

Quito, 16 de enero de 2019

Señor doctor

Efrén Guerrero

DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PUCE

En su Despacho.-

Señor Decano:

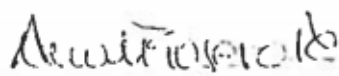
Cúmpleme informar que la señorita TATIANA ESTEFANÍA SALTOS HIDALGO, ha concluido su disertación titulada "Aplicabilidad de la Interpretación Tutelar de los Principios del Derecho Laboral a la Función Pública en el Ecuador desde el 2015".

La investigación por la señorita Saltos desarrolla en tres capítulos, un análisis sobre la aplicabilidad de los principios del Derecho Laboral, a las relaciones jurídicas que surgen entre las administraciones públicas y sus servidores, considerando los distintos mecanismos de ingreso a la prestación del servicio, así como los diferentes regímenes jurídicos aplicables, todo ello en el contexto de las Enmiendas Constitucionales de 2015 y su posterior declaratoria de inconstitucionalidad.

En el desarrollo de la investigación, la autora ha consultado y analizado abundante bibliografía, así como jurisprudencia, lo que le ha permitido fundamentar sus conclusiones y recomendaciones.

Por la importancia teórica y práctica de la materia objeto de estudio, la coyuntura de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Enmiendas, y la especial dedicación de la autora al desarrollo de su disertación, considero que el trabajo de la señorita Tatiana Saltos merece la nota de 10.

Atentamente,



Ana María Rosero Rivas

Quito, 6 de febrero de 2019

Señor Dr.
Freddy Proaño Egas
SECRETARIO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PUCE
En su despacho.

Señor Secretario:

En contestación a su atento Oficio No. 037-SJ-2019, mediante el cual me comunica que he sido designado profesor lector de la Disertación de Abogacía titulada "APLICABILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN TUTELAR DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR DESDE EL 2015" elaborada por la señorita Tatiana Estefanía Saltos Hidalgo, me permito presentar el informe requerido.

La Disertación desarrolla de manera adecuada cada uno de los capítulos previstos e incluye un vasto análisis normativo así como apropiadas citas doctrinarias y jurisprudenciales.

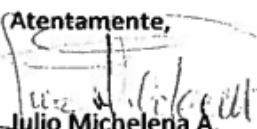
En todo caso, al momento de la defensa de la investigación, se podrá analizar y clarificar algunos conceptos empleados, así como el alcance de los mismos, claro está, admitiendo la discusión sobre la aplicabilidad de la interpretación tutelar de los principios del Derecho Laboral a la función pública y la incidencia de las enmiendas a la Constitución de la República de 21 de diciembre del año 2015 y su posterior declaratoria de inconstitucionalidad.

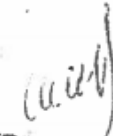
La bibliografía utilizada es la apropiada a más de suficiente y actualizada.

La alumna ha tenido el cuidado de realizar las citas correspondientes siempre que ha acudido a la opinión de los tratadistas.

En fin, la presente Disertación, demuestra un importante esfuerzo de la alumna y cumple con los requisitos que esta clase de trabajos académicos demanda y por lo mismo, es mi parecer que debe ser aprobada con la nota de 10/10.

Atentamente,


Julio Michelena A.
PROFESOR LECTOR


- 7 FEB 2019

Quito 11 de febrero de 2019

Doctor
Freddy Proaño Egas
Secretario Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

De mi consideración:

En atención de lo solicitado, mediante oficio No. 037-SJ-2019, recibido el 22 de enero de 2019, en el sentido que emita el informe con nota, de la Disertación titulada **"APLICABILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN TUTELAR DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR DESDE EL 2015"**, desarrollada por la señorita TATIANA ESTAFANÍA SALTOS HIDALGO, le manifiesto:

El análisis efectuado aborda ordenada y claramente los tópicos propuestos en la tabla de contenidos, lo que permite una comprensión adecuada de los mismos.

Se trata de un tema de actualidad y sobre el cual, en lo personal bajo el enfoque propuesto, no he observado mayor estudio.

Considero que el trabajo contiene un esfuerzo investigativo importante sobre todo en el ámbito jurisprudencial nacional e internacional (Colombia) lo cual enriquece los comentarios expresados sobre los diferentes aspectos a la luz de los criterios utilizados por el juzgador en los casos concretos.


La bibliografía que respalda la investigación tanto nacional como extranjera es muy amplia al igual que los artículos de revista citados lo cual sumado a la extensa normativa internacional analizada le confieren mayor solidez a las ideas expuestas pues aportan elementos de juicio adicionales para la comprensión integral de los diferentes temas desarrollados a lo largo del trabajo.

En cuanto a su forma, el trabajo reúne los requisitos exigidos para este tipo de investigaciones.

Por lo indicado, la disertación revisada merece la nota de **10/10 (diez sobre diez)**.

Atentamente,


Wladimir García Vinuesa.


12 FEB 2019

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADA**

**“APLICABILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN TUTELAR DE LOS
PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL A LA FUNCIÓN PÚBLICA
EN EL ECUADOR DESDE EL 2015”**

TATIANA ESTEFANIA SALTOS HIDALGO

DIRECTORA: DRA. ANA MARÍA ROSERO RIVAS

QUITO, 2019

DEDICATORIA

A mis padres, por ser un ejemplo de esfuerzo y dedicación constante.

A mis hermanos, por haber inspirado el desarrollo y objeto del presente trabajo.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por guiarme y acompañarme en cada logro de mi vida.

A mi familia, por haber sido siempre una fuente de fortaleza y enseñanza.

A cada uno de mis profesores, por quienes he podido crecer y aprender cada día, tanto en lo profesional como en lo humano.

RESUMEN

Actualmente, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no presta especial atención a las particularidades y naturaleza de la relación entre el servidor público y el Estado, pues tanto desde lo normativo como lo axiológico, no se ha tomado en cuenta la calidad de trabajador y la de empleador de cada uno, es decir, su clara desigualdad formal y material.

En tal razón, el propósito del presente trabajo es estudiar el enfoque axiológico que rige a la función pública a través de los principios contenidos en el derecho positivo, en contraste con los que guían al derecho laboral, a fin de complementar los elementos de carácter público que circunscriben a esta relación jurídica y estar conforme a las exigencias o condiciones laborales del personal de la Administración Pública.

Mediante una metodología que incorpora técnicas de investigación tales como el método histórico-jurídico, el axiológico-jurídico y el normativo-jurídico, se logra determinar las diferencias teleológicas de los principios del derecho administrativo aplicables a la función pública y los del derecho del trabajo, así también como su convergencia puede coadyuvar a la materialización de un interés general acorde con el fin de justicia social.

ABSTRACT

Actually, the Ecuadorian legal system does not pay special attention to the particularities and nature of the relationship between the public servant and the State, the quality of the worker and the employer of each one has not been taken into account from the normative and axiological ambits, that is, its clear formal and material inequality.

In this regard, the purpose of this research is to study the axiological approach that governs the public function through the principles contained in positive law, in contrast to those that guide labor law, in order to complement the elements of public character that circumscribe this legal relationship and be in accordance with the demands or working conditions of the personnel of the Public Administration.

Through a methodology that incorporates research techniques such as the historical-legal method and the axiological-juridical, among others, it is possible to determine the teleological differences of the principles of administrative law applicable to the public function and those of labor law, as well as how their convergence can contribute to the materialization of a general interest according to the end of social justice.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
Capítulo 1: Función pública	4
1.1. Origen de la función pública	4
1.1.1. La función pública nace con un modelo específico de Estado: evolución histórica hacia el Estado moderno	4
1.1.2. La función pública nace con el Estado: elementos estructurales del Estado.....	12
1.1.3. Conclusiones	15
1.2. Conceptualización de la función pública.....	16
1.2.1. Burocracia	19
1.2.2. Servicio público.....	20
1.3. Breve revisión de derecho comparado en torno a la función pública.....	24
1.3.1. Colombia	24
1.3.2. Argentina.....	25
1.3.3. México.....	26
Capítulo 2: Principios del derecho administrativo laboral	28
2.1. Principios del derecho administrativo aplicables a la función pública.....	28
2.1.1. Principios constitucionales	29
2.1.2. Principios que consta en el Código Orgánico Administrativo (COA)	30
2.1.3. Principios que constan en la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP)	34
2.1.4. Principios que constan en la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP)	36
2.1.5. Clasificación de los principios de derecho administrativo	36
2.2. Principios del derecho laboral privado.....	61
2.2.1. Antecedentes históricos	61
2.2.2. Principios laborales	68
2.3. Conclusiones	86
Capítulo 3: Servidores públicos	88
3.1. Concepto	88
3.2. Clases de servidores públicos por los tipos de actos de vinculación con el sector público... 91	
3.2.1. Servidores públicos con nombramiento	94
3.2.2. Servidores públicos con contrato	102
3.3. Derechos y obligaciones comunes y específicos de las diferentes clases de servidores públicos	110
3.4. Conclusiones	115

Conclusiones	117
Recomendaciones	119
Bibliografía	122
a. Libros	122
b. Artículos de revistas y periódicos	126
c. Tesis	129
d. Normativa nacional	130
e. Normativa internacional	132
f. Jurisprudencia nacional	133
g. Jurisprudencia internacional	135
Anexos	138
Anexo No. 1: Evolución del Estado en Europa	138
Anexo No. 2: Características generales del Estado absoluto, legislativo y constitucional	139
Anexo No. 3: Características generales del Estado liberal y social	140

INTRODUCCIÓN

El contexto ecuatoriano pone de relieve algunos elementos a tomar en consideración para el análisis del objeto de este trabajo, que es examinar la aplicabilidad de los principios del Derecho Administrativo Laboral frente a los del Derecho Laboral. El primero de ellos, de carácter económico, se refiere al número de personas que trabajan en la función pública y que representan un porcentaje importante de la población económicamente activa (PEA). El segundo, concerniente a las reformas jurídicas realizadas a partir del año 2015 a propósito de las enmiendas constitucionales, como parte de un marco normativo dirigido prioritariamente a precautelar la prestación de servicios públicos.

Por otra parte, las normas prescriptivas y las de naturaleza axiológicas aplicables a la función pública no se han centrado en un elemento clave en el derecho laboral: igualar las diferencias entre el servidor público y el Estado como empleador, claro está, sin perder de vista la realización del interés general a través de los servicios públicos ni de los elementos de derecho público que distinguen también esta relación. Así, una interrogante que fue planteada para el desarrollo de la presente disertación fue conocer el enfoque adoptado en la normativa ecuatoriana en torno a este ámbito, en otros términos, si se encontraba incorporado un carácter tutelar o proteccionista en favor del trabajador, aquí, denominado genéricamente servidor público.

Es por esta razón que la presente disertación se enfoca en el estudio del derecho administrativo laboral, como una rama del derecho con características particulares, que se alimenta desde el análisis dogmático de los principios aplicables del derecho administrativo y del derecho del trabajo. Para ello, se consideró adecuado partir del origen histórico de ambos, así como también de sus elementos característicos desarrollados desde la doctrina, el derecho positivo y la jurisprudencia. No obstante de ello, el escenario en el cual se va a desarrollar esta investigación, identifica además las distintas clases de servidores públicos y los diferentes regímenes jurídicos a los que están sujetos, entre ellos los que se rigen por las directrices del derecho laboral.

Para efectuar dicho análisis se ha utilizado una metodología cualitativa que permita examinar el contexto jurídico-dogmático en el cual se desenvuelve esta relación laboral, todo lo cual se realiza a través de varios modos de investigación propios de este enfoque de investigación

y conforme con el objeto central de esta disertación, éstos son histórico-jurídico, axiológico-jurídico, normativo-jurídico y modo jurisprudencial.

Por otro lado, la línea de estudio planteada inicia con el estudio del origen de la función pública, como resultado de un desarrollo histórico que puede ser analizado desde diferentes hipótesis y que, indistintamente de la que fuere adoptada, es imperativo vincularla con el desarrollo mismo del Estado. Adicionalmente, el primer capítulo esboza el concepto de función pública de la mano de importantes autores, lo cual permite distinguirlo respecto de otros conceptos también relacionados con el tema como son el de función administrativa, servicios públicos, entre otros. Para concluir, se realiza una breve revisión del derecho comparado de Colombia, Argentina y México, cuyos resultados brindan aportes sustanciales al presente trabajo.

