecho del trabajo, con excepción de las funciones de dirección, gerencia, representación, asesoría, jefatura departamental o equivalente, las cuales estarán sujetas al derecho administrativo.

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público Codificada, posterior a la Resolución 036 del Tribunal Constitucional dice en los siguientes artículos:

**Art. 1.- Objetivo.-** “El Servicio Civil y la Carrera Administrativa por objeto proponer al desarrollo profesional de los servidores públicos, en búsqueda de lograr el permanente mejoramiento de la eficacia y productividad del Estado y sus Instituciones, mediante el establecimiento, funcionamiento y desarrollote un Sistema Técnico de Administración de Recursos Humanos”;

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

**Art. 5.- Servidores no comprendidos en el servicio civil.-** “No están comprendidos en el Servicio Civil:

g) “Los trabajadores de las instituciones del Estado que se rigen por el Código del Trabajo”

Sin embargo del tenor de la antes mencionada disposición del artículo 5 de la Ley Orgánica, de manera inconstitucional en su segundo libro, se incluyen a los trabajadores de las Instituciones del Estado que se rigen por el Código del Trabajo, y además a los trabajadores que laboran en las Empresas Privadas, que tienen participación accionaria que pertenece alguna Institución del Estado, lo cual como lo veremos más adelante también vulnera la Ley Suprema.

El Segundo Libro tiene la siguiente denominación: De Unificación y Homologación de las Remuneraciones e indemnizaciones del Sector Público y Entidades del Sector Público y Entidades de Derecho Privado en las cuales las Instituciones del Estado tengan participación mayoritaria de recursos públicos, a partir del artículo 103, al establecer el objeto dice lo siguiente:

**Art. 102.- OBJETO.-** “El presente libro tiene por objeto unificar y homologar los ingresos que perciben los dignatarios, autoridades, funcionarios, servidores y trabajadores de los organismos y entidades mencionados en el artículo anterior, con el propósito de racionalizarlos y transparentar su sistema de pago, así como lograr mejores niveles de eficiencia, eficacia, productividad y competitividad en la prestación de los servicios públicos”.

Lo anteriormente transcrito nos permite, concluir que esta Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, primero excluye a los trabajadores de su régimen; mas luego, incluye en su regulación, a los trabajadores amparados por el Código del Trabajo y la Contratación Colectiva, lo cual constituye una violación al precepto constitucional del numeral 9, inciso segundo, tercero y cuarto del artículo 35 de la Constitución.

En igual sentido, incurren en esta inconstitucionalidad de fondo los siguientes artículos de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa Codificada, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 113, 114, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, Disposiciones Generales Primera, y Segunda, Disposiciones Transitorias Quinta, Séptima, Octava, y Décima Primera, pues en cada una de ellas se hace mención a los trabajadores sujetos al Código del Trabajo, y a la Contratación Colectiva del Trabajo.

Para efectos de corroborar nuestros asertos, nos permitiremos transcribir las siguientes normas de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que de manera expresa, determina normas para regular la suscripción y revisión de los contratos colectivos de trabajo, las actas transaccionales, los contratos individuales del trabajo, y la distribución de las utilidades, Instituciones propias del Código del Trabajo.

**Art.110.-** Obligaciones previa para sociedades y sus administradores.- Los administradores de las entidades de derecho privado en las cuales las instituciones del Estado tienen participación mayoritaria de recursos públicos y de las sociedades constituidas al amparo de otras Leyes o de la Ley de Compañías, previo a la suscripción y revisión del contratos individuales y colectivos , actas transaccionales, actas de finiquito u otra modalidad en que se determine pagos, que impliquen egresos económicos, deberán sujetarse a las regulaciones que para tales fines establezca la secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público.

Los miembros de directorios, administradores y quienes ejerzan la representación en estas entidades, empresas o sociedades tendrán la calidad de mandatarios y no les vinculará relación de dependencia laboral con las mismas.

## **DISPOSICIONES GENERALES**

**SEGUNDA:** “El monto de la indemnizaciones por eliminación o supresión de partidas del personal de las instituciones, entidades y organismos determinadas en el artículo 101 de esta Ley, se pagará por un monto de mil dólares de los Estados Unidos de América por un año de servicio, hasta un máximo de treinta mil dólares de los Estados Unidos de América, en total.

Los contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito y otros acuerdos que celebren las instituciones y entidades señaladas en el artículo 101 de esta Ley Orgánica, *con sus trabajadores*, en ningún caso podrá estipular pagos de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones empresariales por terminación de cualquier tipo de relación individual de trabajo que excedan los valores y porcentajes señalados en el inciso primero de esta disposición.

La autoridad nominadora, administrador, delegado o representante que incumpliere con lo dispuesto en el inciso anterior, estará incurso en las causales de responsabilidad administrativa, civil o penal”.

## **DISPOSICIONES TRANSITORIAS**

**QUINTA:** “En las entidades de derecho privado en las cuales las instituciones del Estado tienen participación mayoritaria de recurso públicos, ningún trabajador podrá percibir por concepto de utilidades anuales una suma superior al uno punto cinco veces el PIB por habitante del año inmediato anterior. Los excedentes de las utilidades de estas empresas, serán irrepartibles y se destinarán a la ejecución de programas de desarrollo humano que demande la población ecuatoriana; para este fin, dichos excedentes serán depositados íntegramente en la cuenta que mantiene el Fondo de Solidaridad en el Banco Central del Ecuador, a más tardar dentro de los treinta días siguientes a la fecha de liquidación de utilidades.

**SÉPTIMA:** Previa a la suscripción de los contratos colectivos de trabajo o actas transaccionales.- se obtendrá el informe y dictamen favorable de la Procuraduría General del Estado y se observará de manera obligatoria lo previsto en el artículo 56 de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas. La inobservancia de esta disposición legal, hará incurrir al funcionario que suscriba o autorice dichos contratos o actas, en la destitución del cargo por parte de la autoridad nominadora sin perjuicio de las responsabilidades civil o pecuniaria y en la infracción definida en el artículo 257 del Código Penal”.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público- Mayo 2005.

Comentario.- Estas disposiciones legales, están dirigidas a terminar con la contratación colectiva de trabajo en el sector público, que en esencia constituye el convenio o acuerdo bilateral entre empleadores y la asociación profesional de trabajadores, de fijar las condiciones de trabajo, mientras que de cumplirse con el mandato del artículo 110 del proyecto, las condiciones de trabajo que se determinen en la contratación colectiva de trabajo serían IMPUESTAS Y NO CONCERTADAS entre las partes de la relación laboral.

En definitiva, las citadas disposiciones de la Ley impugnada, vulneran las garantías constitucionales prescritas en los numerales 3, 4 y 12 del artículo 35 de la Constitución Política de la República, referentes a la intangibilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores, y a la garantía especial de la contratación colectiva, prevista en el numeral 12 del artículo 35 de la Constitución, según la cual: “Se garantizará especialmente la contratación colectiva; en consecuencia, el pacto colectivo legalmente celebrado no podrá ser modificado, desconocido o menoscabado en forma unilateral”.

En igual sentido, de aprobarse estas normas de la Ley violentan el artículo 16 de la Constitución que dice: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”.

Estas observaciones puntuales coincide con la prohibición determinada en el inciso final del artículo 18 de la Constitución, que expresamente dice: “Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

### **3.4.- VIOLACION AL CONVENIO INTERNACIONAL No. 98 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

Las disposiciones de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que han sido singularizadas, violentan el Convenio No. 98 de la Organización Internacional del Trabajo, debidamente suscrito y ratificado por el Ecuador, según el cual el Estado debe garantizar “el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.<sup>20</sup>

El Convenio 98 de la O. I. T., forma parte del Ordenamiento Jurídico de la República y prevalece sobre leyes y normas de menor jerarquía, entre las cuales está la Ley Orgánica de Servicio civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, atento al enunciado del artículo 163 de la Constitución Política del Estado.

---

<sup>20</sup> Convenio 98. OIT.

### **3.5.- OTRAS VIOLACIONES CONSTITUCIONALES**

En el título II Unificación de las Remuneraciones, capítulo I, artículo 104, literal c), al no incluir en la remuneración mensual unificada, los ingresos que corresponden por trabajos suplementarios y extraordinarias, laboradas por los servidores y trabajadores, se vulnera el precepto del numeral 14 del artículo 35 de la Constitución Política.

La disposición transitoria segunda, al prescribir que a partir de la expedición de la Resolución de la SENRES que contenga la Escala Nacional de Remuneraciones Mensuales Unificadas, quedarán sin efecto todas las escalas de remuneraciones, salarios, o ingresos en general que hasta esa fecha hayan regido para la determinación de las remuneraciones de los servidores de las Entidades y Organismos contemplados en el Art. 101 de esta Ley; violenta la garantía constitucional consagrada en el numeral 3º y 4º del artículo 35 de la Constitución Política de la República, referente a la intangibilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores y la obligación del Estado de adoptar las medidas para su ampliación y mejoramiento. Toda esta normativa, como hemos demostrado viola las garantías constitucionales que amparan a los trabajadores del Sector Público y además los preceptos de derecho social consagrados en los Convenios 87 y 98 de la OIT, ratificados por el Ecuador y promulgados en el Registro Oficial Ecuatoriano.

### **3.6.-OTRA INCONSTITUCIONALIDAD DE FONDO - LA REGULACION DEL SECTOR PRIVADO EN UNA LEY DEL SECTOR PUBLICO - .**

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones e indemnizaciones del Sector Público y Entidades del Sector Público, en su primer libro regula de manera expresa, “ el desarrollo profesional y personal de los servidores públicos en búsqueda de lograr el permanente mejoramiento de la eficiencia, eficacia y productividad del Estado y sus Instituciones”, pero luego al destacar el ámbito del indicado libro, en el artículo 3º, incorpora a las corporaciones, fundaciones, empresas, compañías y en general sociedades en las cuales las Instituciones del Estado tengan mayoría de acciones o un aporte total o parcial de capital bienes de su propiedad al menos en un cincuenta por ciento.