En el siguiente capítulo se identifica en primer lugar los principios aplicables del derecho administrativo consagrados en los principales cuerpos normativos de la materia - Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico Administrativo, Ley Orgánica del Servicio Público y Ley Orgánica de Empresas Públicas- para, posteriormente, proceder a profundizarlos mediante la doctrina y jurisprudencia. Todo ello, conlleva a una necesaria clasificación de todas estas directrices fundamentada en los aspectos materiales y teleológicos propios de cada una de ellas; así, se divide entre aquellas que tienen un fin tutelar al servidor público y las que lo consagran de forma secundaria o que están dirigidas a precautelar otros fines del Estado. En segundo lugar, se exponen varios antecedentes históricos de gran relevancia en el estudio del derecho laboral y, especialmente, de los principios que lo rigen, lo que luego permite un mejor estudio y comprensión de dichas directrices jurídicas.

Para finalizar, el tercer capítulo aborda el concepto de servidor público desarrollado tanto desde la doctrina como en instrumentos jurídicos internacionales y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Asimismo, se estudian las características principales de los distintos tipos de servidores públicos junto con los derechos y obligaciones previstas en la ley y reglamento, con la finalidad de conocer el contexto jurídico en el cual se propone la aplicación de los principios del derecho laboral.

Como resultado del presente trabajo de investigación se sustenta, por un lado, la necesidad de adaptación de un enfoque normativo tutelar respecto del servidor público; y por otro, la

posibilidad de su concreción a través de la aplicación de los principios del derecho del trabajo.

Capítulo 1: Función pública

1.1. Origen de la función pública

El origen de la función pública puede ser desarrollado desde diferentes perspectivas, pero ya sea que se analice desde lo conceptual como lo histórico, es inevitable no partir de los aportes que realiza Max Weber (2008; 1999; s.f.) en torno a la burocracia. Así, se desprenden dos alternativas o interrogantes para poder abordar este primer punto dentro de la investigación: a) ¿la función pública nace con un modelo específico de Estado, desde un punto de vista histórico?, o b) ¿la función pública nace con el Estado, desde un punto de vista estructural o constitutivo?

1.1.1. La función pública nace con un modelo específico de Estado: evolución histórica hacia el Estado moderno

Un rasgo fundamental para el Estado moderno, según Max Weber (2008; Beetham, 1979), es el cuadro administrativo burocrático. No obstante, para poder conocer el desarrollo de lo que él entiende por funcionario burocrático, se debe estudiar la evolución histórica de los tipos de Estado que lo originan, tomando como base dos de los modelos de dominación clasificados por su legitimidad y que han sido planteados por el propio Weber: dominación tradicional y dominación racional o legal.

1.1.1.1. Dominación tradicional

En la clase de dominación tradicional, existe un lazo que vincula a la autoridad y a los ciudadanos, quienes son vistos como “súbditos”, basado en el sentido de santidad de las costumbres o tradiciones que los rigen (Weber, 1999). En lo concerniente al cuadro administrativo, las personas que lo conforman son denominados “servidores” debido a que son reclutados con total dependencia a su “señor” y como efecto, sus relaciones con él no se determinan por el deber objetivo del cargo sino por la fidelidad personal (Weber, 1999).

A pesar de que el cuadro administrativo carecía de varios elementos importantes –como la competencia objetiva y fija, formación profesional como norma, jerarquía racional y determinada–, ya era necesario contar con un cierto grado de preparación empírica para muchos de los cargos, por ejemplo estar instruidos en el arte de la lectura y escritura (Weber, 1999). Dadas estas características, se puede afirmar que esta clase de autoridad puede manifestarse de forma más clara en un Estado Absoluto.

Sin embargo, compartiendo la línea de Arthur Benz (2010) sobre la evolución hacia un Estado moderno, se puede distinguir dos órdenes que antecedieron a este modelo estatal: el orden feudal y el orden estamental.

1.1.1.1.1. Orden feudal

En la época medieval no existían Estados o institucionalización formal del poder, así como tampoco una administración organizada, sino tan sólo relaciones feudales que se cimentaban en vínculos personales de dependencia entre el “vasallo” y el “señor feudal” (Benz, 2010). Sin embargo, frente a aquellas autoridades que ejercían su poder con carácter territorial se encontraba el rey, quien a pesar de situarse en la cúspide del orden social, dependía de sus súbditos. La causa de ello radicaba en la indefectible necesidad de contar con servicios, sobretodo militares, por lo que a través de adjudicaciones de cargos o espacios territoriales aseguraba su lealtad (Benz, 2010).

1.1.1.1.2. Orden estamental

El Estado estamental se desarrolló como “una forma tardía del orden feudal”, el mismo que presentaba varios elementos propios (Benz, 2010, 33):

- a) Vínculos impersonales a través de la conformación de corporaciones o unión de grupos organizados que compartían características sociales similares –estamentos– que desempeñaban roles específicos;
- b) Institucionalización de la dominación;
- c) Su legitimidad se basa en el cargo objetivo y no en la cualidad de la persona que lo desempeñaba; y,
- d) El cuadro administrativo estaba formado por un estamento en particular: el clero, el cual realizaba actividades principalmente administrativas.

Como característica común de estos dos últimos órdenes se encuentra la garantía de los derechos y la seguridad de los individuos, la cual estaba en manos de los miembros de su estirpe quienes estaban obligados a prestar su ayuda en venganzas y juramentos (Weber, s.f.). A pesar de esto y de las características antes descritas, siguen siendo considerados como formas incipientes de Estado, por lo cual aún no son considerados como modelos estatales propiamente dichos. Por tal motivo, la primera organización social y política que es denominada como “Estado” surge con el Absolutismo y con él, la función pública.

1.1.1.1.3. Estado Absoluto

Como producto del orden feudal, nace un Estado Absoluto inmerso en el contexto bélico de la época, caracterizado principalmente por la guerra de la religión entre cristianos católicos y cristianos protestantes. Como resultado de estos acontecimientos el clero perdió su poder, el mismo que fue trasladado a manos de quienes lo detentaban en el ámbito político de cada Estado, como en el caso de Inglaterra con Enrique VIII; estos eventos se sustentaron en ideas luteranas como: al obedecer al Estado se cumple con la más plena voluntad de Dios (García Garate, 2000).

En otros términos, el rasgo fundamental del Estado Absoluto fue la concentración de poder en el monarca y su legitimidad conservaba una naturaleza divina aunque ya no propiciara de la intervención de la Iglesia para ello (Benz, 2010). Asimismo, para Ramiro Ávila Santamaría (2011), existe un punto adicional relativo a esta centralización de poder: el origen de las fuentes normativas parte de la autoridad del rey.

Mientras tanto, la burocracia era considerada como un reflejo fiel de la estructura clasista social en la que se buscó preservar la clase o la élite (Beetham, 1979). Sin embargo, las guerras exigían demandas económicas a las que la aristocracia no pudo responder (Benz, 2010) y como consecuencia, la venta de cargos fue una alternativa ante la eminente crisis económica (Weber, s.f.). Esta medida, empero trajo como consecuencia una administración ineficiente, tanto por la corrupción como por la escasa profesionalidad (Benz, 2010).

Vale agregar que en esta clase de autoridad, el Estado no tiene obligación alguna frente a sus súbditos y no tiene más límites que los impuestos por sí mismo, ergo no existe la prestación de servicios públicos vinculados con los derechos de los ciudadanos, sino apenas concesiones –en caso de haberlas–, o desde otra perspectiva, los derechos que existían eran prestados al rey y no a la población, como los de orden, seguridad y protección. Es decir, en la realidad los únicos derechos existentes eran aquellos que giraban en torno al monarca como único titular de ellos. Pero con el tiempo, “la creciente exigencia de orden y protección ("policía") en todos los niveles, por parte de una sociedad habituada a una pacificación total, desarrolla una influencia sostenida en la tendencia hacia la burocratización” (Weber, s.f., 44).

En este punto, cabe indicar que existen autores como Alberto Palomar Olmeda (2016), que sostienen que existen dos momentos claves en la evolución o desarrollo de la función pública: primero en el Estado Absoluto, y segundo aquel que va desde la época del constitucionalismo hasta la actualidad. Sobre la segunda fase, no cabe duda la existencia de un desarrollo material, en palabras de Valls Hernández (2009), en el sentido de ejercicio progresivo de derechos. Sobre la primera, se plantean ciertas características:

- Los puestos de trabajo, denominados “oficiales”, eran creados en ejercicio de plena discrecionalidad del rey;
- Existían dos requisitos para poder ser elegidos por el monarca: idoneidad, entendida como aptitud específica para desempeñar un trabajo en concreto, y capacidad, que para esa época excluía a los judíos, conversos, herejes, entre otros;
- Oposición de cooptación familiar en el empleo público;
- Nombramientos por tiempo limitado, período en el cual no podían ser removidos salvo causa justa, y con esto la introducción del elemento de inamovilidad;
- Se avanza en la construcción de un estatuto general de la función pública, entre varios de los aportes se encuentra por ejemplo la exclusividad de la profesión de empleado público, por lo que la acumulación de oficios era posible únicamente a través de declaración expresa de compatibilidad;
- Se destaca la declaración de igualdad para optar a los cargos públicos, a través de normas de diferente rango; y,
- Se vuelve clara la necesidad de sueldos acordes al tiempo y cualidad de los cargos públicos. (Palomar Olmeda, 2016)

Por otra parte, ante el crecimiento cualitativo de las actividades administrativas y, con esto, de la necesidad indispensable de conocimientos especializados, ya no resulta suficiente la realización de consultas esporádicas por parte del rey a sus confidentes personales, sino que se ve la necesidad de apelar a cuerpos colegiados que reflexionen y deliberen sobre las diferentes temáticas de la época de forma permanente. (Weber, s.f.)

El objetivo de este nuevo método consultivo era el de dotar de agilidad a las decisiones del rey, empero no ocurrió de esta manera. A breves rasgos, el procedimiento consistía en la realización de sesiones convocadas por los organismos colegiados a las cuales el rey no asistía personalmente sino por medio de memorándums escritos; posteriormente, se emitía

una resolución por parte del cuerpo, la misma que podía ser sancionada o rechazada a través de un edicto proveniente del monarca. De esta manera, estos organismos colegiados fueron quienes facilitaron la expansión del concepto moderno de “instituciones públicas”, en el sentido de entidades duraderas e impersonales, sin embargo, en cuanto a lo permanente vale señalar que debido a esta continuidad, por oposición a los gobernantes, hizo que usurparan a menudo el poder del rey. (Weber, s.f.)

Como es lógico, esta clase de administración colegiada pierde vigencia con el Estado burocrático debido al crecimiento de los medios de comunicación y a los continuos requisitos de conocimientos administrativos especializados, que exigían la toma de decisiones urgentes y rigurosas, es decir surge la necesidad de precisar de un cuerpo administrativo unificado y alineado con los fines del gobierno y como resultado, el funcionariado va a expandirse a lo largo del territorio. (Weber, s.f.)

Como se habrá podido deducir, muchas de las características que fueron presentadas alrededor del cuadro administrativo son también, hoy en día, propias de él. Además, los principios que van a regir a la función pública empiezan a ser delineados desde una perspectiva de intereses de los gobernantes-función pública a lo que posteriormente se convertirá en interés general-función pública.

1.1.1.2. Dominación legal o racional

La dominación racional plantea a la legalidad como orden impersonal al que deben someterse tanto la autoridad como la población (Weber, 1999). Adicionalmente, este tipo de dominación está dotado de mayor fuerza en relación a los otros dos modelos que señala Weber (1999) por causa de un cuerpo administrativo burocrático que se encuentra ligado al soberano por la creencia en su verdadera legitimidad.

La existencia de la burocracia es el rasgo más importante que considera Weber en este modelo (Weber, 2008; Weber, 1999; Beetham, 1979), el cual debía cumplir con ciertos parámetros. Pero primero, se deben señalar varias características del modelo liberal que es necesario exponer para poder conocer las circunstancias que lo originan.

Por un lado, la centralidad y origen de la fuente normativa es la ley y el Parlamento –el cual está a cargo de su expedición y el control de poderes (poder *referee*)–; por otro, el sujeto de derechos es solamente el individuo junto con sus derechos civiles y políticos, ante los cuales,

el Estado adopta un carácter pasivo y mínimo ya que tiene como obligación principal su abstención o no intervención para no obstaculizar el libre ejercicio de derechos (Ávila Santamaría, 2011).

Como modelos de Estado propios de este tipo de dominación se encuentran el Estado liberal, el Estado de bienestar social y el Estado social.

1.1.1.2.1. Estado liberal

El Estado liberal nace como un modelo que representa, de cierta manera, un avance dentro de un escenario en el que prevalecían las monarquías absolutas, aunque no deja de ser un Estado primordialmente pasivo. Además, los principios rectores o reglas de esta clase de Estado son: a) legalidad, b) publicidad, y c) control (*checks and balances*); y sus funciones principalmente tres: a) orden público, b) garantía de la propiedad privada y c) promoción del mercado liberal. (Ávila Santamaría, 2011)

Dentro de este marco estatal, la concepción de función pública sigue siendo primaria o elemental debido a que el Estado aún posee únicamente obligaciones para su propio aparato más no frente a los ciudadanos al no intervenir en lo que se consideraba la esfera privada. Pero, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, se desarrolla un nuevo modelo de Estado: el Estado de bienestar (Benz, 2010).