En el Libro Segundo, la Ley en el artículo 101 referente al ámbito de este libro, dice de manera expresa en la segunda parte del primer inciso: “ Se extenderá a las entidades del derecho privado, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación este integrado en el cincuenta por ciento o mas por instituciones del Estado o recursos públicos”. Luego en el artículo 107 dispone la unificación de las remuneraciones para los trabajadores del sector público y de las entidades de derecho privado.

Estas disposiciones de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y

de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, violenta los enunciados de los artículos 245 y 249 de la Constitución Política del Estado, que en su orden dice: “La economía ecuatoriana se organizará y desenvolverá con la coexistencia y concurrencia de los sectores público y privado. Las empresas económicas, en cuanto a sus formas de propiedad y gestión, podrán ser privadas, públicas, mixtas y comunitarias o de autogestión. El Estado las reconocerá, garantizará y regulará. (Lo resaltado es nuestro)

La Inconstitucionalidad de Fondo, se ratifica de manera concluyente, con el claro mandato del artículo 249 de la Carta Suprema, que dice: “Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la Ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones”. (Lo resaltado es nuestro).

Esta disposición constitucional al establecer que la provisión de servicios públicos pueden hacerlo mediante capitalización y traspaso de propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual de acuerdo con la ley, se encuadra en lo que la doctrina constitucional llama las “normas programáticas”, que son aquellas que encierran principios, declaraciones y orientaciones que para adquirir vigencia requieren de una ley ordinaria que las desarrolle y coloque en actitud de ser aplicadas.

Para citar un caso de la violación que comentamos, nos referiremos a la situación de los trabajadores del sector eléctrico, que tienen una ley propia que los rige para todos los efectos, y que en este caso se encuadraría en la situación prevista en la norma del artículo 249 de la Ley Suprema, porque la ley que desarrolla y aplica la disposición del citado artículo, es la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, que en su artículo 26 dice de manera específica: “Régimen de las empresas de generación, transmisión y distribución.- La generación, transmisión o distribución de energía eléctrica será realizada por compañías autorizadas y establecidas en el país, de conformidad con esta Ley y la de Compañías. Las compañías a las que se refiere esta disposición, independientemente de su estructura accionaria se someterán para todos los efectos, incluyendo el tributario y el laboral, al régimen legal aplicable para las personas jurídicas de derecho privado”. (Lo resaltado es mío).

Definido de esta manera en la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, que las compañías conformadas de conformidad con esta ley y la de compañías se someterán al régimen legal aplicable para las personas jurídicas de derecho privado, no puede una nueva ley, aunque tenga el carácter de orgánica, cambiar el régimen laboral de los trabajadores del sector eléctrico, porque la parte final del artículo 249 de la Constitución Política de la República, establece de manera expresa una prohibición bajo el siguiente texto terminante: “Las condiciones contractuales

acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones”.  
(Lo resaltado es nuestro).

Por estas consideraciones, los artículos 3, 102, 108, y 111, de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, violan de manera flagrante los artículos 245 y 249 de la Constitución Política de la República del Ecuador, por lo tanto incurren en una inconstitucionalidad de fondo.

Además, estas normas de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, que violentan los expresos mandatos constitucionales antes citados, no tienen valor alguno, atento lo expresado por el artículo 272 de la Constitución Política del Estado, que dice:

“**Art. 272.-** La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.

Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquica superior”.

### **3.7.- CRITERIOS DOCTRINARIOS SOBRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO**

#### **CONCEPTOS DEL DERECHO PÚBLICO Y DEL DERECHO PRIVADO.**

Según el tratadista Guillermo Cabanellas, el Derecho Público es el conjunto de normas reguladoras del orden jurídico relativo al Estado en sí, en sus relaciones con los particulares y con otros Estados, el que regla los actos de las personas cuando se desenvuelven dentro del interés general que tiene por fin el Estado, en virtud de delegación directa o mediata del poder público.<sup>21</sup>

Por su parte el Derecho Privado rige los actos de los particulares cumplidos en su propio nombre, en el que predomina el interés individual frente al general o derecho público.

Es importante una vez que se cuenta con la definición del Derecho Público así como del derecho Privado, señalar que las instituciones jurídicas y la propia Teoría del Derecho no surgieron ni se transformó de manera total o absoluta en forma aislada o independiente. Como todos los fenómenos súper estructurales resultaron en última instancia de los acontecimientos y de las iniciativas individuales en el cuadro de una

---

<sup>21</sup> Guillermo Cabanellas – obra- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo 3, página 148

estructura social determinada, ya que expresan a través de las complejas relaciones de las personas, la trama socio económica total de un sistema histórico dado, y reflejan a su vez todas las transformaciones y cambios que este va experimentando; esta situación ha provocado no solo el nacimiento de las normas formales consuetudinarias o de la jurisprudencia, sino además la modificación y extinción de aquellas que no guardan congruencia con la verdadera vida del derecho.

En consecuencia el derecho resultaría público o privado según quien la colectividad o el individuo aprovechen su utilidad en su beneficio, así entendido, el Derecho Público regula la estructura del estado y sus relaciones con los individuos y el Privado fijaría los derechos subjetivos de los particulares y las relaciones de éstos entre sí.

La aparición de esta distinción implica el reconocimiento de la separación y necesario respecto de ambas esferas pública e individual, pero no excluye el mayor peso que tiene la primera de las nombradas.

## **DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO**

En este punto hay que enunciar al menos que ya en el Derecho Romano existía esta diferenciación, misma que en el período de la edad media al liberalismo se comparte entre varias instituciones del Estado como la Iglesia, los nobles, etc., para durante el siglo XIX época de expansión y florecimiento de la burguesía laboral, se mantiene la división romanista, si bien cambiando el criterio diferencial entre ambas, así para autores como Savigny este criterio debe acentuarse en lo que respecta más que en los intereses, en el fin o propósito buscado por la ley; cuando el Estado es el fin, y el individuo lo secundario, nos estamos refiriendo al derecho público, si en cambio es al contrario, es decir el individuo es el fin y el Estado lo secundario, nos referimos al Derecho Privado.

Es por ello que el Derecho Público se refiere a bienes o aspectos no patrimoniales, la norma es de dicho derecho si el ejercicio de la potestad, protección jurídica e incluso la sanción pertenece al Estado, y cuando uno de los sujetos activo o pasivo o ambas son el Estado o una autoridad, y si se trata de lo contrario estamos frente al derecho Privado, es decir si los bienes son patrimoniales, la potestad, protección jurídica y las sanciones corresponden al individuo y cuando ambos sujetos son personas o grupos sin carácter estatal o de autoridad.

Sin embargo de lo dicho existen puntos de vista diversos, pues hay autores que creen ver en la administración pública dos personalidades, la pública y la privada; en tanto que otros dicen que solo tiene una personalidad que se manifiesta en dos aspectos, el público y el privado.

Así tenemos que autores como Duguit, afirman que la personalidad del Estado no existe, ni en Derecho Público ni el Derecho Privado, todos los derechos y obligaciones que se dicen radican en la personalidad del estado pueden aplicarse sin necesidad de inventar esa personalidad como una cooperación de servicios públicos organizados y contratados por los gobernantes.

Autores como Laband y Jellinek atribuyen al Estado doble personalidad jurídica única de Derecho Público y de Derecho Privado, esta situación se ha objetado indicando que sería solo aceptable si se identificara la duplicidad de finalidades u objetivos del Estado, lo cual choca con el concepto unitario que de este tiene la doctrina moderna.

Así el estado poder público y el Estado persona moral de derecho privado constituyen un solo y mismo sujeto de derecho, si se les divide en forma arbitraria, sea fraccionando el Estado en personalidades, sea lo que es lo mismo, limitando la idea de personalidad a una sola de estas manifestaciones, la del derecho privado, se llegaría a consecuencias inaceptables como señalar o sostener que el Estado, poder público, no es responsable de los actos ejecutados por el Estado, persona moral privada y viceversa.

Sin duda puede ser de mucha utilidad el distinguir en el Estado las dos fases antes indicadas, pero nunca se podrá llegar a una teoría real si no se mantiene el principio de que todos los actos del Estado deben ser considerados como los de una unidad, que tiene órganos y manifestaciones diversas, en consecuencia en los poderes del Estado habrá siempre presencia de circunstancias que determinen que estemos frente al derecho público o privado, según la forma en que los actores se presenten en el tipo de situación de que se trate.

Es por ello que resulta complejo y difícil establecer en forma clara y precisa una diferenciación entre las entidades de los sectores público y privado, ya que incluso en los estados contemporáneos algunas entidades públicas o de Derecho Público, cumplen actividades comerciales, industriales o incluso de prestación de servicios, las que requieren de normas públicas y privadas para su normal funcionamiento, ya que si solo se les aplicaría el derecho público, su funcionamiento se vería afectado y ello dificultaría la consecución de sus fines, a la inversa, si se aplicaría solo el derecho privado, en ciertos casos se estaría contraviniendo la finalidad pública que conlleva la presencia de requisitos como los de su constitución, el control del patrimonio estatal, entre otros.

Finalmente es importante dejar en claro algunas claras diferencias entre el derecho público y el privado.

Así tenemos que en derecho público en las que situaremos a las instituciones o entidades de dicho sector y en derecho privado a las entidades con dichas funciones, se diferencian principalmente por las diversas facultades que les entrega la propia ley a cada una de ellas, sus fondos, y bienes son diferentes, su control está supeditado a la estructura estatal en el derecho público, como por ejemplo Contraloría General del Estado.

En conclusión dependiendo del tipo de actividad que resulte entre la presencia del Estado y/o los particulares se tratará de derecho público o privado, teniendo como

base para esta determinación el concepto de cada uno de ellos en los que indistintamente pueden participar sujetos de derecho público o privado.

La actual ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa regula las relaciones laborales existentes entre las entidades del sector público y sus servidores o empleados sujetos a dicho régimen laboral, constituyendo una norma de derecho público entre el estado y los particulares en donde el fin es la entidad y no el individuo.

## **CONCLUSIÓN**

Una vez que se han establecido en forma clara y precisa los ámbitos de aplicación, así como las diferencias básicas entre lo que la doctrina ha denominado el Derecho Público y el Derecho Privado, es preciso que determinemos algunas características propias de cada uno de ellos, especialmente en lo que hace relación a la legislación.

En nuestro país como en la gran mayoría de los Estados cuyo sistema es el presidencial, en donde claramente se encuentran delimitadas las facultades de los Poderes del mismo, es evidente que existen normas que rigen en forma privativa sea para el derecho Público o para el Derecho Privado.

En el Ecuador probablemente esta situación se encuentre más claramente pronunciada en la Legislación Laboral conocida como Derecho Laboral o del Trabajo, en donde las relaciones de dependencia contractual están dadas en forma clara en tratándose del derecho Público o el Derecho Privado.

Así encontramos que la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa regula las relaciones laborales entre los denominados servidores públicos y su patrono el estado, representado por las diferentes entidades que conforman el sector público, es importante señalar que nuestra legislación sigue permitiendo que dentro de estas instituciones se encuentren trabajadores o empedados que por la naturaleza de su actividad, regulan su relación laboral por normas de derecho privado como son el Código del Trabajo, situación que ratifica el tratamiento diferente que el propio ordenamiento jurídico entrega al Derecho Público y al Derecho Privado.

En el sector privado las relaciones contractuales están regladas por el citado Código del Trabajo, no siendo admisible el caso de que por excepción o cualquier otro motivo, exista ingerencia o intromisión del Derecho Público a través de la citada Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

Otra gran materia en la que existe marcada diferencia entre la legislación Pública y la Privada, es la que hace relación a los sueldos o salarios, mientras que en Derecho Público rige la Ley de Remuneraciones, en el derecho Privado lo hace el Código del Trabajo.

En consecuencia con estos dos aspectos que a nuestro parecer son los más relevantes, se confirma que la legislación del Derecho Público no admite intromisión de la del Derecho Privado y viceversa, que la jurisdicción, ámbito de aplicación y

alcance de la normatividad está dada por la actividad que se desarrolla sea en las entidades o instituciones públicas o privadas.

### **3.8.- LA LEY ORGANICA DE SERVICIO CIVIL Y CARRERA ADMINISTRATIVA Y DE UNIFICACIÓN Y HOMOLOGACIÓN DE LAS REMUNERACIONES DEL SECTOR PÚBLICO, VULNERA EL ESTADO DE DERECHO Y LA SEGURIDAD JURIDICA**

La Constitución Política de la República del Ecuador, en su artículo 1º dice: “ El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico...”

#### **El Estado de Derecho**

Es definido por Guillermo Cabanellas, en su Obra “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Tomo III, página 571, en los siguientes términos: *“Calificando ética y socialmente al Derecho, que no se considera tal cuando no tiene por espíritu lo justo, lo equitativo y lo bienhechor, por Estado de Derecho se entiende aquella sociedad, políticamente organizada, donde la ley está sobre los gobernantes, y no a la inversa, y por ello rige por igual entre todos los ciudadanos. En la actualidad exige la existencia y la vigencia de una Constitución; y, en otros tiempos, un estatuto tradicional de equilibrio entre los Poderes que se cumple, o que, si se infringe, lleva consigo las consiguientes reparaciones privadas o las sanciones criminales previstas.”*<sup>22</sup>

El Diccionario Jurídico Espasa, en la página 659 conceptúa el Estado de Derecho, del siguiente modo:

*“Forma política caracterizada por la sumisión del poder al derecho, mediante la limitación jurídica de su actividad. Frente al Estado Absoluto, el Estado de Derecho se fundamenta en la separación de poderes, el respeto de los derechos fundamentales, el principio de legalidad de la actuación administrativa y la responsabilidad del Estado, facilitada por el reconocimiento de su personalidad jurídica. La doctrina identifica diversas etapas en el Estado de Derecho, que nace de la Revolución Francesa: Estado Liberal, Estado Social, y Estado Democrático de Derecho.”*<sup>23</sup>

La Constitución Española declara en su artículo 1 que España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

---

<sup>22</sup> Guillermo Cabanellas – Obra Citada – III Tomo- página 571.

<sup>23</sup> Diccionario Jurídico Espasa- página 659.

Como concreción de esa declaración general, la Constitución garantiza ( Art. 9.3) *“el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos fundamentales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*.<sup>24</sup>

De las definiciones doctrinarias de lo que en esencia constituye el Estado de Derecho, consideramos que esta Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, ha destruido la esencia del mandato constitucional consagrado en el artículo 1º de la Carta Magna Ecuatoriana, que declara al Ecuador un Estado social de Derecho, imponiendo en su reemplazo, la anarquía en los regímenes jurídicos determinados para el sector público y el sector privado, en la Constitución Política de la República, creando un sistema de total inseguridad jurídica, que conspira con el desarrollo del País.

La Constitución Política de la República, al respecto en el artículo 23, dice de manera textual:

“Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los Instrumentos Internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas las siguientes:

### **La Seguridad Jurídica.**

La Seguridad Jurídica es considerada por el mismo Autor Guillermo Cabanellas en su Obra “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Tomo VII, página 329, en la siguiente concepción:

“La estabilidad de las instituciones y la vigencia auténtica de la Ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz, ante desconocimientos o trasgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce el *Estado de Derecho*.”<sup>25</sup>

El Diccionario Jurídico Espasa, nueva edición totalmente actualizada, en la página 1302, define así a la seguridad jurídica:

*“Cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el cuidado sobre lo que es Derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro ( Sainz Moreno). La seguridad jurídica establece ese clima cívico de confianza en el orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de Derecho (Pérez Luño), Supone el conocimiento de las normas vigentes, pero también una cierta estabilidad del ordenamiento. La Constitución Española ( Art. 9.3) garantiza la seguridad jurídica*

---

<sup>24</sup> Constitución Española.

<sup>25</sup> Guillermo Cabanellas – Obra citada – Tomo VII, página 329.

*junto a otros principios del Estado de Derecho (Jerarquía y Publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad), cuya suma constituye según ha declarado el Tribunal Constitucional ( STC. 27 – 1981), equilibrada de tal suerte que permita promover en el orden jurídico la justicia y la igualdad, en libertad, no obstante el Tribunal ha señalado también (STC 126 – 1987). El Principio de Seguridad no puede erigirse en valor absoluto por cuanto daría lugar a la congelación del ordenamiento, y éste debe responder a la realidad social de cada momento”.*<sup>26</sup>

Estos conceptos sobre la seguridad jurídica, seguramente fueron ignorados de manera deliberada por la mayoría legislativa que aprobó el proyecto de Ley Orgánica, remitido por el Poder Ejecutivo, calificada con el carácter de urgente en materia económica, impidiendo el razonamiento y meditación de la Legislatura sobre estos principios básicos y fundamentales del Estado de Derecho y de la Seguridad Jurídica que son consustanciales con el régimen democrático de un País. En el mismo sentido debe haber ocurrido con el Poder Ejecutivo, en el apresuramiento de la expedición en el Registro Oficial, de esta Ley, pues en este Honorable Tribunal Constitucional, se presentó al trámite una demanda de inconstitucionalidad de esta Ley, por el propio señor Presidente Constitucional de la República.

### **310.- LOS JUSTIFICATIVOS DE LA LEY ORGANICA DE SERVICIO CIVIL Y CARRERA ADMINISTRATIVA Y DE UNIFICACIÓN Y HOMOLOGACIÓN DE LAS REMUNERACIONES DEL SECTOR PÚBLICO**

Los impulsores de esta Ley Orgánica, tenían dos propósitos fundamentales: 1) Superar por la jerarquía de orgánica a los contratos colectivos, que han sido considerados como leyes especiales, para las partes contratantes; y 2) Debilitar a las organizaciones laborales del sector público en su libre desenvolvimiento para la negociación de los contratos colectivos. Y estos propósitos surgen luego de la expedición de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, que teniendo el carácter de ordinaria, siempre se imponía por sobre sus mandatos, las normas de la Contratación Colectiva.

Al término del periodo gubernamental del Presidente Dr. Gustavo Noboa, por iniciativa de su Ministro de Trabajo, Martín Inzua Chang, presentó al Congreso Nacional un proyecto de Ley Orgánica dirigido a regular las remuneraciones en el sector público, calificándolo de urgente en materia económica, con el claro objetivo de limitar a la contratación colectiva, en lo que se había dado por llamar “la burocracia dorada y sus privilegios”, pero en esta oportunidad el Parlamento negó el trámite de esta Ley Orgánica, justamente basados en el precepto del artículo 142 de la Constitución Política del Estado.