1.1.1.2.2. Estado de bienestar social

El Estado de bienestar representa un arquetipo intermedio entre un Estado liberal y uno social ya que incorpora elementos de ambos. De un lado, el aparato gubernamental empieza a organizarse para la prestación de servicios públicos de carácter social (Ávila Santamaría, 2011); pero, por otro, “la satisfacción de estos derechos se realizará por procedimientos políticos en Europa y Norte América, que no serán accionables, no serán exigibles judicialmente y dependerán de la discrecionalidad del aparato estatal” (Ávila Santamaría, 2011, 169).

Para este modelo de Estado, entonces, la función pública comienza a desarrollarse desde un ámbito formal aunque no material. Adicionalmente, se debe señalar que el auge del socialismo o comunismo durante el siglo XIX, “también contribuye al surgimiento de los hoy conocidos como derechos sociales” (Silva Henao, 2012, 147).

A pesar de que en el Ecuador este modelo europeo no llega a tomar fuerza, de alguna manera en el Estado social se adopta esta serie de transformaciones de naturaleza social y política.

1.1.1.2.3. Estado Social

En el Estado constitucional, desarrollado como fruto de la Segunda Guerra Mundial, se produce un gran avance en materia de derechos a partir de su constitucionalización, su exigibilidad judicial y reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (Ávila Santamaría, 2011). Por tal motivo, los principios rectores y naturaleza de la función pública adquieren un contenido más amplio, de ahí que pueda denominarse a este modelo como “Estado benefactor” o “Estado de Servicio” (Cordero Torres, 2011, 690).

Ante estas transformaciones, como es evidente, el aparato administrativo no ha permanecido invariable. El ejercicio de sus funciones pasa a estar sujeto a la ley dentro de un ámbito específico de competencias, las mismas que exigen una formación profesional calificada en constante crecimiento (Weber, 2008; Weber, 1999). El poder real, incluso, dejó de manifestarse en discursos parlamentarios para tomar lugar en la actuación administrativa cotidiana, tomando en cuenta que una creciente estatización y desarrollo de las civilizaciones significaba un aumento en la burocratización (Weber, 2008; Duguit, 2007). Es decir, que es aquí donde la función pública es concebida tal y como actualmente se define y caracteriza por la doctrina.

1.1.1.3. Administración premoderna y moderna

Con el fin de sintetizar los cambios entre las diferentes transiciones entre modelos de Estado¹, se presenta a continuación las diferencias entre la función pública en la etapa premoderna y la moderna:

¹ Para visualizar estas transformaciones en los distintos modelos de Estado, revisar el Anexo 1, el Anexo 2 y el Anexo 3.

Administración premoderna	Burocracia
<ul style="list-style-type: none"> • Enfoque institucional: la administración como instrumento de dominación del soberano responde a sus intereses particulares • No existe separación de los cargos y medios administrativos de propiedad privada • Forma de obtención del cargo: asignación de cargos como privilegio, mediante compra o clientelismo partidista • Cargos como fuente de ingreso • Preparación profesional: administración legada, las funciones eran simples, eran puros empiristas, igual que el fabricante en tiempos pasados • Administración informal • Control: ausencia de control sistemático de la actividad administrativa • Reflejo de la estructura clasista que servía para preservar la dominación de la élite • Mayor corrupción e ineficiencia • Imprevisibilidad de los actos, arbitrariedad 	<ul style="list-style-type: none"> • Enfoque institucional: administración como institución estatal • Separación de los cargos y medios administrativos pertenecientes al Estado • Forma de obtención del cargo: asignación de cargos en función de cualificación • Retribución fija de los funcionarios • Preparación profesional: administración profesional, el ejercicio de sus funciones requiere de un saber técnico • Actuación por escrito, formalización • Control: controles sistemáticos de la actividad administrativa en una organización jerárquica • Independencia de las clases sociales y partidos políticos • El Estado se beneficia de mayor eficacia y eficiencia • Previsibilidad de los actos por estar sujetos a la ley

Tabla No. 1: Diferencias entre la función pública premoderna y la moderna

Fuente: Benz, 2010; Weber, 2008 y Beetham, 1979.

Elaborado por: la autora.

En la doctrina no es posible encontrar cuáles eran las circunstancias o condiciones jurídicas laborales en las que se desenvolvían las personas que trabajaban en el Estado, sean estos miembros de la milicia, caballeros o los propios parlamentarios; ¿por qué es sólo hasta el Estado Constitucional en el cual se ve necesario realizar un estudio o análisis jurídico más pormenorizado?

Como se pudo observar anteriormente, los funcionarios públicos que existían en el modelo absoluto y legalista eran quienes detentaban poder o se ubicaban en un rango social y político superior, de esta manera se explica porque no se consideraba necesario cuestionar los derechos respecto de los cuales eran titulares, es decir ¿qué tan práctico podría resultar analizar los derechos que debían ser exigidos por un parlamentario que provenía de la burguesía en relación a otras necesidades urgentes como las de garantía y promoción de derechos del resto de ciudadanos que pertenecían a un nivel social inferior?

Sin embargo, esta situación difiere cuando se integran a la Administración Pública otro tipo de servidores públicos. La desigualdad material que era perceptible entre particulares, también empieza a ser visible dentro de la propia entidad estatal.

1.1.2. La función pública nace con el Estado: elementos estructurales del Estado

Estudiar los elementos constitutivos del Estado significa hacerlo desde la teoría general del Estado y como bien manifiesta Manuel María Díez (1963), el estudio de derecho administrativo presupone, al menos, su revisión sumaria.

El Estado puede ser entendido tradicionalmente como la conjunción de tres elementos, ya que “prevalece en nuestro medio la concepción del Estado como una comunidad de personas, asentadas en un espacio físico claro y totalmente delimitado, intrínsecamente dotada de poder suficiente para organizarse y organizar la vida de todos sus elementos” (Trujillo, 2006, 53). De aquí, se desprenden los elementos clásicos del ente estatal:

- a. Elemento humano o pueblo: es la causa material del Estado que comprende a aquellas personas –dimensión individual y social– que se asocian en una comunidad política. Al respecto, caben dos puntualizaciones: primero, la diferencia entre los conceptos de población y pueblo, población como el conjunto de nacionales y extranjeros de un país, y pueblo al conjunto de nacionales; segundo, la clasificación de nacionales por cesión de mando que divide a las personas que habitan en gobernantes y gobernados.

Por otra parte, existe una doble dimensión de los ciudadanos: activos, aquellos que participan en la formación de la voluntad común (aspecto subjetivo), y pasivos, ciudadanos sometidos a la voluntad y objeto de la actividad del Estado (aspecto objetivo);

- b. Espacio físico o territorio: es el espacio, denominado “territorio” en sentido jurídico, que se encuentra delimitado principalmente por tratados internacionales, donde el Estado ejerce su poder público y cumple sus funciones a través de la creación de condiciones económicas y sociales necesarias para el ejercicio de derechos de quienes conforman su elemento humano. Al igual que el elemento anterior, posee una doble dimensión: negativa, en cuanto impide dentro de su territorio el ejercicio de autoridad de cualquier otro poder público que no provenga o esté sometido al Estado, sin autorización expresa; positiva, en cuanto a que las personas que se hallan en su espacio físico quedan sometidas al poder estatal; y,
- c. Elemento formal o poder: poder civil en virtud del cual el Estado somete las relaciones humanas que se desarrollan en su territorio, sustentado en el derecho y ejercido de forma racional, que tiene como objeto dirigir los fines comunes para el bienestar del conjunto; es también político o público (tiende al bien del conjunto de los asociados y recae sobre todos ellos), supremo o soberano (no existe poder superior a él, aunque en la actualidad ya se discute sobre su naturaleza su soberanía absoluta en el marco de un contexto internacional), y territorial (porque se extiende sólo sobre su espacio físico y sus habitantes, en el caso de relaciones jurídicas que competan al derecho internacional privado). (Díez, 1963; Jellinek, 1981; Pérez Camacho, 2006; Trujillo, 2006)

Por otra parte, varios autores añaden otros elementos a la estructura del Estado, como los fines y el gobierno. Los problemas en la delimitación del contenido del primero, son motivo de su discordancia en la doctrina, ya que “no es posible definir a asociación política ni a Estado señalando los fines porque ha perseguido un sinnúmero de fines” (Weber 1999, 44). Mientras que respecto del segundo, como el conjunto de órganos que ejercen el poder (Díez, 1963), es necesario señalar que puede variar en razón de los tipos de gobierno e incluso de Estado.

En función de la preponderancia que se dé a cada elemento, se puede construir un concepto de Estado. Por ejemplo, tanto Grecia como Roma, vinculaban el concepto de Estado con lo

que se conoce como Estado-Ciudad, *civitas* (mayor preponderancia del elemento humano) o *polis* (primacía del elemento físico). No obstante, no hay que perder de vista que estos conceptos datan de siglos atrás, cuando no se desarrollaba un concepto que permitiera determinar un vínculo estable o de correspondencia entre habitantes y territorio (Cassagne, 2002; Pérez Camacho, 2006).

En este sentido, cabe añadir otras definiciones importantes de Estado desde un enfoque constitutivo. Por un lado, Estado puede ser considerado como una asociación política de actividad continuada cuyo mantenimiento está a cargo de un dirigente, en la medida en que su cuadro administrativo mantenga la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el conservación del orden (Weber, 1999) —preponderancia al elemento poder, coacción; y por otro, el Estado visto como un “substrato social constituido como corporación, cuya actividad se realiza en interés de la colectividad que lo compone” (Díez, 1963, 8). De estos dos conceptos, surgen dos elementos importantes para el planteamiento de una definición más contextualizada de Estado: cuadro administrativo e interés general.

De esta manera, autores pertenecientes a la escuela realista, como León Duguit y Gastón Jèze, plantean una reestructuración de los elementos tradicionales de Estado al reemplazar el elemento soberanía por servicio público. De esta manera, el Estado se convierte en una corporación de servicios públicos organizados por medio de un cuadro administrativo a cargo de los gobernantes para satisfacer el interés general (Weber, 1999; Valls Hernández, 2009; Díez, 1963). Concatenándolo con el derecho administrativo, Duguit (2007) sostiene que la noción de servicio público sustituye al de soberanía como fundamento o base del derecho público ya que desde que se produce esa división entre gobernantes y gobernados, se entiende que existen ciertos deberes esenciales del Estado para con sus ciudadanos.

Roberto Dromi (2004) coincide con esta postura al manifestar que “la noción de servicio público está íntimamente ligada a la razón de ser del Estado: la prosecución del bien común” (p. 824), esto se debe a que considera este bienestar general como la causa orientadora de la existencia misma estatal. Con esto, se entendería que el establecimiento de los fines del Estado, como uno de sus elementos estructurales, no sería inconcebible desde esta perspectiva en razón de que los mismos se hallarían materializados en la prestación de servicios públicos.

Como efecto, es incorrecto colocar al poder, soberanía o coacción legitimada como elemento unificador de los otros dos, humano y territorial, ya que lo que verdaderamente vuelve legítimo y válido a un Estado son los deberes que contrae respecto de los ciudadanos, indistintamente de la teoría de origen de Estado que se adopte, de no ser así no cobraría sentido alguno la creación de un ente abstracto dotado de poderes exorbitantes al derecho privado.

En otras palabras, la prestación de servicios públicos que satisfacen el interés general de una colectividad ubicada en un territorio específico, es lo que dota de legitimidad y estructura a un Estado al cual se le otorga, como resultado, el poder organizado en un cuadro administrativo para el cumplimiento de este fin. Respecto de esto último, vale añadir que toda asociación y toda forma de dominación requieren como condición necesaria de un cuadro administrativo como bien lo señala Weber (1999).

Así, puede surgir la siguiente interrogante: ¿es aplicable esta noción estructural de Estado a todo modelo, incluso al Estado Absoluto? La respuesta es sí. Aunque el sentido material de los servicios públicos puede variar al igual que los criterios para determinar lo que se entiende por interés general, ambos se encuentran inherentes a todo tipo de Estado.

1.1.3. Conclusiones

Del desarrollo de la primera hipótesis –la función pública nace con un modelo estatal específico– se puede deducir que el aparato administrativo burocrático, comprendido bajo criterios de especialidad o tecnicidad, sueldo fijo y demás características desarrolladas por Weber, es una figura propia del Estado moderno entendido para este autor como el modelo de dominación racional o legal, o para los constitucionalistas como Estado de bienestar y Estado Social. Weber, además, diferencia otras formas de administración en relación a una de carácter burocrático, lo cual será presentado posteriormente en el acápite relativo a la conceptualización de servicio público.

Del segundo planteamiento –la función pública nace con el Estado–, se concluye que el servicio público como actividad estatal es un elemento constitutivo del Estado ya que vincula a los elementos humano y geográfico, gracias a que posee como fin último la satisfacción de un interés general. Esto, a su vez, es únicamente dable a través de un poder legitimado y un cuadro administrativo que lo ejecute. O desde otro punto de vista, “la actividad social a que se refiere un servicio público (salud, transporte, educación, seguridad), puede que se

remonte a los comienzos de la humanidad, es decir no es producto de la modernidad” (Valls Hernández, 2009, 437).

Por otra parte, se puede afirmar que el servicio público y el cuadro administrativo han adoptado a lo largo de la historia, tres estados o dimensiones: inactiva o nula, pasiva y activa.

- a. Inactiva o nula: es aquella que se desarrolla dentro un Estado absoluto, propiamente, ya que el único ciudadano que goza plenamente de sus derechos e incluso, de forma ilimitada es el monarca; el orden y la seguridad frente a otros territorios más que ser una preocupación o derecho del pueblo, se convierte en un requisito mínimo para el bienestar de la monarquía. En otros términos, implica prestaciones públicas al propio Estado o en este caso, al rey.
- b. Pasiva: característico de un Estado liberal y legalista, el cual integra al margen del interés estatal ya no solo la situación de la monarquía, sino también la de cada uno de sus miembros. El Estado adopta una postura pasiva de no intromisión en el ámbito privado y, con esto, posee como principal obligación la garantía y respeto de los derechos civiles y políticos de sus ciudadanos.
- c. Activa: estado último del servicio público y del cuadro administrativo, fruto de un proceso evolutivo a lo largo de los años y que es desarrollado en los Estados Sociales. Al adquirir mayor trascendencia los derechos sociales, económicos y culturales en el plano internacional, también lo hacen en el orden interno de cada país, ante lo cual, el Estado toma un rol intervencionista indispensable para la posible realización o goce de esta segunda generación de derechos.

1.2. Conceptualización de la función pública

En primer lugar, se deben realizar ciertas precisiones con respecto a la definición de función pública, función administrativa, trabajos públicos y servicio público.

Por función pública, según Narciso Sánchez Gómez (2003), citado por Yanome Yesaki, (2008, 699), puede entenderse al régimen jurídico que es aplicable a toda persona natural que desempeña un cargo público, dentro del Estado.

La función administrativa, por otro lado, es aquella actividad del Estado tendiente a la satisfacción permanente del interés colectivo a cargo de los órganos que gozan de imperio, como la seguridad pública (Yanome Yesaki, 2008). O en otros términos, es en la función

administrativa en donde los servicios públicos cumplen su rol principal mientras que en la función jurisdiccional y legislativa lo hace de forma accesoria (Bonnard, 1943).

Por otra parte, trabajo público es aquella actividad realizada por la administración para llevar a cabo una obra pública, la cual se realiza sobre bienes inmuebles, como en el caso de parques o la construcción de hospitales (Yanome Yesaki, 2008).

A continuación, se puede presentar de forma sintética las diferencias que existen entre función pública, trabajo público y servicios públicos (Yanome Yesaki, 2008):

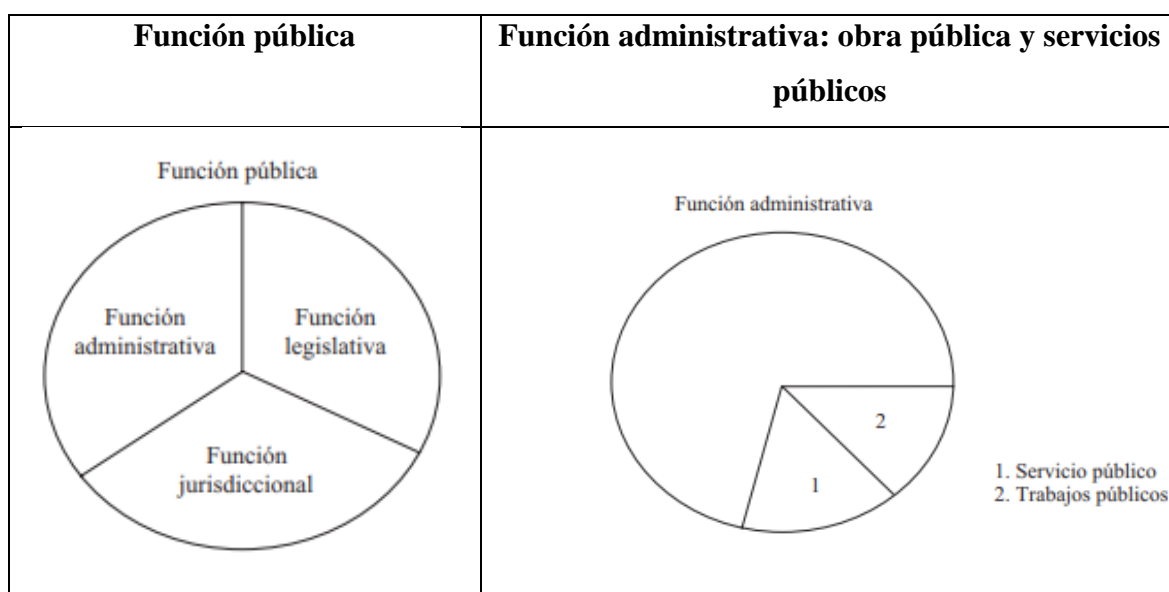


Tabla No. 2: Función pública, función administrativa, obra pública y servicio público

Fuente: Yanome Yesaki, (2008).

Elaborado por: Yanome Yesaki, (2008).

No existe discusión respecto del concepto de obra pública y función administrativa, no así de función pública y servicio público. Sin embargo, existen distintos enfoques conceptuales para estos dos últimos términos.

Para Arthur Benz (2010) la evolución a un Estado moderno conllevó la transformación del término de “servidores” –al servicio de intereses particulares– a “funcionarios públicos” vistos como aquellos encargados del cumplimiento de tareas públicas, y a la Administración en “función pública”; en el capítulo tercero del presente trabajo, esta definición requerirá ser analizada a mayor detalle una vez sea comparada con lo establecido al respecto en la normativa constitucional y secundaria. Mientras que para Roger Bonnard (1943), Dromi

(2004) y Yanome Yesaki (2008) la diferencia entre función pública y servicios públicos radica en que a toda función pública –legislativa, judicial y ejecutiva– le corresponde un conjunto específico de servicios públicos los cuales explicitan las funciones o fines del Estado, entendidas a estas prestaciones como aquellas organizaciones que forman parte de la estructura del Estado (células), desde una visión orgánica.

Desde otro enfoque, Gilbert Gillespie Lenz (s.f) establece que son funciones públicas aquellos servicios públicos imprescindibles en una sociedad, como la justicia y la educación (citado por Valls Hernández, 2009, 435).

En síntesis, vamos a poder encontrar diferentes matices respecto de lo que significa tanto servicio público como función pública. Pese a ello, el estudio de los distintos aportes doctrinarios que abordan esta problemática no es inútil. Esto se debe a que en conjunto permiten una comprensión más extensa del tema que se aborda, en razón de que cada postura al ser desarrollada desde el planteamiento de criterios distintos es válida; así, estos enfoques a su vez son complementarios, tómesese como ejemplo los que fueron citados anteriormente.

El primero, se desarrolla desde una mirada histórica respecto de la evolución conceptual de servicio público y de función pública, en la cual se desea hacer énfasis en la contraposición de modelos estatales que tenían como objetivo la persecución de fines antagónicos; el segundo, entiende al servicio público como forma de realización efectiva de los fines y funciones del Estado; y el tercero, resalta los vínculos que unen a ambos.

Entonces, como podrá concluirse, la pregunta correcta que debió ser planteada desde un inicio no es si existe o no discordancia entre estos dos términos, sino cuál es su relación. De esta manera, no sólo se amplía el ámbito de estudio sino que también sobresalen otros conceptos trascendentales como es el de servidor público.

Por tal motivo, en relación a la discusión que gira en torno a las posibles diferencias conceptuales entre estas dos palabras, se comparte la postura de ciertos autores que manifiestan que “existe una tensión no resuelta entre las nociones de “servicio público” y “función pública” que permea al llamado “derecho administrativo”” (Márquez, 2014, 29). Por ello, se presentará en el siguiente apartado la definición de burocracia, brindada por Weber y de servicio público, de la mano de diferentes autores, lo cual nos permitirá tener una mejor comprensión del contenido desarrollado en capítulos posteriores.

1.2.1. Burocracia

Max Weber (s.f.) utiliza como calificativo común para todo tipo de administración el término “cuadro burocrático”, sin embargo, diferencia a la administración burocrática de aquellas otras conformadas por nobles y cuerpos colegiados, de ahí que señale que no toda “organización de grandes Estados, históricamente unificada y auténtica, haya implicado una administración burocrática” (p. 35).

1.2.1.1. Administración de nobles

La denominación “administración de nobles” se utiliza de forma genérica para todo tipo de administración que tiene un carácter de entretenimiento, puesto que no posee un conocimiento técnico especializado, más bien en muchas de las ocasiones se remontaba a la tradición en vista de que los cargos eran asignados en razón de herencia o tradiciones familiares (Weber, s.f.). Posteriormente, el constante aumento cualitativo de tareas administrativas volvió limitado el rol de este tipo de administración (Weber, s.f.). Por esto, no era concebida por Weber (s.f.) como una administración moderna y plantea como ejemplo de aquella época al Estado inglés (nobles) y estadounidense (clientelismo partidista).

1.2.1.2. Administración colegiada

En la administración conformada por cuerpos colegiados especializados en diferentes ramas, se produce una continua fricción de intereses y opiniones antagónicas que ocasionan retardos en las decisiones del Estado (Weber, 1999). Por esto, la principal causa que ocasiona que no sea catalogada por Weber como una administración burocrática o una fase primaria de ésta, subyace en su falta de unidad administrativa al interior del Estado.

1.2.1.3. Administración burocrática

Aunque los elementos que se presentan a continuación ya fueron expuestos en la sección anterior, es necesario retomarlos para comprender las características que hasta el día de hoy nos permiten definir al cuadro administrativo burocrático (Weber, 2008; Weber, 1999; Beetham, 1979):

- Competencia objetiva y fija;
- Jerarquía fija, racional y rigurosa;
- Personalmente libres, sólo responden a sus deberes objetivos;

- Nombramiento regulado por el libre contrato y ascenso regulado;
- Formación profesional técnica o especializada como norma;
- Sueldo fijo y pagado en dinero en base a: primero, su rango jerárquico; segundo, responsabilidad del cargo; y tercero, principio de decoro estamental;
- Ejercen su cargo como única profesión;
- Tienen ante sí una carrera o expectativa de ascenso; y,
- Sometidos a una rigurosa disciplina y vigilancia administrativa.

Adicionalmente, existen varios elementos que constituyen la autoridad burocrática (Weber, s.f.):

- Las actividades se reparten como deberes oficiales;
- La autoridad que da las órdenes está delimitada por normas que contienen medios coactivos, físicos o de otra especie de los que disponen los funcionarios; y,
- El ejercicio de esos deberes y derechos está asegurado por un sistema de normas. Sólo pueden prestar servicios aquellas personas que, según reglas generales, están calificadas para ello.

1.2.2. Servicio público

1.2.2.1. Concepto y teorías de interpretación

Para conocer las definiciones que son desarrolladas por la doctrina, en primer lugar se debe considerar las diferentes teorías para la interpretación de su concepto. Por un lado, la discusión puede enfocarse entre dos extremos viciosos, como los describiría Aristóteles, en razón de que ambos no garantizan la satisfacción del interés público: a) quienes conciben al Estado como un prestador de servicios públicos incluso cuando ejerce actos de autoridad, y b) quienes definen al Estado como una autoridad capaz de excluir cualquier actividad económica del mercado y convertirla en pública (Valls Hernández, 2009). Por otro lado, existen diferentes corrientes teóricas más apropiadas para interpretar cabalmente su concepto:

- a. Máxima: servicio público entendido como toda actividad estatal en su conjunto;
- b. Media: servicio público es igual a toda actividad de la administración pública; y,
- c. Mínima: servicio público reducido a una parte de la actividad administrativa. (Valls Hernández, 2009)

De otra parte, en esta última línea de interpretación –corriente teórica mínima–, se encuentra Agustín Gordillo (2014) al distinguir la noción tradicional de servicio público con una moderna: la noción antigua encierra a toda prestación pública que sea brindada de forma continua para la satisfacción de necesidades colectivas, ya sea directa o indirectamente brindada por el Estado; mientras que para la segunda se debe puntualizar que tanto la actividad legislativa como jurisdiccional no pueden considerarse como servicio público en sentido estricto, por ende, no toda actividad administrativa se considera como servicio público.