Con el advenimiento del Gobierno presidido por el Ingeniero Lucio Gutiérrez Borbúa, se retomó la idea de Gustavo Noboa, pero trastocando el mandato constitucional

---

<sup>26</sup> Diccionario Jurídico Espasa página 1302.

referente al régimen de los servidores sujetos al Derecho Administrativo y de los trabajadores amparados por el Derecho del Trabajo, involucrando a los dos regímenes en uno solo, en el ámbito de una Ley de la Administración Pública. Los justificativos eran la unificación y la homologación de las remuneraciones del sector público. Se afirmaba que habiéndose producido la unificación de las remuneraciones en el sector privado era menester proceder con el mismo tratamiento en el sector público. La unificación a su vez permitía conocer el monto real de las remuneraciones que percibían las autoridades, funcionarios, y trabajadores, con lo cual podía iniciarse un proceso de homologación según el cual se congelaba los sueldos y salarios privilegiados y onerosos, y poco a poco se acortaba la brecha entre los empleados y trabajadores que percibían exorbitantes sueldos y salarios, frente a los que realizando las mismas actividades o cumpliendo los mismos servicios percibían sueldos y salarios menesterosos.

### **3.11.- RESOLUCION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL No. 036 –2003-TC**

La Resolución del Tribunal Constitucional, signada con el No. 036 – 2003 – TC, fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 440 del 12 de octubre del 2004, y vamos a citar los principales considerandos relacionados con nuestro estudio para luego emitir nuestras propias conclusiones y las apreciaciones de lo que realmente constituye esta Resolución, que en nada afectó las normas inconstitucionales de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.

En efecto la Resolución en su considerando **CUARTO**, en lo referente al cuestionamiento e inconstitucionalidad sobre la calidad de orgánica que se señala en su título y en su primera disposición final, se remite al enunciado de los artículos 35 y 142 de la Constitución, estableciendo, que el derecho laboral es uno de aquellos que constituyen los “derechos fundamentales” contemplados en la Carta Suprema, concluyendo que “la Ley que se examina procede a regular ese derecho fundamental ciudadano, es decir el derecho al trabajo, reconocido además como un deber social, al tenor de lo previsto en el artículo 35 de la Carta Política, cumpliéndose por ende el supuesto del citado numeral tercero del artículo 142, por lo que no ha lugar la demanda de inconstitucionalidad.

Respecto a la demanda de inconstitucionalidad por haberse violentado el artículo 148 de la Constitución, el Tribunal en su considerando **QUINTO**, indica que la Ley impugnada contiene materias interconectadas por disposición de la misma Constitución, por lo que en definitiva, tanto el tema del servicio civil y la carrera administrativa como el de homologación de remuneraciones en el sector público, se refiere a una misma materia o asunto : desarrollar el contenido del artículo 124 de la Constitución Política , razón por la cual no existe violación del artículo 148 de la Constitución.

Sobre el ámbito de la ley que también fuera cuestionada su constitucionalidad el Tribunal en su considerando **SEXTO**, hace una referencia que podría ser fundamental para el objetivo del cumplimiento constante en el numeral 9º del artículo

35 de la Constitución al afirmar que en todo caso, se hace presente que las disposiciones de esta Ley **no alcanzan a los obreros**, sin embargo concluye diciendo que el artículo 3 de la Ley demandada guarda conformidad con las normas constitucionales citadas, por lo que su impugnación carece de sustento y; en consecuencia, se la desecha”.

El mas importante por lo trascendente de la contradicción e inconstitucionalidad de la Ley cuestionada, es el pronunciamiento del considerando **SÉPTIMO**, que se refiere a la letra g del artículo 5 de la Ley No 2003-17, que excluye a los trabajadores del servicio civil, sin embargo en el inciso final los somete a esta Ley. El Tribunal se pronuncia en el sentido de que es **inconstitucional** la inclusión de la letra “g” en el artículo 1, letra d, de la Ley No 2004-30 que añade el inciso final al artículo 5 de la Ley No 2003-17. Esta es la primera declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley, que declara el Tribunal.

La segunda declaratoria de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, es el considerando **DÉCIMO NOVENO**, que se remite al texto del artículo 108, con el título Unificación de las remuneraciones para los trabajadores del sector público y las entidades de derecho privado en las cuales las instituciones del Estado tienen participación mayoritaria de recursos públicos, **sujetos al Código del Trabajo**. Frente a esta norma el Tribunal señala que por lo expuesto en los considerandos sexto y décimo sexto de esta Resolución, el ámbito de esta Ley no alcanza a los trabajadores sujetos al Código del Trabajo (obrerros), sino a los funcionarios y empleados de las entidades señaladas en los artículos 3 y 102 de la Ley No 2003-17. La inclusión de obreros dentro del régimen de esta Ley contradice lo dispuesto en el número 9 del artículo 35 de la Constitución que los excluye expresamente del Derecho Administrativo y los incluye, también de modo expreso, en el Derecho del Trabajo; Por lo expuesto, son inconstitucionales las frases “, sujetos al Código del Trabajo” que constan tanto en el título como en el texto del artículo 108 de la Ley No 2003-17, lo que así se declara.

El considerando que mas contradicción guarda entre la reflexión y la conclusión es el enunciado en el **TRIGÉSIMO** de la Resolución 036, pues la impugnación se refiere a la restricción que se hace en el monto de las indemnizaciones por la terminación de la relación laboral, se formulan en los contratos colectivos y actas transaccionales, frente a lo cual el Tribunal primeramente reconoce que **la contratación colectiva es un derecho consagrado en la Constitución**, sin embargo luego concluye afirmando que **esta disposición general no resulta inconstitucional**.

Contrario a lo anterior el Tribunal en el considerando **TRIGÉSIMO SEGUNDO** de su Resolución, retoma la justicia constitucional, cuando se refiere a los trabajadores tercerizados a quienes se les puede retener o descontar algún valor por concepto de la intermediación. El Tribunal al respecto dice:..que, en definitiva, las remuneraciones de los servidores públicos deben pagarse de forma íntegra, sin ninguna deducción o retención a favor del empresario tercerizador , razón por la cual la frase “del ochenta por ciento” contenido en el inciso final de esta disposición general se declara **inconstitucional**.

Un pronunciamiento que cuestionamos por su contenido, es el **TRIGÉSIMO SÉPTIMO**, pues declara constitucional, el de que en una Ley del Derecho Administrativo se regule **las utilidades**, y se las limite cuando estas se refieren a los trabajadores del sector público, sin embargo el Tribunal cuestiona solo la calificación como “transitoria” una disposición que, por su contenido, tiene carácter de norma permanente, pues establece lo que los trabajadores de las entidades de derecho privado en las cuales existe participación mayoritaria de recursos públicos recibirán por concepto de utilidades anuales y que sus excedentes son irrepartibles, destinándose estos a programas de desarrollo humano, para lo cual se depositarán en la cuenta del Fondo de Solidaridad, la impugnación se desecha por lo señalado en los considerandos sexto y décimo quinto de esta Resolución, a cuyos señalamientos el Tribunal se remite. La contradicción del Tribunal es evidente, ya que en tales considerandos se excluye a los obreros y trabajadores de la regulación de esta Ley.<sup>27</sup>

### **3.11.- COMENTARIO A LA RESOLUCION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

La resolución dictada por el Tribunal Constitucional, dentro de las demandas de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, ha motivado que se pueda debatir el alcance de la interpretación laboral que formula el Tribunal, frente a la situación en que a los trabajadores amparados por el Derecho del Trabajo, se les sujeta a una Ley perteneciente al Derecho Administrativo. Para tal efecto se formula el análisis bajo los siguientes parámetros.

#### **EL DERECHO LABORAL Y SU INTERPRETACIÓN COMO DERECHO SOCIAL.**

El Derecho laboral ante todo constituye una ciencia social del Derecho Público, donde los sujetos y objetos pertenecen al campo de las relaciones individuales y colectivas entre las personas, con asistencia de principios, normas e instituciones legales en relación con los trabajadores, con el trabajo, con los empleadores y con los organismos gremiales o de clase. El alcance de nuestra legislación como otras tantas, abarca también los derechos y garantías del empleador, los órganos judiciales, pero sobre todo protege intereses y derechos de la sociedad en su conjunto. Con la idea del derecho del trabajo como un derecho individual y a su vez como deber social se busca, de alguna manera, enterrar el individualismo radical del sistema capitalista, para el cual la persona queda carente de derechos contra la sociedad, este criterio fundamental hace que el Estado este obligado a crear las condiciones necesarias para garantizar a los seres humanos la posibilidad de trabajar para su propio beneficio, el de su familia y de la sociedad en su conjunto.

Cuando se refiere de manera general a la interpretación debemos tomar en cuenta primeramente las normas que rigen la interpretación en general, recogidas por el

---

<sup>27</sup> Resolución 036-TC –diciembre del 2003.

título preliminar del Código Civil, estas podríamos decir tienen la categoría de normas generales de la interpretación del derecho en general. La especialización del derecho laboral y su característica de derecho social hacen que estos principios del derecho en general sean matizados por este carácter adquiriendo independencia de los primeros con sus propias connotaciones y alcances.

Como lo manifiesta Julio Cesar Trujillo, en su Obra: "Derecho del Trabajo, Tomo I, "No hay unidad de criterio entre los tratadistas acerca de los caracteres específicos y de los principios propios y peculiares del Derecho del Trabajo; sin embargo, la fisonomía y sustantividad propias del Derecho del Trabajo provienen de esos caracteres y principios peculiares que, además, se manifiestan en las instituciones, sujetos, objeto, consecuencia e interpretación de las normas laborales"<sup>28</sup>

## **CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO LABORAL**

El Derecho laboral como derecho social tiene una serie de particularidades, que son indispensables de citar para comprenderlo, esta le dan su marcada autonomía que en la actualidad nadie discute puesto que regula una serie de relaciones jurídicas propias, cuenta con sus instituciones, principios y normas especiales, distintas de las otras ramas del derecho destacando las siguientes:

**JUSTICIA SOCIAL.-** Que constituye una verdadera doctrina sobre un mejor trato y retribución a la clase trabajadora, la cual tiene el derecho a satisfacer todas las necesidades materiales de él y su familia

**PROTECCIÓN ESPECIAL AL OBRERO.-** Que constituye una tutela al trabajador, por ser considerado la parte más débil de la relación laboral.

**EQUILIBRIO ENTRE LOS DOS FACTORES DE LA PRODUCCIÓN.-** Que trata de armonizar el capital y el trabajo. Representados por la desigual situación entre el empleador y el trabajador.

**EQUIDAD.-** Que pretende resolver los conflictos surgidos de la relación laboral, asistida por la conciencia y la moral, más allá de la letra de la norma, sin desatender la obligación de los jueces para procesar los hechos de manera jurídica adecuada, motivando y fundamentando tales resoluciones.

**IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES.-** Que impide al trabajador renunciar a los derechos que la Constitución y la ley le otorgan, aún cuando exprese su voluntad para ello, pues tal aseveración no tiene efecto legal alguno

---

<sup>28</sup> Julio César Trujillo – Derecho del Trabajo – Tomo 1- pagina 45.

**CARÁCTER PÚBLICO.-** La ley laboral es de carácter público y por ello sus disposiciones prevalecen sobre la voluntad, además son un imperativo para que el Estado las cumpla y respete.

**DERECHO IMPERATIVO.-** Sus normas deben cumplirse, de lo contrario el Estado con su poder de coacción conmina a que se cumpla con sus disposiciones o a que se atenga a la sanción o multa prevista.

**DERECHO DE MÍNIMOS.-** Este Derecho se caracteriza por que sus beneficios aplicables al trabajador, pueden ser mejorados, no pudiendo ir en detrimento de aquellos.

**IMPERTINENCIA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL.-** Este principio propio del derecho Civil, no es aplicable a los eventuales conflictos laborales que deban ser atendidos por la administración de justicia.

De estas características podemos percibir algunos de los principios del Derecho laboral, que junto con otros, lo vuelven tan peculiar, como veremos enseguida.

## **PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL.**

Los principios son el fundamento y causa generadora de las normas jurídicas, constituyen sus fuentes, al ser criterios definidos y concretos buscan integrar e integran la ley en este sentido se refiere Plá Rodríguez cuando expresa:

“Las líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directamente o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”.<sup>29</sup>

Principios estos que una vez concretados buscaremos desarrollarlos y sustentarlos. Dentro de esta esfera, la de los principios del derecho laboral, existen dos corrientes doctrinales principales, la primera o de interpretación restringida la cual entiende que la aplicación de estos principios se refiere solamente a las condiciones mínimas previstas por la ley y las convenciones colectivas, mientras que la segunda o amplia busca extender la aplicación y eficacia de estos principios incluso a las cláusulas contenidas en el contrato individual de trabajo.

Existen varios autores que se han referido al tema, por lo que muchas veces y dependiendo de la opinión de cada uno puede enunciarse unos u otras, para la presente elaboración hemos recogido los principios en los que mas coinciden los doctrinarios siendo en el Derecho laboral -incluso de carácter procesal- los más destacados los siguientes:

**PRINCIPIO DE JUSTICIA SOCIAL.-** La finalidad suprema de todo ordenamiento jurídico es la realización de la justicia en las relaciones entre los hombres, al

---

<sup>29</sup> Pla Rodríguez- Obra- Los Principios del Derecho del Trabajo, página 7.

tratarse del Derecho Laboral, se habla de un principio de justicia social, en cuya base se establece que el trabajo es un Derecho y un Deber sociales, que no es un artículo de comercio porque se trata de la energía humana de trabajo, que exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta y que debe desarrollarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia.

**INDUBIO PRO OPERARIO O NORMA MAS FAVORABLE.-** Este principio es el que mas claramente se refiere a la interpretación de las normas laborales hace referencia a que en caso de duda las leyes del trabajo deben interpretarse a favor de los trabajadores, con lo que se quiere que la interpretación laboral sea más acorde con el sentir de la norma, ratio legis. Según este principio, cuando una norma de Derecho laboral pueda dar lugar a más de una interpretación, se tomará aquella que resulte más ventajosa para el trabajador. Implica, por tanto, que el sentido y alcance de una norma debe interpretarse siempre a favor del trabajador, los conflictos originados entre los preceptos de 2 o más normas laborales se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador, apreciado en su conjunto. Para algunos tratadistas dentro de este principio estarían dos criterios, el primero se refiere a que si debemos escoger entre varias interpretaciones aplicaremos “Sentido mas favorable” y si se trata de escoger entre varias normas relacionadas con la misma materia se realizará la acumulación de aquellas y si finalmente esto no fuera posible se aplicará el precepto mas favorable al trabajador.<sup>30</sup>

**PRINCIPIO DE CONDICIÓN MAS BENEFICIOSA.-** Los derechos adquiridos por un trabajador se mantendrán aunque posteriormente se aprueben normas que, con carácter general, establezcan condiciones menos favorables que las que disfruta individualmente.

**PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS.-** En contraposición con las normas del derecho común, los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indispensables por convenio colectivo, por ejemplo, disfrute de vacaciones. Este principio toma mayor importancia visto, cada vez mas frecuentes, modificaciones de las condiciones del trabajador sin que este reciba contraprestación alguna

**ANALOGIA.-** Este principio se refiere a la aplicación de leyes que, si bien no son las que estrictamente corresponden al caso, deben ser utilizadas por el intérprete, por insuficiencia o laguna de norma legal, pero sin descuidar la *RATIO LEGIS* para no perder de vista el fundamento de la norma jurídica.

**EQUIDAD.-** La equidad, a más de ser una fuente y una característica del Derecho Laboral, cumple una función como principio de interpretación, adecuando sus máximas a las situaciones concretas, bajo la óptica integradora que concilia la norma con su espíritu.

---

<sup>30</sup> Manual de Derecho del Trabajo – Guillermo Guerrero – Página 97.

## **INTERPRETACIÓN EN MATERIA LABORAL.**

La interpretación en materia laboral siempre debe tener presente los principios y características que hemos citado, pero en especial la característica protectora hacia el trabajador que tiene esta rama del Derecho. La interpretación de la legislación laboral la hace el Tribunal Constitucional respecto a su sometimiento a la norma suprema; mientras que la Función Legislativa que las aprobó, la interpreta -de manera auténtica- cuando dicta nuevas regulaciones; en tanto la Función Judicial, a través de sus juzgados y salas de lo laboral, atiende los conflictos surgidos de manera concreta en materia laboral; y, finalmente, la interpretan los juristas y estudiosos, cuyos tratados erigen la doctrina, pero todas aquellas formas de interpretar han de respetar los principios que según el caso sean aplicables o pertinentes.

## **INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SU RESOLUCION**

En sesión del día 28 de septiembre del 2004, el Pleno del Tribunal Constitucional, en conocimiento del Informe, suscrito por unanimidad por los miembros de la Tercera Sala del mismo Tribunal, dicta la resolución correspondiente, en la demanda de inconstitucionalidad formulada por algunas organizaciones sociales de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Homologación y Unificación de las Remuneraciones del Sector Público. Los aspectos fundamentales de esta Resolución son los siguientes:

### **1.- LA CALIFICACIÓN DE LEY ORGÁNICA**

Mientras que la Tercera Sala en su informe, determina que la calificación de Ley Orgánica a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, es contraria el mandato del artículo 142 de la Constitución, el pleno del Tribunal en su Resolución, dice: “El artículo 142 de la Constitución Política, señala que las leyes pueden ser orgánicas y ordinarias y el numeral tercero del mismo artículo observa que serán orgánicas aquellas que “regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección”. El artículo 35 de la Carta Política establece que: “El trabajo es un derecho y un deber social” estableciéndose por ende, que el derecho laboral es uno de aquellos que constituyen los “derechos fundamentales”, contemplados en el mismo cuerpo legal. Y luego agrega: “ Sin que quepa duda alguna, la Ley que se examina procede a regular ese derecho fundamental ciudadano, es decir el derecho al trabajo reconocido además como un deber social, al tenor de lo previsto en el artículo 35 de la Carta Política, cumpliéndose por ende el supuesto del citado numeral tercero del artículo 142 mencionado, por lo que no ha lugar la demanda de inconstitucionalidad en este punto, debiéndose en consecuencia, mantener en el título de la Ley No. 2003-17 y en la Disposición Final Primera de la misma la calificación y nombre de “Orgánica”.

Esta Interpretación del Pleno del Tribunal, inobserva el principio: “Indubio pro labori ”, pues al dejar a la Ley con el carácter de Orgánica, las normas que lesionan los

derechos de los trabajadores, y que han sido impugnadas por su inconstitucionalidad prevalecerán sobre las del Código del Trabajo y de la contratación colectiva, en perjuicio del trabajador, y además en la Constitución no existen una determinación expresa de “los derechos fundamentales”, y en el caso particular del Trabajo, este se halla situado entre los derechos sociales, económicos y culturales de su capítulo IV, consecuentemente, la interpretación es totalmente contraria a los principios del Derecho del Trabajo.. .