Duguit (2007) define al servicio público como “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado, y fiscalizado por los gobernantes por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante” (p. 27-28). Mientras que Dromi (2004) lo describe como toda “prestación esencial que cubre necesidades públicas o de interés comunitario, que explicita las funciones-fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros” (p. 823).

Como puede advertirse de estas dos definiciones, ya sea que se adopte cualquiera de las corrientes, el primer punto de estudio del concepto de servicio público debe ser el de interés general que, en palabras de autores como Agustín Gordillo (2014) y Sergio Valls Hernández (2009), es el principal fundamento para catalogar a una actividad estatal como servicio público.

Aun así, actualmente la noción de servicio público está en crisis por causa de la complejidad que suscita su delimitación material, ya sea por encuadrarse en un Estado Social que exige mecanismos necesarios para el ejercicio pleno de derechos que deben responder a las nuevas problemáticas sociales, o sea por la expansión estatal de la gestión en el ámbito económico (Valls Hernández, 2009). Pese a que el país también forma parte de este contexto, como será explicado posteriormente, se concluye que existen varios elementos que nos permiten aseverar que la posición que ha sido desarrollada por nuestro ordenamiento jurídico, es el de una noción tradicional de servicio público; sin perjuicio de que cada prestación pública goce de un carácter propio que lo dote de características particulares.

Primero, todo servicio prestado por el Estado responde a un interés general, caso contrario no tendría sentido alguno que fuera por él asumido, regulado o fiscalizado; por tal motivo,

quienes integran las funciones legislativas y judiciales también deben tener claro que los deberes que desempeñan en favor de la ciudadanía responden a un conjunto de necesidades públicas, además, ambas son incluso catalogadas por parte de diversos autores, por ejemplo Duguit (2007), como servicios públicos originarios junto con la defensa del territorio y mantenimiento de la seguridad, de allí que no resulte extraño que los servidores que componen la función judicial sean denominados por la normativa vigente como “servidores judiciales”².

Segundo, y como consecuencia del anterior, todos los servicios públicos están sujetos a principios tales como el de calidad y eficiencia, según lo determinado en la CRE, la LOSEP y la LOEP, como será estudiado en el capítulo siguiente de este trabajo.

Tercero, la normativa constitucional (art. 229) y secundaria (art. 4 LOSEP) determinan que son servidores públicos todos aquellos que integren el sector público, es decir, quienes se encuentren dentro de alguno de los organismos detallados en los arts. 225 CRE y 3 LOSEP.

Cuarto, ¿cuál fue el modelo de Estado que la Asamblea Constituyente instauró en Montecristi?: el de un Estado Social. Aquí, es evidente que salte a la luz lo anteriormente señalado respecto a la actual crisis de la noción de servicio público; no obstante y al menos en el panorama ecuatoriano, este fenómeno puede ser producido por aquellas mismas dos razones antes expuestas (modelo de Estado y crecimiento del aparato estatal³), pero entendidas de forma conjunta o complementaria y no de manera independiente, es decir que al adoptar un tipo de Estado más interventor respecto de las necesidades de sus habitantes, el ámbito de competencias estatales puede simultáneamente verse incrementado.

1.2.2.2. Finalidad del servicio público

El fin último del servicio público es la satisfacción del bien común o de una necesidad pública (Dromi, 2004; Gordillo, 2014). Sin embargo, el concepto de “interés” o “necesidad pública” merece ciertas puntualizaciones:

² Obsérvese por ejemplo los arts. 176 y 178 CRE.

³ Léase noticias relacionadas con el crecimiento del número de empleados públicos, como por ejemplo “*El Estado crece y el gasto en sueldos en la burocracia se duplica*” (El Universo, 2012), “*El Ejecutivo administra 127 entidades*” (Enríquez y Orozco, 2015), entre otras.

- No es un ente abstracto, sino la suma de necesidades individuales concurrentes. Por ello, en el interés público se puede identificar una porción concreta del interés individual;
- No es el interés de la administración pública; y,
- El interés público no se limita a la satisfacción de necesidades económicas o materiales de los individuos, sino que el orden jurídico debe estar destinado primordialmente a la realización del valor de “justicia”, por ello, el interés público-conveniencia es falso si es contrario al interés público-justicia. (Gordillo, 2014)

En este último, cabe resaltar que no sería legítima la prestación de un servicio público que menoscabe los derechos laborales de los empleados o trabajadores que lo brindan, ya que su ejecución iría en contra de derechos fundamentales y por ende, del valor mismo de justicia al utilizar a los servidores como simples medio y no como fines, como lo sabría manifestar Immanuel Kant (ética utilitarista), por lo cual no se materializaría el interés público-justicia.

1.2.2.3.Elementos

Los elementos del servicio público se dividen en tres: fin, carácter público y régimen jurídico que lo regula (Gordillo, 2014):

- Fin: satisfacción de un interés público;
- Carácter público: es prestado por la administración pública de forma directa o indirecta; y,
- Régimen jurídico: conformado por cláusulas exorbitantes al derecho común (estatistas y autoritarias).

Estos tres puntos permanecen transversales a todo servicio público, no obstante, no inalterables. El contenido material o específico de cada uno de ellos varía en razón de un Estado en concreto pues debe estar conforme a una sociedad con necesidades específicas (fines determinados que cumplir) pero además, la preeminencia del carácter público va a estar supedito a la naturaleza del servicio (no será el mismo cuando el Estado ejerce actividades económicas en el mercado, que cuando satisface necesidades sociales indispensables como la educación).

1.3. Breve revisión de derecho comparado en torno a la función pública

El servicio público presenta diferentes características en función del ordenamiento jurídico en la cual se ubique, tanto dentro de la región latinoamericana como la europea. Para ello, se procederá a revisar algunos elementos esenciales que nos puede aportar el derecho comparado en torno a la función pública.

1.3.1. Colombia

La Constitución de Colombia desarrolla en el Título XII del Capítulo Quinto, la concreción de la finalidad social del Estado en la prestación de servicios públicos, observemos por ejemplo lo determinado en su artículo 365:

Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita. (CPC, 1991, art. 365)

Por otra parte, la función pública como tal se encuentra desarrollada en la Constitución colombiana en el Título V del Capítulo Segundo, de donde se derivan los siguientes puntos:

- a) Principio de legalidad como parámetro para el ejercicio de sus funciones (art. 122);
- b) Se determina inhabilidades para ejercer un cargo público y las prohibiciones comunes a todos los servidores (art. 122); y,
- c) Clasificación de los servidores públicos de acuerdo a los siguientes criterios (art. 123): a) organismo u entidad pública a la que pertenecen, b) temporal (permanente, ocasional), y c) forma jurídica de vinculación (contrato, mandato popular).

En relación a los principios que rigen a la función administrativa, el artículo 209 de su Constitución establece: igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, descentralización, delegación y desconcentración de funciones.

En este sentido, la Corte Constitucional Colombiana define a la función pública como un:

Conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines.

La función pública, por lo tanto, se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, en sus diferentes órdenes y, por consiguiente, se exige de ella que se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos (...) que permitan asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad (Corte Constitucional de Colombia, C-631/96, 1996).

De los elementos mentados que integran la normativa colombiana, se puede concluir que ésta desarrolla la teoría del Estado que tiene como eje estructural la finalidad social del Estado concretizado en el servicio público, el mismo que actúa como elemento unificador de los demás (elemento humano y territorial). De otro lado, la descripción que coadyuva a lo que se entiende por función pública, es aquella que la vincula con las actividades estatales o en otras palabras, el servicio público, por lo que es acertado afirmar que este ordenamiento toma ambos términos como sinónimos y que, además, es adepto a la corriente contemporánea expuesta anteriormente que sitúa al interés general como fundamento de todo servicio público.

1.3.2. Argentina

En el país austral, la incorporación del servicio público en la normativa constitucional no ha sido permanente. Ésta fue incluida por primera vez en la reforma constitucional de 1949 y, luego de seis años fue derogada (Sacristán, 2008). Actualmente y por segunda ocasión a través de la reforma de 1994, es integrado al cuerpo constitucional en su artículo 40:

Art. 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control. (CNA, 1853, art. 40)

De la norma constitucional se pueden resaltar dos puntos: por un lado, el carácter de consumidores y usuarios, junto con sus respectivos derechos de que se les dota a los administrados, y por otro, el concepto de marco regulatorio de los servicios públicos.

Aunque la utilización de los términos “consumidores” y “usuarios” resulte más común en un ámbito privado, al menos desde el contexto jurídico ecuatoriano, ésta tiene plena cabida en un escenario como el de Argentina en el cual como lo manifiestan Estela Sacristán (2008) y Julia Igoa (2007), el servicio público fue producto de grandes privatizaciones a favor de grandes empresarios nacionales y extranjeros en la década de los 90’s.

Por otra parte, el concepto de “marco regulatorio” que determina la Constitución argentina está comprendido como el conjunto de disposiciones jurídicas de diversa jerarquía que regulan los servicios públicos (Sacristán, 2008, 843) y así, está conformado por normativa general y normativa específica para cada servicio público. Respecto del primer grupo, se encuentra la constitución, tratados internacionales de derechos humanos, especialmente relativos a derechos sociales, y las leyes nacionales de carácter general –como la ley 24.240 sobre Defensa del consumidor y la ley 25.156 relativa a la defensa de la competencia que norma la libre competencia y control de monopolios– (Dromi, 2004). En relación al segundo, la normativa que desarrolla de forma particular cada servicio público está compuesto por leyes específicas que toman en cuenta las especificidades de cada prestación (Dromi, 2004).

En suma, la normativa que regula la prestación de servicios públicos y, consecuentemente el empleo público, no desarrolla en sí misma un enfoque doctrinario específico. A pesar de ello, debe ser destacado el aporte que realiza al diferenciar claramente los distintos tipos de servicios públicos a cargo del Estado, por medio de la expedición de leyes especiales para cada uno ellos, lo que a su vez permite una creciente eficiencia y eficacia en la prestación del servicio.

1.3.3. México

El marco normativo que recoge la función o servicio público mexicano se rige por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las leyes federales, estatales y municipales.

La Constitución mexicana de 1917 contiene varios artículos relevantes para el servicio público, entre los cuales se encuentran:

- Art. 28 inciso décimo segundo: “La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley”;
- Art. 5 sección II: establece cuáles son los servicios públicos de naturaleza obligatoria (como aquellos de índole social);
- Art. 108: concepto del servidor público (“toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión o en la Administración Pública Federal, así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorgue autonomía, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones”);
- Art. 109 y 113: régimen de responsabilidad del servidor público; y,
- Art. 115 secciones II y III: servicios públicos municipales. (CPEUM, 1917)

En cuanto a la normativa secundaria de mayor importancia se encuentra la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado y la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

En síntesis, a diferencia del marco regulatorio argentino, la normativa mexicana parte ya no de la especificidad material de cada servicio público sino de su carácter territorial (federal, estatal y municipal).

Otro aspecto que vale resaltar es que si bien este ordenamiento jurídico no reafirma de forma explícita la función estructural y unificadora que desempeña la prestación del servicio público por parte del Estado, como lo hace el colombiano, sí distingue entre aquellos que son de carácter obligatorio y cuáles no, lo que a través de un estudio pormenorizado de los primeros, permitiría que el Estado actúe más eficientemente. Es decir, al conocer la naturaleza y característica de aquellos servicios que son considerados como obligatorios, se pueden establecer parámetros que permitan incorporar dentro de esta primera categoría, prestaciones públicas que respondan a las nuevas necesidades reales de forma ágil y oportuna.

La antes citada normativa extranjera será de gran ayuda con respecto aquella que compone el ordenamiento jurídico nacional, una vez que el concepto, derechos, deberes y demás características del servidor público y los principios que los rigen sean estudiados en capítulos siguientes.

Capítulo 2: Principios del derecho administrativo laboral

2.1. Principios del derecho administrativo aplicables a la función pública

La fundamentación de una rama jurídica debe partir del ámbito axiológico, el cual trasciende y repercute en el contenido y alcance de todas las normas jurídicas que la componen. Por consiguiente, la formulación de principios es algo inherente a toda disciplina en la búsqueda de su validez científica y, por esta razón, se pretende que los conceptos que la determinan adquieran la calidad de principios, adoptando así una cualidad “universal” (Guerrero Orozco, 2009). En efecto, la administración pública no ha quedado atrás, al ser una de las ciencias sociales que más ha invocado principios como parte de su eje central (Guerrero Orozco, 2009).

En este sentido, los principios son considerados directrices, proposiciones jurídicas sin contenido normativo o fundamentos racionales, que se consolidan como criterios fundamentales que sustentan a las normas e instituciones jurídicas de un ordenamiento, de manera que son formas de hacer funcionar y comprender el derecho para que sea justo (Gordillo, 2000; Trujillo, 2008). Por tal motivo, los principios tienen mayor relevancia jurídica que las normas “completas” debido a que la resolución de un conflicto jurídico puede permitir excusar la ignorancia de normas secundarias, más no de principios (Gordillo, 2000).

A pesar de ello, “[e]l no jurista tiende a invertir el orden de jerarquía normativa y dar mayor importancia al más mínimo reglamento, aunque contravenga los principios generales del derecho, normas y principios legales, constitucionales y supraconstitucionales, etcétera.” (López Olvera, 2005, 177).

Cabe añadir que los principios cumplen una triple función en el ordenamiento jurídico: a) inspirar la expedición de normas, b) guiar su interpretación y, c) llenar vacíos o lagunas normativas (Trujillo, 2008); cada una de éstas no excluye la aplicación conjunta de las otras, pues su fin último es la mejor comprensión y aplicación de una rama jurídica o del derecho mismo.

De lo expuesto, se aduce que el razonamiento jurídico del cual se parta, diferencia al jurista del no jurista, como dice Miguel López Olvera (2005). El estudio de toda rama jurídica, sea que se trate únicamente de una institución concreta o el marco normativo general que la

regula, no puede prescindir de un primer análisis de sus principios, la perspectiva desde la cual debe ser enfocado, sea el derecho administrativo, el derecho del trabajo o cualquier otra.

Los principios jurídicos de cada ámbito específico del derecho orientan su comprensión integral y, consecuentemente, no limitan a su intérprete, sea juez, legislador, abogado, ciudadano común, a un campo restringido de razonamientos y argumentaciones.

Tomando como punto de partida estas premisas, se va a exponer a continuación los principales ejes axiológicos contenidos en diferentes fuentes normativas que guían el quehacer de la función pública y al derecho laboral en el sector privado.

2.1.1. Principios constitucionales

En primer lugar, el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), determina al Estado Social como el modelo sobre el cual se va a desenvolver la función pública que lo compone. Como se pudo desarrollar en el capítulo anterior, el servicio público en este tipo de Estado moderno, a través del cuadro administrativo, posee, además de otras características, un mayor alcance y contenido material para con los ciudadanos.

Ahora bien, existen diversos principios constitucionales a ser considerados, los mismos que serán profundizados posteriormente en el presente trabajo:

- Carrera administrativa (art. 228);
- Decisión fundada o motivada (art. 76, numeral 7 literal l);
- Eficiencia, eficacia y calidad (arts. 66.25 y 227);
- Estabilidad (art. 229);
- Igualdad en el acceso y desempeño en la función pública (arts. 11.2, 61.1, 61.7, 65 y 66.4),
- Irrenunciabilidad (arts. 11.6 y 229);
- Jerarquía, desconcentración y descentralización (arts. 1, 227 y 275);
- Legalidad (art. 226);
- Mérito y capacidad (arts. 61.7 y 228);
- Profesión única (art. 230.1)
- Profesionalización (arts. 229 y 234);
- Seguridad jurídica (art. 82); y,
- Transparencia y evaluación (arts. 227 y 275). (CRE, 2008)

Probablemente, como podrá haberse notado, varios de estos principios fueron desarrollados someramente en el capítulo primero, como el de carrera administrativa, mérito y capacidad y profesión única, esto se debe a que, a la par del nacimiento de la función pública como la conocemos hoy en día, surgieron también ciertos criterios o bases axiológicas sobre las cuales empezó a cimentarse la función pública y que continúan vigentes pese a los cambios políticos, sociales o económicos de cada país.

Sin embargo, pese a que estas directrices o principios regulen a la función pública, no significa que lo hagan desde la misma perspectiva o con el mismo objeto teleológico, obsérvese por ejemplo el principio de estabilidad y el de calidad; situación similar que ocurrirá con los principios consagrados en los cuerpos normativos posteriormente presentados.

2.1.2. Principios que consta en el Código Orgánico Administrativo (COA)

El Código Orgánico Administrativo (2017), que regula el ejercicio de la función administrativa de todos los organismos que conforman el sector público, entiéndase con ello aquellos numerados en el art. 225 de la Carta Fundamental (2008), clasifica en principios generales, principios de la actividad administrativa en relación con las personas, principios de las relaciones entre Administraciones Públicas y principios del procedimiento administrativo.

2.1.2.1. Principios generales

Dentro del primer grupo de principios, enlistados a continuación, se ubican aquellos que rigen toda actuación administrativa sin perjuicio de que existan otros que por el criterio de especialidad también deban ser aplicados a un caso en concreto, es decir tanto en las relaciones o casos contemplados en el segundo, tercer y cuarto grupo del Código Orgánico Administrativo (2017):

- Buena fe (art. 17);
- Eficiencia, eficacia y calidad (arts. 3, 4 y 5);
- Jerarquía, desconcentración, descentralización y coordinación (arts. 6, 7, 8 y 9);
- Juridicidad (art. 14);
- Participación (art. 10);
- Planificación (art. 11);

- Proporcionalidad (art. 16);
- Transparencia y evaluación (arts. 12 y 13); y,
- Responsabilidad (art. 15). (COA, 2017)

Por la generalidad de estos nueve principios, se deduce que pueden ser alegados en toda situación en la cual se encuentre involucrada o actúe la Administración Pública. Adicionalmente, de una lectura o interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, se puede señalar que la Constitución ecuatoriana (2008) también consagra otros principios de carácter general, como son el de decisión fundada y el de seguridad jurídica, ambos piedras angulares en un Estado de Derecho.

2.1.2.2. Principios de la actividad administrativa en relación con las personas

En el segundo grupo de directrices se encuentran los principios que rigen la relación ciudadano-Estado, en principio, pues el contenido de varios de ellos, asimismo, puede ser aplicado en las relaciones servidor público-Estado, como podrá ser evidenciado en párrafos siguientes, además del hecho de que el título de esta categoría no excluye este segundo ámbito de aplicación al referirse de forma general a “personas” en lugar de, por ejemplo, “administrado”:

- Control (art. 20);
- Ética y probidad (art. 21);
- Imparcialidad e independencia (art. 19);
- Interdicción de la arbitrariedad (art. 18);
- Protección de la intimidad (art. 24)⁴;
- Racionalidad (art. 23); y,
- Seguridad jurídica y confianza legítima (art. 22). (COA, 2017)

La primera palabra que puede venir a la mente de quien lee cada uno de estos principios, es “protección”. A través de este conjunto de reglas, el legislador ha tenido como finalidad establecer máximas orientadoras para la actuación administrativa que tiendan a salvaguardar

⁴ En razón a la naturaleza de este principio, se ha decidido no desarrollarlo ni incorporarlo en alguna de las clasificaciones subsiguientes ya que no está dirigido a garantizar materialmente la prestación de los servicios públicos ni tutelar a los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones.

los derechos de las personas o individuos que se interrelacionan con la Administración Pública.

2.1.2.3. Principios de las relaciones entre Administraciones Públicas

En esta tercera categoría están desarrollados los principios que deben ser enfocados desde una mirada institucional u organicista del Estado, motivo por el cual no son considerados posteriormente en el desarrollo de este trabajo⁵:

- Colaboración (art. 28);
- Corresponsabilidad y complementariedad (art. 26);
- Lealtad institucional (art. 25); y,
- Subsidiariedad (art. 27). (COA, 2017)

Que el derecho positivo haya recogido estos principios, se traduce en el desarrollo de una perspectiva institucional de la función pública, contraria a una partidista o personalista, clave en un Estado moderno.

2.1.2.4. Principios del procedimiento administrativo

Finalmente, el Código Orgánico Administrativo (2017) establece dos principios como ejes de todo procedimiento administrativo sancionador, los cuales tienen como fin garantizar una adecuada defensa al individuo, sea ciudadano o servidor público, de ser el caso, y son los detallados a continuación:

- Tipicidad (art. 29); y,
- Irretroactividad (art. 30). (COA, 2017)

Es importante agregar que la Constitución de la República del Ecuador (2008), artículo 76, establece varios principios como garantías del debido proceso en aquellos casos en los que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden. En tal sentido, en los numerales 3 y 5 de esta misma disposición jurídica se incluye:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

2. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra

⁵ En el mismo sentido que la nota al pie de página precedente.

naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. (CRE, 2008) (lo resaltado me pertenece)

En razón de la similitud del contenido de este artículo con lo determinado en el Código Orgánico Administrativo (2017), se cree conveniente citar igualmente el contenido de este último:

Art. 29.- Principio de tipicidad. **Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley.**

A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa. Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva.

Art. 30.- Principio de irretroactividad. Los hechos que constituyan infracción administrativa serán sancionados de conformidad con lo previsto en las disposiciones vigentes en el momento de producirse.

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor. (COA, 2017) (lo resaltado me pertenece)

Como se puede inferir, ambos cuerpos normativos coinciden en lo relativo a la irretroactividad de disposiciones jurídicas sancionatorias o aquellas que contemplen infracciones de cualquier naturaleza, salvo en los casos de aplicación en favor del presunto infractor.

No obstante, respecto de esta excepción, la Constitución (2008) hace una precisión importante: “en caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho”; a diferencia del Código Orgánico Administrativo (2017), el cual sólo establece en términos generales lo siguiente: “pueden producir efecto retroactivo en cuanto favorezcan al infractor”, en otros términos, ya sea que existiese o no un conflicto entre normas jurídicas deberá aplicarse de forma retroactiva la sanción que más favorezca al infractor.

En relación al principio de tipicidad, el segundo inciso del artículo 29 del Código Orgánico Administrativo (2017) establece para toda norma sancionatoria una interpretación en sentido estricto, esto es, respetando el sentido literal de la disposición jurídica (como lo establece también el artículo 13 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal (2014), sobre los tipos penales y las penas).

Por otro lado, referente a la primera parte del segundo inciso del mismo artículo, surge la siguiente interrogante: ¿en caso de que una infracción no tenga prevista una sanción en la Constitución o en la ley (de acuerdo a lo prescrito en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de 2008), se puede señalar que es una infracción inaplicable o incompleta?, o, desde otra perspectiva, ¿es materialmente completa desde el momento que su sanción es determinada en una norma constitucional o legal?

Dejando de lado todo tipo de cavilaciones en torno a estos principios en concreto, es menester señalar que las directrices jurídicas que rigen a un procedimiento administrativo, tanto aquellos determinados en esta cuarta categoría del Código Orgánico Administrativo (2017) como los determinados en la Constitución (2008), por su especificidad, no serán considerados en el presente trabajo; aunque cabe considerar que, como se mencionó anteriormente, éstos podrían ser aplicables para las relaciones entre el Estado con los ciudadanos o con los servidores públicos, en caso de sanciones disciplinarias sobre estos últimos como garantía a sus derechos de defensa.

2.1.2.5. Conclusiones

Más allá de que el Código Orgánico Administrativo (2017) consagre principios importantes y de aplicación para todos los organismos públicos en su actividad administrativa, su aporte fundamental en el presente tema de investigación es dar un primer paso para diferenciar las distintas relaciones en las cuales se involucra la Administración Pública, haciendo especial hincapié en la naturaleza particular de cada una de ellas.

No obstante de ello, no distingue en una quinta categoría la relación específica servidor público-Estado, tomando en cuenta sus características y condiciones laborales propias. A esto se puede refutar afirmando que, por el criterio de especialidad, este ámbito le correspondería a la Ley Orgánica del Servicio Público (2010); sin embargo, en caso de que este último criterio fuere el compartido o aceptado, observemos, a continuación, lo contenido en esta ley.

2.1.3. Principios que constan en la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP)

En tercer lugar, se pueden encontrar diferentes principios o criterios jurídicos fundamentales en la Ley Orgánica del Servicio Público (2010), los cuales amparan a todos los organismos

públicos, descritos en el artículo 3 de esta ley y que igualmente serán estudiados más adelante:

- Competitividad (art. 1);
- Continuidad (art. 1);
- Eficiencia, eficacia, calidad y calidez (arts. 1 y 22 literales b y h);
- Equidad y solidaridad (arts. 1 y 22 literal b);
- Estabilidad (arts. 23 literal a y 24 literales h y n);
- Generalidad (art. 1);
- Igualdad y no discriminación (art. 1);
- Igualdad en el acceso y desempeño en la función pública (arts. 2 y 5);
- *In dubio pro operario* (segundo artículo innumerado después del art. 4);
- Irrenunciabilidad (art. 23);
- Jerarquía, desconcentración y descentralización (arts. 1 y 22 literal d);
- Lealtad (arts. 1 y 22 literal h);
- Participación (art. 1);
- Profesión única (arts. 12, 13 y 24 literal b);
- Profesionalización (art. 23 literales ñ y q).
- Racionalidad (art. 1);
- Responsabilidad (art. 1);
- Transparencia y evaluación (arts. 1 y 22 literal j); y,
- Unicidad (art. 1). (LOSEP, 2010)

De los principios consagrados en esta Ley, se dilucida que existen efectivamente caracteres del servicio público que son aquí recogidos y que se encuentran dirigidos a regular la prestación material del servicio público, como son el de continuidad, el de estabilidad, el de generalidad, y el de igualdad y no discriminación. Adicionalmente, una directriz de especial importancia para este trabajo que es incorporada en esta Ley, es el principio *in dubio pro operario*.