## **2.- EL AMBITO DEL PRIMER LIBRO DE LA LEY**

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

Para mantener la constitucionalidad de esta norma, el pleno del Tribunal, dice: “ Para asegurar que estos principios tengan vigencia efectiva, se requiere que los recursos destinados a gastos de inversión y a la actividad empresarial del Estado tengan un tratamiento preestablecido, transparente y que responda al principio básico de la equidad; más aún, cuando los recursos de las empresas, compañías, sociedades en general, tienen un importante componente de capital estatal

Al someter al imperio de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, a las empresas, compañías y sociedades constituidas con aporte total o parcial del Estado, en las que la mayoría de sus trabajadores deben estar sujetos al derecho del trabajo, y no al Derecho Administrativo, el pleno del Tribunal Constitucional, interpreta de manera distorsionada el mandato de los artículos 35 numeral 9o inciso último y 249 de la Constitución, que establecen quienes están sujetos al régimen laboral..

## **3.- EXCLUSIÓN DEL SERVICIO CIVIL**

El artículo 5 de la Ley impugnada, originalmente decía que no están comprendidos en el Servicio Civil: g) LOS TRABAJADORES DE LAS INSTITUCIONES DEL ESTADO QUE SE RIGEN POR EL CÓDIGO DEL TRABAJO..” Sin embargo posteriormente se reforma la Ley, y en la letra d) del artículo 1 de la Ley No. 2004-30, se añade un inciso al artículo 5 de la Ley No. 2003-17, en el que se ordena lo siguiente: “Los servidores de las Instituciones del Estado comprendidos en los literales e), f), g), h), de este artículo serán sujetos de los derechos, deberes, obligaciones y prohibiciones que establece esta Ley”.

El Pleno del Tribunal Constitucional invocando el artículo 35 numeral 9, de la Constitución, declara que inconstitucional la inclusión de la letra “g” en el artículo 1, letra d) de la Ley No. 2004-30 que añade el inciso final al artículo 5 de la Ley No. 2003-17, sin embargo de esta interpretación laboral correcta, se dejan vigentes en la

Ley del Derecho Administrativo normas que se refieren a Instituciones propias del Derecho del Trabajo, esta interpretación origina una total inseguridad jurídica en la relación laboral.

#### **4.- SOBRE LA UNIFICACIÓN DE INGRESOS**

El artículo 108 de la Ley impugnada se refiere a la unificación de las remuneraciones para los trabajadores del sector público y de las entidades de derecho privado en las cuales las Instituciones del Estado tienen participación mayoritaria de recursos públicos, sujetos al Código del Trabajo. Sobre el pedido de inconstitucionalidad de la unificación de las remuneraciones, el pleno del Tribunal se remite a los considerandos sexto y décimo sexto de esta Resolución, y agrega: “ Que el ámbito de esta Ley no alcanza a los trabajadores sujetos al Código del Trabajo (obreros), sino a los funcionarios y empleados de la entidades señaladas en los artículos 3 y 102 de la Ley -No. 2003-17. La inclusión de los obreros dentro del régimen de esta Ley contradice lo dispuesto en el número 9 del artículo 35 de la Constitución que los excluye expresamente del Derecho Administrativo y los incluye, también de modo expreso en el Derecho del Trabajo. Por lo expuesto, son inconstitucionales las frases “sujetos al Código del Trabajo”, que constan tanto en el título como en el texto del artículo 108 de la Ley No. 2003-17, lo que así se declara.

La Interpretación que hace en esta parte de la resolución el Tribunal, es contradictoria, con lo que dejamos anotado en los numerales 2 y 3 de este análisis.

#### **5.- DE LA CONTRATACIÓN COLECTIVA DE TRABAJO**

El artículo 110 de la Ley se refiere a la obligación previa para sociedades y sus administradores en la suscripción y revisión de contratos individuales y colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito u otra modalidad en que se determinen pagos que impliquen egresos económicos, deberán sujetarse, a las regulaciones que para tales fines establezca la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público.

Al respecto, el Pleno del Tribunal Constitucional, mantiene la constitucionalidad de esta norma del Derecho Administrativo, que regula la suscripción de los Contratos Colectivos de Trabajo, interpretando erradamente el numeral 9o del artículo 35 de la Constitución y desconociendo la garantía constitucional del numeral 12 del citado artículo 35, en grave e irreparable perjuicio a los trabajadores, al imponer las condiciones de trabajo de los contratos colectivos, que deben negociarse libremente entre las partes: empleadores y trabajadores.

#### **8.- INDEMNIZACIONES POR TERMINACIÓN DE LA RELACION LABORAL**

La disposición general segunda de la Ley Impugnada, establece que en caso de supresión de cargo, se pagará la indemnización de un mil dólares por cada año de servicio y hasta un máximo de treinta mil dólares, y que los contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito y otros acuerdos que celebren las Instituciones y entidades señaladas en el artículo 102 de esta Ley Orgánica, con sus

trabajadores, en ningún caso podrán exceder los valores y porcentajes señalados en el inciso primero de esta disposición.

Sobre esta mandato legal impugnado, el Tribunal dice: “Que respecto al inciso segundo de esta disposición general la impugnación se fundamenta en la limitación o restricción de la autonomía sindical y de la contratación colectiva, consagrada en el numeral 12 del artículo 35 de la Constitución Política de la República,....como se señaló en los considerandos décimo noveno y vigésimo primero de esta Resolución, la Ley impugnada rige para las entidades que se señalan en los artículos 3 y 102 excluyéndose de su ámbito a los obreros y a los trabajadores de las Instituciones del Estado que se rigen por el Código del Trabajo (Arts. 35 No. 9, C.E. y 5 letras g) de esta Ley). Por tanto bajo esta previsión, lo señalado en los considerandos sexto y décimo sexto de este fallo, y considerando que la contratación colectiva es un derecho consagrado en la Constitución, esta disposición general no resulta inconstitucional.

Esta se constituye en la Interpretación Laboral, más contradictoria y violatoria de las garantías constitucionales del Trabajo, porque primero se proclama a la contratación colectiva como un derecho consagrado en la Constitución, y luego se deja incólume la norma que limita la determinación libre y concertada de las partes, de las indemnizaciones en el pacto colectivo, interpretando inconstitucionalmente, al asimilar una institución propia del Derecho Administrativo, como es la “supresión del cargo”, con el despido que es una de las modalidades de la terminación unilateral del contrato de trabajo.

## **9.- DE LAS UTILIDADES**

La Ley Impugnada establece en la quinta disposición transitoria que en las entidades de derecho privado con participación mayoritaria de recursos públicos, ningún trabajador podrá percibir por concepto de utilidades anuales una suma superior al uno punto cinco veces el PIB por habitante del año inmediato anterior. (Esta disposición del Derecho Administrativo, disminuye el monto de las utilidades para los trabajadores del Sector Público). El pleno del Tribunal niega la impugnación de inconstitucionalidad, remitiéndose al considerando sexto y décimo sexto de esta Resolución, haciendo presente de que “los obreros se encuentran excluidos del ámbito de esta Ley y de sus disposiciones, tal como se corrobora en la letra g) del artículo 5 de esta Ley”, lo cual resulta contradictorio y su interpretación laboral lesiva a los derechos de los trabajadores.

### **3.12.- PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO.-**

En innumerables absoluciones la Procuraduría ha emitido su criterio respecto de la que la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público., no rige a los trabajadores sujetos al Código del Trabajo, y para corroborar este aserto, me permitiré invocar el pronunciamiento constante en el Oficio No. 015438 del 17 de marzo del 2005,

dirigido al Presidente del H. Congreso Nacional, Omar Quintana Baquerizo, consulta que el señor Procurador contesta en los siguientes términos:

**“Mediante Resolución No. 036-2003-TC, publicada en el Registro Oficial No. 440 del 12 de octubre del 2004, en respuesta a varias demandas de inconstitucionalidad sobre el ámbito de aplicación del artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, el Tribunal Constitucional manifestó: “.....se hace presente que las disposiciones de esta ley no alcanzan a los obreros, que de conformidad con el número 9 del artículo 35 de la Constitución se someten al Código del Trabajo, lo que se corrobora en la letra g) del artículo 5 de la misma ley”. Este señalamiento consta expuesto en los considerandos Sexto, Décimo Sexto, Décimo Séptimo, Décimo Noveno, Vigésimo Primero, Vigésimo Octavo, Trigésimo, Trigésimo Tercero y Trigésimo Séptimo. Con fundamento en lo anterior, el Tribunal resolvió declarar la inconstitucionalidad de la inclusión de la letra g) en el artículo 1, letra d), de la Ley No. 2004-30, que señala que los servidores de las Instituciones del Estado serán sujetos de los derechos, deberes, obligaciones y prohibiciones que establece la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público; y de la frase “sujetos al Código del Trabajo”, que constaban tanto en el título como en el texto del artículo 108 de la citada Ley Orgánica. En consideración a lo expuesto, la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, a partir del 12 de octubre del 2004, es aplicable únicamente a las autoridades, funcionarios y servidores del sector público, excluyéndose de modo expreso a los trabajadores....” (Lo resaltado y subrayado es mío).**

**Comentario.-** Al respecto es importante recordar los efectos de estas absoluciones que están determinadas en la parte final del literal e) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que dice: “El pronunciamiento será obligatorio para la administración pública, sobre la materia consultada, en los términos que se indican en esta ley”.

Sin embargo de este categórico pronunciamiento, la Procuraduría General del Estado, el 6 de febrero del 2006, en oficio No. 22595, ante una serie de consultas del Gerente General de EMAPA-Santo Domingo de los Colorados, formula los siguientes pronunciamientos:

### **Consulta**

*La LOSCCA promulgada el 06 de octubre del 2003, en su SEGUNDA DISPOSICIÓN GENERAL, prohíbe la estipulación de pago de indemnizaciones por renuncia o separación voluntaria, en montos superiores a \$ 30.000.*

¿Debería pagarse renuncias presentadas antes de la promulgación de la LOSCCA y aceptadas con fecha posterior a la promulgación de la LOSCCA

## **PRONUNCIAMIENTO.-**

“ En observancia de lo dispuesto por el Art. 7 del Código Civil: la ley no dispone sino para lo venidero, no tiene efecto retroactivo, las renunciaciones presentadas antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, aunque fueren aceptadas con fecha posterior a la LOSCCA, imputarán liquidaciones con arreglo a lo pactado en el contrato colectivo, si es que aquél no ha concluido su vigencia al momento del petitorio.

Recordamos a usted que la comprobación de las fechas y la autenticidad de los documentos son de absoluta responsabilidad, administrativa y penal de la autoridad nominadora al momento del trámite”.

## **CONSULTA**

*¿Debería aceptarse renunciaciones o solicitudes por separación voluntaria presentada con fecha posterior a la promulgación de la LOSCCA?*

## **PRONUNCIAMIENTO**

“El inciso segundo de la disposición General Segunda de la LOSCCA prevé que los contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito y otros acuerdos que celebren las instituciones y entidades señaladas en el Art. 101 de esta Ley, con sus trabajadores, en ningún caso podrán estipular pagos de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones empresariales por terminación de cualquier tipo de relación individual de trabajo que excedan los valores y porcentajes señalados en el inciso primera de dicha disposición.

De lo anteriormente expuesto se concluye que, efectivamente, la empresa a su cargo si puede aceptar renunciaciones o solicitudes por separación voluntaria, que tengan fecha posterior a la vigencia de la LOSCCA, siempre que el organismo municipal cuente con los recursos económicos suficientes para efectuar las liquidaciones, compensaciones, o contribuciones que por ninguna razón superen la cantidad de un mil dólares de los Estados Unidos de América por cada año de servicio hasta un techo máximo de treinta mil dólares, como ordena la disposición legal trascrita en el párrafo que antecede”.( lo subrayado y resaltado con cursiva es mía).

## **CONSULTA**

*¿En el próximo contrato colectivo se podría estipular limitaciones a los beneficios en el Art. 16 del séptimo contrato colectivo?*

## **PRONUNCIAMIENTO**

“El Art. 16 del Séptimo Contrato Colectivo, señala: “Retribución por el tiempo de servicio en caso de separación voluntaria.- Cuando un trabajador da aviso de su

separación voluntaria de la empresa, no pagará ninguna indemnización a la misma y mas bien ésta se compromete a pagar al trabajador renunciante, el equivalente a cinco remuneraciones vigentes completas que recibe el trabajador y por el número de años de servicios en la empresa.

A la fecha, el referido artículo *ya ha sido reformado por la Disposición General Segunda de la LOSCCA y el nuevo contrato colectivo que se suscriba, guardará conformidad con la norma de la referencia*". (Lo subrayado y resaltado en cursiva es mío).<sup>31</sup>

**COMENTARIO.-** Como puede apreciarse en estos pronunciamientos se determina de manera expresa, que la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Pública, rige para los trabajadores y obreros que laboran en las Instituciones del Estado, Entidades, Organismos y Empresas que tienen un paquete accionario mayoritario de recursos públicos, lo cual contrasta con el pronunciamiento anterior, y se acentúa la inseguridad jurídica a la que estamos sujetos los ecuatorianos.

---

<sup>31</sup> Pronunciamientos de la Procuraduría General el Estado-marzo 2005.

## CAPITULO IV

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Como queda debidamente determinado en este análisis jurídico y doctrinario de la tesis referente al Régimen Constitucional Laboral vigente de los Servidores del Sector Público, el enunciado de los incisos segundo, tercero y cuarto del numeral 9º del artículo 35 de la Constitución Política de la República del Ecuador, es absolutamente claro y transparente, y defines tres casos a saber:

**Primer Caso.-** Las relaciones laborales de los servidores y obreros, con sus respectivas Empleadoras, las Instituciones del Estado, definidas en el artículo 118 de la Ley Suprema, y de las personas jurídicas creadas por ley para el ejercicio de la potestad estatal, los primeros, (los servidores) se sujetan a las leyes que regulan la administración pública, de manera particular la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, mientras que los segundos ( los obreros) están regidos por el derecho del trabajo.

**Segundo Caso.-** Cuando las Instituciones del Estado ejerzan actividades que no pueden delegar al sector privado, ni este 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.

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

En los tres casos a los que se refiere el numeral 9º del artículo 35 de la Constitución Política del Estado, los regímenes a los que deben sujetarse los servidores, trabajadores y obreros del sector público, es claramente definido, a los servidores les regula la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, y a los trabajadores y obreros los regula el Código del Trabajo, esto constituye el mandato de la Ley Suprema, mas en la realidad, se ha producido un desacato constitucional y tanto al Poder Legislativo, cuanto al Poder Ejecutivo y al Máximo Órgano de Control de la Constitución, el Tribunal Constitucional se les ocurrió legislar y reglamentar bajo un solo marco jurídico, el del Derecho Administrativo, a los servidores, trabajadores y obreros de las Instituciones del Estado, Entidades, Organismos y Empresas con paquete mayoritario de propiedad pública. Hecho sin precedentes en la Legislación Universal, pues, en cada Estado estos regímenes han sido siempre definidos, el Derecho Administrativo para ciertos servidores y el Derecho del Trabajo para los trabajadores y obreros.

**SEGUNDA.-** Como se puede apreciar de lo expuesto en la conclusión primera, podemos colegir que en la legislación ecuatoriana, el marco constitucional, contractual y legal que propugna la defensa de los derechos del trabajador, ha sido menoscabado y desconocido por estas flagrantes violaciones constitucionales, y además por un proceso acelerado de flexibilización laboral, implementado a través de las diferentes reformas que se han formulado al Código del Trabajo, y la expedición de diferentes leyes ajenas al régimen jurídico laboral, pero que todas ellas han tenido un objetivo específico, el de coartar el libre ejercicio y desenvolvimiento de las organizaciones sindicales, y destruir los más fundamentales derechos del trabajador.

Entre las principales leyes que se inscriben en el proceso de flexibilización, están la Ley 133, expedida en Noviembre de 1991, la Ley para la Reforma a las Finanzas Públicas, de 30 de Abril de 1999; y la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa de 6 de Octubre del 2003, legislación que en la práctica han provocado el debilitamiento de las organizaciones sindicales, su extinción en muchos casos, y un acelerado poder de gestión frente a sus asociados, ante la principal conquista de la clase trabajadora que es la contratación colectiva de trabajo.

**TERCERA.-** En el caso de las relaciones laborales colectivas en el sector público, se propende a una negociación colectiva impuesta desde el Estado a través de diferentes organismos, y bajo una regulación legal en la cual existe un rígido control estatal sobre su contenido, lo cual se aplica en general también sobre todos los mecanismos autónomos de solución de conflictos. Tanto en la suscripción inicial cuanto en la revisión de los contratos colectivos en el sector público, la legislación laboral no sólo establece el contenido temático básico que debe obligatoriamente comprender, sino que además determina la restricción de las materias que no pueden regularse, o pactarse, como pueden ser algunos subsidios, la sucesión de cargos a favor de los familiares de los trabajadores, en caso de jubilación o muerte, etc. Esto implica, adicionalmente, que el Estado se reserva las facultades de homologación y registro de los resultados de la negociación colectiva.

En los últimos años, se ha producido una agresiva arremetida a la contratación Colectiva en el Sector Público, pues a pretexto de terminar con una supuesta "burocracia dorada", que no está precisamente en las Instituciones del Estado y en las Empresas con participación accionaria estatal, sino en las Entidades Autónomas que no están bajo el régimen del Código del Trabajo y de la Contratación Colectiva, se ha producido un endurecimiento a la negociación contractual, bajo severas reglas de juego a las que deben sujetarse los actores sociales con sus empleadores.

En este sentido la negociación ha sido limitada por la intervención directa del Estado, principalmente desde la creación del Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público CONAREM a quién le corresponde determinar las políticas salariales a aplicarse en las Instituciones del Estado, a través de resoluciones de carácter obligatorio que controlan la masa salarial y la regulación de su incremento, estableciendo montos máximos de tales incrementos en las remuneraciones y

beneficios económicos y sociales, que se pacten en los contratos colectivos y actas transaccionales, entre otras atribuciones.<sup>32</sup>

**CUARTA.-** La expedición de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que inconstitucionalmente ha incluido a los trabajadores sujetos al Código del Trabajo y a la Contratación Colectiva, a una ley del Derecho Administrativo, establece una nueva normativa restrictiva en exceso para la suscripción y revisión de los contratos colectivos de trabajo en el sector público, limitando su derecho a las utilidades y a las indemnizaciones por la terminación de la relación laboral.

En definitiva, los programas de ajuste estructural que se vienen aplicando en el Ecuador en el sector público, han agravado la situación económica y social del país. Las soluciones que se están implementando están profundizando los problemas que dicen atacar. En el caso del empleo, la flexibilización y desregulación laborales no solo que han aumentado los niveles de desempleo, sino que además han precarizado las condiciones de trabajo.

Es decir, han aumentado formas de trabajo y de contratación en donde las personas han perdido todos los derechos laborales reconocidos en la legislación nacional y en convenios internacionales (ejemplo: la contratación por horas, la tercerización) en donde por las condiciones de pobreza y desprotección tienen que aceptar cualquier remuneración por su trabajo, y, en algunos casos, condiciones de empleo que no tienen estándares dignos de seguridad y medio ambiente laboral.