Sin embargo, lo que llama nuevamente la atención, es que en la presente Ley no existe diferenciación clara de los principios que la rigen, como lo hace el Código Orgánico Administrativo (2017) aunque de forma incompleta, como ya se mencionó, es decir entre aquellos que regulan la prestación del servicio público y los que lo hacen respecto de las

relaciones laborales dentro de la Administración Pública; todos se encuentran simplemente enumerados y es apenas de su contenido o de la sección normativa donde se sitúan a partir de la cual se puede distinguir su naturaleza particular.

2.1.4. Principios que constan en la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP)

En cuarto lugar, es importante conocer cuáles son los principios recogidos por la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009), que regula un ámbito laboral público que ostenta características específicas en comparación al resto de la Administración Pública en general, éstos son los siguientes:

- Accesibilidad (art. 3.4);
- Continuidad (arts. 3.4 y 31.3);
- Desconcentración y descentralización (art. 3.2);
- Eficiencia y calidad (art. 3.3 y 3.4.);
- Equidad y solidaridad (arts. 3.4 y 20.3);
- Generalidad (art. 3.4);
- Obligatoriedad (art. 3.4);
- Profesionalización (art. 20.1 y 20.5);
- Racionalidad (art. 3.3);
- Regularidad (art. 3.4);
- Transparencia y evaluación (art. 20.5 y 20.7); y,
- Uniformidad (art. 3.4). (LOEP, 2009)

La LOSEP (2010) y la LOEP (2009), como puede notarse, son similares en cuanto a los principios y caracteres que consagran en sus textos normativos, salvo excepciones, así como también respecto de la forma de establecerlos, es decir, sin realizar una distinción evidente de su enfoque o contenido.

2.1.5. Clasificación de los principios de derecho administrativo

Las reglas que orientan al derecho administrativo pueden ser clasificadas desde distintos criterios. Empero, es importante tomar en cuenta una división general a partir de la cual sea posible delimitar aquellos principios que sean aplicables por un lado, al servicio público, y por otro, al servidor público desde una perspectiva laboral. Así, Dromi (1973) ordena los principios jurídicos que rigen la actividad administrativa de la siguiente forma:

- Respecto a la organización administrativa: actividad administrativa centralizada, descentralizada y desconcentrada;
- Respecto a la regulación normativa: actividad reglada y discrecional;
- Respecto al control de la actividad administrativa: control administrativo (revocación) y control judicial (anulación);
- Respecto a la situación jurídica del administrado: derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple; y,
- Respecto a la protección jurídica del administrado: protección administrativa y judicial.

En base a esta sistematización, se puede manifestar que cada principio jurídico encierra un aspecto teleológico capaz de materializarse en las diferentes relaciones que se producen respecto de la Administración Pública.

El criterio del literal a) está encaminado a lograr una mayor eficiencia y eficacia por parte del Estado en relación al administrado, al intentar acercar sus decisiones y prestaciones públicas al ciudadano a través de una organización desconcentrada y descentralizada; el del literal b) está estrechamente relacionado con el principio de legalidad, como podrá evidenciarse en apartados posteriores; y los criterios desarrollados en los literales c), d) y e) están dirigidos a proteger al administrado de la actuación del aparato estatal.

Considerando esto, la doctrina ha sabido coincidir respecto a qué principios poseen un enfoque proteccionista hacia el administrado, como son: legalidad, informalismo, debido proceso, contradicción, imparcialidad, verdad material, celeridad, sencillez, eficiencia, eficacia, publicidad, transparencia, decisión fundada, entre otros principios (Gordillo, 2014; Dromi, 2015). Pero bien, varios de éstos pueden ser aplicables igualmente a una relación jurídica distinta: servidor público-Estado.

Los principios del derecho administrativo pueden dividirse, por consiguiente, desde una clasificación paralela a las antes mentadas, en: principios de la prestación material de los servicios públicos y principios laborales de la función pública.

2.1.5.1. Principios de la prestación material de los servicios públicos

En este primer grupo se sitúan aquellas directrices jurídicas que se centran principalmente en el aspecto material de la prestación del servicio público. Sin embargo, previamente es

necesario conocer los principales caracteres, notas especificadoras o datos de identidad que definen la prestación de un servicio público (Dromi, 2015; Gordillo, 2014; Cordero Torres, 2011):

- Generalidad o igualdad: todos los habitantes tienen derecho a gozar del servicio, sin incurrir en cualquier tipo de distinciones o discriminaciones negativas. El servicio debe ser prestado en igualdad de condiciones a todos;
- Uniformidad o igualdad: igualdad de trato en la prestación;
- Regularidad: el servicio debe prestarse conforme a normas preestablecidas;
- Continuidad o permanencia: prestación oportuna, es decir, que satisfaga sin interrupción la necesidad o interés público toda vez que éste se presente; distinto de no ininterrumpida. A causa de ello, el derecho de huelga de los servidores públicos se ve restringido para poder asegurar el cumplimiento de este carácter;
- Adecuación: el servicio debe responder en cantidad y calidad a las necesidades de los habitantes del Estado, por lo cual la entidad pública que lo presta debe contar con el equipo y personal suficiente y adecuado; y,
- Obligatoriedad: implica que el Estado debe prestar el servicio público mientras subsista la necesidad pública, corresponde con el derecho subjetivo del administrado de exigirlo, sin embargo, salvo en los casos en los cuales, por el fin que persigue el Estado, está obligado a usarlo, por ejemplo la instrucción primaria.

Por otro lado, además de estos caracteres, se encuentran los principios que regulan las prestaciones públicas que constituyen la razón de ser del servicio público y permiten una comprensión integral de todo el eje institucional, teniendo en cuenta que son de carácter jurídico en razón de que generan derechos y deberes para todas las partes que intervienen como lo manifiesta Dromi (2015). De esta manera, los principios jurídicos más importantes que se ubican en esta primera categoría y que fueron acogidos por nuestro ordenamiento jurídico, son:

PRINCIPIO	CUERPO NORMATIVO
Accesibilidad	LOEP
Calidad	CRE, COA, LOSEP y LOEP
Calidez	LOSEP
Competitividad	LOSEP

Continuidad	LOSEP
Continuidad	LOEP
Decisión motivada	CRE, COA ⁶ , LOSEP y LOEP ⁷
Eficacia	CRE, COA y LOSEP
Eficiencia	CRE, COA, LOSEP y LOEP
Equidad	LOSEP y LOEP
Evaluación	CRE, COA, LOSEP y LOEP
Generalidad	LOEP
Lealtad	LOSEP
Legalidad	CRE y COA
Obligatoriedad	LOEP
Participación	COA y LOSEP
Profesionalización	CRE, LOSEP y LOEP
Regularidad	LOEP
Responsabilidad	COA, LOSEP y LOEP
Seguridad jurídica	CRE y COA
Solidaridad	LOSEP y LOEP
Transparencia	CRE, COA, LOSEP y LOEP
Uniformidad	LOSEP y LOEP

Tabla No. 3: Principios de la prestación material de los servicios públicos

Fuente: CRE, 2008; COA, 2017; LOSEP, 2010; LOEP, 2009.

Elaborado por: la autora.

2.1.5.2. Principios laborales de la función pública

En esta segunda categoría es necesario realizar una subsiguiente clasificación puesto que se debe agregar una precisión en base al enfoque del cual parte cada principio, tomando a

⁶ Art. 23.- Principio de racionalidad. La decisión de las administraciones públicas debe estar motivada. De lo prescrito en este artículo del COA (2017), se considera más adecuado incluirla en el principio de decisión motivada por cuanto la razonabilidad es un elemento constituyente de una motivación adecuada, como podrá concluirse en el desarrollo posterior del principio de decisión motivada.

⁷ En concordancia con la referencia anterior, se ha optado por incluir aquellos cuerpos normativos que incorporan el principio de racionalidad y, por ende, al principio de decisión motivada.

consideración el primer enfoque expuesto sobre la clasificación general de los principios del derecho administrativo (numeral 1.1.5.). En tal sentido, este segundo tipo de reglas jurídicas pueden ser divididas en: principios no tutelares del servidor público y principios tutelares o proteccionistas del servidor público.

PRINCIPIO	CUERPO NORMATIVO	TIPO
Coordinación	COA	Fin no tutelar al servidor público
Control	COA	Fin no tutelar al servidor público
Decisión motivada	CRE y COA	-
Descentralización	CRE, COA, LOSEP y LOEP	Fin no tutelar al servidor público
Desconcentración	CRE, COA, LOSEP y LOEP	Fin no tutelar al servidor público
Evaluación	CRE, COA, LOSEP y LOEP	Fin no tutelar al servidor público
Jerarquía	CRE, COA y LOSEP	Fin no tutelar al servidor público
Legalidad	CRE y COA	-
Planificación	COA	Fin no tutelar al servidor público
Profesión única	CRE y LOSEP	Fin no tutelar al servidor público
Profesionalización	CRE, LOSEP y LOEP	-
Seguridad jurídica	CRE y COA	-
Transparencia	CRE, COA, LOSEP y LOEP	Fin no tutelar al servidor público
Carrera administrativa	CRE	Fin tutelar al servidor público
Decisión motivada	CRE	-
Estabilidad	CRE y LOSEP	Fin tutelar al servidor público
Igualdad en el acceso y desempeño en la función pública	CRE y LOSEP	Fin tutelar al servidor público
<i>In dubio pro operario</i>	LOSEP	Fin tutelar al servidor público
Irrenunciabilidad	CRE	Fin tutelar al servidor público
Legalidad	CRE y COA	-

Mérito y capacidad	CRE	Fin tutelar al servidor público
Profesionalización	CRE, LOSEP y LOEP	-
Seguridad jurídica	CRE y COA	-

Tabla No. 4: Principios del empleo público

Fuente: CRE, 2008; COA, 2017; LOSEP, 2010; LOEP, 2009.

Elaborado por: la autora.

Antes de estudiar a mayor detalle los principios que conforman este segundo subgrupo – principios tutelares al servidor público– así como por la finalidad del presente trabajo y su extensión, cabe realizar ciertas puntualizaciones respecto de aquellos principios que no han sido considerados dentro de él a causa de su naturaleza no tutelar.

Los principios de coordinación, descentralización, desconcentración, jerarquía y planificación están dirigidos a establecer de forma organizada o estructurada el quehacer de la Administración Pública, con motivo de concretizar los principios de eficiencia, sencillez, y similares.

Mientras tanto, el de profesión única busca garantizar que la actividad principal del funcionario sean las tareas públicas que desempeña, por oposición a una actividad secundaria como hace años atrás era asumida según lo señala Weber (s.f.), de esta forma, se garantiza la especialidad en la prestación del servicio y la creación de un vínculo más estable entre el servidor y el Estado (lealtad institucional).

De otra parte, los principios de evaluación, control y transparencia otorgan al administrado la facultad de controlar la actividad administrativa.

Por otro lado, habrá podido notarse que algunas de las directrices de la tabla precedente no fueron clasificadas de forma categórica dentro de uno de los dos tipos de principios, puesto que cuyos contenidos son de carácter “mixto” y dependerán además del contexto o circunstancias concretas, por lo cual, pueden ser situados en ambas clases.