**QUINTA.-** La necesidad de hacer más eficiente la gestión pública y mejorar el funcionamiento de las instituciones del Estado han sido manipuladas por sectores de poder representados en los gobiernos y por las Instituciones Financieras Internacionales. No podemos negar que, en general, en las instituciones publicas existen niveles de ineficiencia y desperdicio de recursos que deben ser cambiados para mejorar el servicio que brindan a los ciudadanos, y para reducir costos financieros que cada vez demandan de más esfuerzo fiscal para ser cubiertos en los presupuestos del Estado; sin embargo, las privatizaciones, las concesiones y la tercerización no son soluciones para resolver este problema. En la mayoría de los casos esconden intereses privados nacionales y transnacionales de apropiarse del patrimonio público con fines de lucro privado.

Además, estos mecanismos contribuyen a agravar el problema de desempleo y vulneran los derechos laborales de los trabajadores, pues los trabajadores despedidos no logran incorporarse a otra actividad productiva, agravándose así el desempleo en el país.

**SEXTA.-** En toda la inconstitucional tarea que relatan las anteriores conclusiones, están involucrados los dos poderes del Estado, el Poder Ejecutivo, por haber remitido

---

<sup>32</sup> Joaquín Viteri – Obra “El Salario” página 186.

el Ex Presidente Lucio Gutiérrez, al Congreso Nacional calificándole de urgente en materia económica a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público. El Poder Legislativo, en la persona de todos y cada uno de los legisladores que conformaron la mayoría de votos con los cuales, aprobaron esta Ley Orgánica. Pero el más involucrado en esta violación al Estado Social de Derecho y a la Seguridad Jurídica, es el Tribunal Constitucional, organismo cuya mayoría de vocales, consolidaron esta inconstitucionalidad al emitir una Resolución Ambigua, y deliberadamente violatoria al expreso mandato del numeral 9º del artículo 35 de la Constitución, que no obstante de invocarlo en sus considerandos terminaba rechazando la demanda de inconstitucionalidad formulada, dejando vigentes las normas de la LOSCCA, totalmente intocada en su violación constitucional.

## **RECOMENDACIONES**

**PRIMERA.-** Concordante con las conclusiones enunciadas, podemos recomendar como primera acción, que deben ejecutarla los trabajadores, es preparar las reformas a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA., para que se encuadre con los enunciados de los incisos segundo, tercero y cuarto del numeral 9º del artículo 35 de la Constitución Política del Estado. En este sentido deberán derogarse, en el primer libro, la atribución de la SENRES, para determinar los montos máximos para cubrir los incrementos salariales y beneficios económicos y sociales que se pacten en los contratos colectivos y actas transaccionales. En el segundo libro eliminar todas las referencias a los trabajadores y obreros que laboran en el sector público, y mantener las normas de manera exclusiva para regular los derechos y deberes de los dignatarios, autoridades y funcionarios sujetos al Derecho Administrativo y a la LOSCCA. La reforma legal deberá formularse en el próximo Congreso Nacional que se integre con los legisladores que serán electos en las elecciones de Octubre del 2006.

**SEGUNDA.-** Reformar al vigente Código del Trabajo, sobre algunas normas referente a la negociación de los contratos colectivos, la misma que debe efectuarse teniendo en cuenta las reales capacidades económicas de las Instituciones, Organismos, Entidades, y Empresas del Estado en las que tengan paquete accionario mayoritario de recursos públicos. Del mismo modo deberá regularse en el Código de la materia, la suscripción, de las actas transaccionales que comprometan recursos económicos, en estas mismas Instituciones del sector público. De esta manera se podrá controlar los pocos contratos colectivos que tienen en su normativa importantes conquistas económicas y sociales; porque en su mayoría los contratos celebrados en las diferentes Instituciones, Organismos, Entidades y Empresas con paquete accionario el Estado, son contratos dignos y en ningún caso constituyen lo que se ha dado en llamar “Burocracia Dorada”, la misma que sigue con sus privilegios, con la vigencia o sin la vigencia de la LOSCCA.

**TERCERA.-** Considero de fundamental importancia que los trabajadores, alerten en las diferentes Instituciones Internacionales, vinculadas con el trabajo, y en las cuales

participa el Ecuador, como es el caso concreto de la Organización Internacional del Trabajo OIT, para que se denuncie sobre esta violación a los Convenios Internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador con la OIT., sin perjuicio de que pueda también acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues en el País se han agotado las instancias constitucionales, sin recibir la respuesta adecuada, ni la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos conforme lo garantiza la Constitución Política de la República.

**CUARTA.-** Avanzar en la creación de condiciones para asegurar la concertación obrero patronal y el respeto a la organización sindical y a la convención colectiva, especialmente tomando en cuenta que una etapa moderna de la relación laboral determina la posibilidad de asegurar los convenios bilaterales para el mejoramiento y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, y adicionalmente en las empresas que corresponda la productividad y utilidad a favor del presupuesto Institucional y del Estado. Esto se lo hace a través del fortalecimiento de la organización sindical con la intervención activa de los trabajadores, principalmente en la intervención y participación de los proyectos planteados por el gobierno para aplicar los procesos de descentralización y desconcentración de las funciones, atribuciones, competencias responsabilidades y recursos a las entidades seccionales autónomas o a otras de carácter regional.

En ese sentido, también los trabajadores del sector público deben participar activa y de manera protagónica en las reformas al Código del Trabajo , de tal suerte que su presencia y protagonismo impida que puedan aprobarse en el Congreso Nacional, reformas que contraríen los principios de Derecho Social, y como en los casos que hemos analizado, o, se aprueben leyes paralelas al Código Laboral, que legislen los derechos y deberes que deben constar en la Ley de la materia y no en leyes extrañas a las del trabajo.

**QUINTA.-** Las recomendaciones que anteceden, tienen también como fundamental objetivo, el de que para la efectiva aplicación y vigencia de los derechos del trabajador y obrero que labora en el sector público, deberán tomarse en cuenta el contexto social general y la situación de la Institución del Estado, Organismo, Entidad o Empresa durante el período en que se realiza la negociación colectiva. En este aspecto los trabajadores deben propender a buscar condiciones de negociación en razón de la realidad que vive la empresa o la institución Pública, para evitar los conflictos consiguientes, propósito alcanzable con una mejor formación y profesionalización de los negociadores de la contratación colectiva, a través de un buen asesoramiento, aprovechando los bancos de datos, logrando con estas estrategias recuperar el respeto a los derechos de los trabajadores del sector público, y la fe en las Instituciones del Estado y en sus servidores por la ciudadanía. Este propósito tiene también otro trascendental logro, el de controlar los procesos de tercerización, privatización y concesión de los servicios públicos.

**SEXTA.-** Finalmente, considero que es necesario un cambio en la concepción tradicional de la organización sindical de trabajadores del sector público, que no sea solo reivindicativa, economicista, sino también que esté orientada hacia el

mejoramiento de las condiciones generales del Estado y de las Instituciones, Entidades, Organismos o Empresas, en las que laboran, en base a la comprensión del contexto socio económico nacional, y la urgente eficiencia en la prestación de los servicios públicos. En tal sentido, en la contratación colectiva, deben incorporarse normas referentes a los derechos de las mujeres trabajadoras, de los trabajadores tercerizados, de una mejor seguridad industrial y salud ocupacional, y la creación de incentivos por la mayor eficiencia en el desempeño del puesto de trabajo y en la productividad de la empresa, mantener la paz laboral con el eficaz funcionamiento de comités obreros patronales para atender los problemas de la relación laboral y, la aplicación de la contratación colectiva de trabajo, a fin de evitar los conflictos individuales y colectivos entre las partes de la relación laboral.

**Atentamente,**

**Dr. Joaquín Viteri Llanga**  
**C.C. 06-00003941**  
**Matrícula 1708 C.A. G.**

## BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de la República del Ecuador de 1979
- Trabajadores Estatales – Jairo Villegas – Colombia-1981
- Legislación Laboral Ecuatoriana, vista por los trabajadores-CEOSL-
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1998
- Manual para la Defensa de la Libertad Sindical ACTRAV-Perú- Marco Sánchez-1984
- Derecho Constitucional -Tomo I – Ramiro Borja y Borja- 1999 – Edición IGM-Ecuador
- El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo –Tomo 1 – Mario de la Cueva – Editorial Porrúa-México
- Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas
- Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público – LOSCCA –
- Reglamento de la LOSCCA
- Resoluciones Nos. SENRES - 2004-000081 – SENRES - 2005 – 00003 y SENRES - 2005-054 de la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público SENRES
- Codificación del Código del Trabajo – 2006
- Derecho Administrativo – Roberto Dromí – Ediciones Ciudad Argentina
- El Principio de la Distribución de la Competencia – Antonio Bascuñán-
- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomos III Y VII – Guillermo Cabanellas
- Resolución del Tribunal Constitucional No. 0036-2003 – TC – publicada en el Registro Oficial No. 440 del 12 de octubre del 2004
- Derecho del Trabajo – Tomo I Dr. Julio César Trujillo Vásquez
- Américo Pla Rodríguez - Los Principios del Derecho del Trabajo – Biblioteca de Derecho Laboral- Tomo I – Montevideo - Uruguay
- El Salario-Joaquín Viteri Llanga- 2001
- Tratado de Política Laboral – G. Cabanellas de Torres. L Alcala –Zamora y Castillo – Editorial Heliasta S.R. L. República Argentina
- Manual de Derecho del Trabajo – Guillermo Guerrero Figueroa- Editorial Leyer-1998
- Contrato de Trabajo – Carlos Alberto Etala – Editorial Astrea- Argentina
- Manual de Derecho del Trabajo – Guillermo Guerrero –Editorial Leyer.
- Curso de Derecho Constitucional- Rafael Oyarte M- Editorial Andrade y Asociados.