Considerando estas precisiones, se procederá a analizar los principios tutelares del servidor público incorporados en la normativa vigente, los cuales son: a) carrera administrativa, b) decisión motivada, c) igualdad en el acceso y desempeño en la función pública, d) *in dubio pro operario*, e) legalidad, f) irrenunciabilidad, g) mérito y capacidad, h) permanencia, i) profesionalización, y j) seguridad jurídica.

a) Carrera administrativa

El principio constitucional de carrera administrativa puede ser comprendido como el modelo burocrático estatal de organización conformado por el conjunto de mecanismos jurídicos y técnicos que suponen, no solamente un proceso de selección y formación profesional previa al ingreso, sino también, el desempeño ascendente dentro del orden jerárquico de la función pública, regido por el principio de mérito y capacidad –el cual a su vez es resultado de la unión de criterios objetivos que implican el desarrollo de un proceso de formación profesional continua–, o por los criterios de “antigüedad”, según el caso. (Muñoz Llinás, 2012; González Rodríguez, 2010; Martínez Cárdenas, 2010; Guerrero Orozco, 1997; García García, 2008; Weber, s.f.)⁸

La Corte Constitucional de Colombia, adicionalmente, lo ha catalogado como un principio del ordenamiento superior y del Estado Social de Derecho que consiste en un sistema técnico de administración de personal de los organismos y entidades del Estado, que exige adicionalmente el diseño de reglas de ascenso, permanencia y retiro institucional. (C-288/14, 2014; C-285/15, 2015)

Además, esta misma Corte ha establecido en reiterados fallos los diferentes objetivos y fines a los cuales está llamado a cumplir este principio; así, agrega, para que el Estado pueda servir a los intereses generales, se debe garantizar el derecho de participación en el poder político y demás derechos fundamentales de las personas a través del acceso a funciones o cargos públicos, cumplir con los fines esenciales del Estado, erradicar las diferentes formas de corrupción que pueden producirse en la administración pública (como el clientelismo y el nepotismo), todo lo cual se logra concretamente por medio de la selección de los mejores y más aptos profesionales para el servicio del Estado. (C-288/14, 2014; C-285/15, 2015; C-588/09, 2009; C-195/94, 1994; C-563/00, 2000)

Además, este conjunto de procedimientos jurídico-administrativos están encaminados a excluir cualquier tipo de motivación política o subjetiva del ente o funcionario nominador y, de este modo, garantizar que el acceso real a los cargos se justifique en razones de mérito y capacidad. (Vidal Perdomo, 1997)

⁸ Es importante no perder de vista las excepciones a este principio contenidas en el artículo 228 CRE (2008) y en la correspondiente normativa secundaria.

Como consecuencia de la naturaleza de esta directriz, se puede articular una doble dimensión teleológica: servir de estándar o regla general para el ingreso al servicio público y constituir una fórmula interpretativa respecto del resto de normas que regulan el acceso a la función pública. (Corte Constitucional de Colombia, C-288/14, 2014; Corte Constitucional de Colombia C-285/15, 2015)

A partir del sucinto análisis expuesto anteriormente, se puede manifestar que la concreción del principio de carrera administrativa, establecido como regla general en el ámbito público según lo prescrito en el art. 228 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), conlleva a la realización de otras reglas que orientan el quehacer del aparato estatal, tórnense como ejemplos muchos de aquellos principios que son acogidos por la Corte Constitucional de Colombia⁹ y por diversos autores, como Dromi (2015), al desarrollar el contenido de este principio, tales como el de igualdad en el acceso y desempeño en la función pública, mérito y capacidad, estabilidad, eficiencia y eficacia, entre otros.

Como acertadamente evidencia esta Corte, además, en varias de sus resoluciones¹⁰, en primer lugar el principio de carrera administrativa debe sustentarse en el de mérito y capacidad para que pueda ser integralmente materializado.

Asimismo, este modelo burocrático como supo sustentarse en el primer capítulo, es propio de un Estado moderno debido a que tiende a la profesionalización de su cuadro administrativo, lo que a su vez se traduce en un principio fundamental del Estado Social de Derecho, como manifiesta esta Corte de Colombia. De esta manera, se garantiza el derecho a la participación en el poder político, derecho que, cabe aseverar, no es absoluto ya que su límite legalmente establecido sería justamente el principio de mérito y capacidad según nuestra normativa vigente.

En relación a que el principio y modelo de carrera administrativa tiene como una de sus finalidades disminuir la corrupción –utilizar el término “evitar” puede resultar muy alejado de la realidad–, se debe añadir que esto se debe a que el servidor público se encontraría vinculado a su cargo público por su capacidad o idoneidad profesional, más no motivos

⁹ Véase Sentencias Nos. C-288/14, 2014; C-285/15; 2015; C-588/09, 2009; C-431/10, 2010; C-1119/05, 2005; C-195/94, 1994; entre varias otras.

¹⁰ Véase Sentencias Nos. C-288/14, 2014; C-431/10, 2010; y, C-479, 1992.

clientelistas, partidistas o de favoritismo por parte de la autoridad nominadora, sería menos susceptible de ser parte de actos de corrupción contra el Estado.

b) Decisión motivada

El principio de decisión motivada o fundada es una directriz que además de convertirse en un derecho subjetivo del administrado también lo es respecto del servidor público, ya que como afirma Dromi (2015), asegura un mejor conocimiento de los hechos y con ello una más justa decisión de la Administración Pública.

A más de esta finalidad, una correcta motivación evita un acto arbitrario del Estado y permite su control de juridicidad (Guevara Carrillo, 2006; Pérez Benech, 2009), y es que “la motivación es la mayor garantía de la juridicidad de la actuación pública en un Estado Constitucional de Derechos como el ecuatoriano” (Corte Constitucional del Ecuador, 020-13-SEP-CC, 2013).

Como consecuencia, que todo acto del Estado deba ser motivado significa que “la parte dispositiva o resolutive se encuentra precedida de una exposición de razones o fundamentos (motivos) que justifican la decisión respecto a los efectos jurídicos” (Bielsa, 1964, 85). O dicho de otra manera, implica la explicitación exhaustiva de los hechos y las normas jurídicas que fundamentan la decisión tomada por el órgano estatal, que a su vez exige coherencia entre la materia de decisión, las pruebas, los principios y disposiciones jurídicas aplicadas – también llamado “congruencia”– (Guevara Carrillo, 2006; Defensoría del Pueblo Ecuador, 2012).

Por tales motivos, dicha motivación debe cumplir con ciertos requisitos detallados a continuación:

- Expresión concreta y exacta de los motivos, no es suficiente una vaga enunciación de ellos;
- La motivación debe ser clara con el fin de permitir que el acto sea fácilmente interpretado, exenta de ambigüedad y parcialidad;
- La justificación debe ser seria, lo que impide cualquier tipo de discusiones bizantinas;
- La motivación debe justificar la relación de causalidad entre los motivos-presupuestos y los motivos-determinantes;

- Entre la situación de hecho (elementos materiales cronológicamente ordenados y analizados) y la determinación de derecho tiene que existir una relación de causalidad producto de un proceso lógico-jurídico en el cual vaya advirtiéndose el presupuesto legal que deba inequívocamente aplicarse; y,
- Se debe dar respuesta a todos los puntos principales planteados en el caso específico. (Bielsa, 1964; Guevara Carrillo, 2006; Defensoría del Pueblo Ecuador, 2012)

La Corte Constitucional del Ecuador, de forma reiterada, ha establecido varios requisitos con los cuales debe cumplir toda decisión emitida por parte de una autoridad pública, éstos son que sea:

- Razonable: aquella que se encuentra fundada en principios y normas jurídicas;
- Lógica: implica coherencia y pertinencia de las fuentes de derecho utilizadas para motivar con los hechos del caso concreto a resolver (no mera invocación abstracta), y la decisión finalmente adoptada (inferencia lógica entre las premisas y la conclusión); y,¹¹
- Comprensible: claridad en el lenguaje accesible para todos los ciudadanos y no únicamente a las partes involucradas en el caso específico. (064-14-SEP-CC, 2014; 020-13-SEP-CC, 2013; 227-12-SEP-CC, 2012)

En relación a las condiciones determinadas por nuestra Corte Constitucional para una correcta decisión motivada, surge cierta duda respecto a si éstas resultan suficientes para evitar la arbitrariedad y la obtención de decisiones más justas por parte de las autoridades estatales.

En tal sentido, existen otros elementos a ser tomados en cuenta para una adecuada decisión fundamentada, sea en el ámbito judicial como administrativo, algunos de los cuales fueron mentados anteriormente y otros que se consideran necesarios para una correcta decisión fundada en base a lo hasta aquí desarrollado.

¹¹ Cabe resaltar lo determinado en el artículo pertinente de la Carta Fundamental (2008), cuyo texto se entendería que acoge estos dos primeros puntos:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho (...) (lo subrayado me pertenece)

En primer lugar, es esencial la expresión concreta de los motivos (hechos jurídicamente relevantes, principios, normas jurídicas) que impida la divagación innecesaria o mayor desarrollo de puntos no controvertidos o accesorios en relación al problema jurídico central, por ejemplo en el caso de un juez si realiza una mayor profundización de la naturaleza de la acción procesal planteada por el actor o la víctima en contraste con el somero análisis que dedica a la presunta vulneración o no del derecho fundamental invocado.

En segundo lugar, es imprescindible una adecuada argumentación jurídica que justifique el paso de las premisas a la conclusión o decisión.

Finalmente, es necesario igualmente abordar y dar solución a todos los puntos principales en discusión, caso contrario el acto o decisión sería incompleto y no salvaguardaría todos los derechos presuntamente vulnerados, motivo por el cual se configuraría un caso de incongruencia por *citra petita* u omisiva.

De otro lado, las excepciones a la regla general de motivación de toda decisión del Estado son los siguientes: a) los motivos están previstos en la disposición jurídica que se invoca (v. gr. la edad), b) la motivación se ha hecho en el dictamen previo de la Administración cuyo extracto principal debe formar parte de la notificación o publicación del acto (v. gr. informe del asesor jurídico), y c) se aprueba o autoriza un acto en el que se ha hecho ya la debida motivación, en función de contralor. (Bielsa, 1964)

Al igual que el principio de carrera administrativa, el de decisión motivada permite la realización de otra serie de directrices, así la de transparencia y derecho a una buena administración y la de razonabilidad. (Guevara Carrillo, 2006; López Zurita, 2017; Ureña Salcedo, 2011)

A la luz de lo antes expuesto, es elemental resaltar ciertos puntos establecidos en nuestro marco normativo en torno a este principio. De un lado, una correcta motivación constituye una garantía al debido proceso; de otro, la falta de motivación acarrea la nulidad del acto administrativo, resolución o fallo, es decir que se subsumiría a lo determinado en el art. 105 numeral 1 del Código Orgánico Administrativo (2017)¹².

c) Igualdad en el acceso y desempeño en la función pública

¹² Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que: 1. Sea contrario a la Constitución y a la ley.

El principio general de igualdad y no discriminación ha sido reconocido en diversos instrumentos jurídicos, que varían en cuanto a su ámbito territorial¹³ como a su materia¹⁴.

Pese a que tanto el de igualdad como el de no discriminación puedan ser tomados de forma independiente, no existe discusión alguna en cuanto a que son dos caras de la misma moneda, ya sean vistos como una acepción positiva y una negativa de un mismo concepto –como lo sostiene Anne Bayefsky (1990)–, o bien como complementarios –como lo manifiesta Pilar Callau (2017)–, entre otras posibles acepciones. No obstante, todas de alguna manera parten de la misma naturaleza, por cuanto permiten o están dirigidas a promover el ejercicio pleno de derechos.

Por tal motivo, este principio ha sido consagrado en la mayoría de constituciones, tanto antiguas como contemporáneas, en razón de que por una parte, se traduce en una garantía de la persona y los colectivos frente al Estado, y por otra, su origen nace de la dignidad humana (Cassagne, 2016), en donde halla su principal fundamento.

Así, partiendo de este marco jurídico-conceptual, se puede afirmar que este principio adquiere una concreción o manifestación singular en un ámbito específico de la realidad jurídica: la función pública (Arroyo Yáñez, 1994). El principio de igualdad de acceso a la función pública significa igualdad de oportunidades en el desarrollo de la carrera administrativa, en el nivel escalafonario o de jerarquía, de ascenso y jubilación (Dromi, 2015).

Además, puede ser desarrollado desde una perspectiva orientadora, es decir, como un principio que tiene como finalidad inspirar la actividad de los poderes públicos, así como también un derecho subjetivo exigible ante la autoridad (Arroyo Yáñez, 1994; Dromi, 2015; Dussauge Laguna, 2005), pero ¿es un derecho de carácter fundamental o uno de garantía?

¹³ En el ámbito internacional y regional se encuentran por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), artículos 1 y 7; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), artículos 3 y 26; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), artículos 2 y 3; la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (1969), artículos 1 y 24. En el ámbito nacional la Constitución de la República del Ecuador (2008), artículos 11.2 y 66.4; la LOSEP (2010), artículo 1 y el Código del Trabajo (2005), artículo 79, en el ámbito laboral; entre otros cuerpos normativos.

¹⁴ En cuanto a la materia este principio se encuentra plasmado en distintos ámbitos, como la infancia a través de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), artículo 2; el empleo a través por ejemplo de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como el Convenio No. 111 sobre la discriminación (1958) a través de sus artículos 1 y 2; sobre la discapacidad en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999), artículo 1 y 2; entre otros.

Para ciertos autores como Luis Arroyo Yáñez (1994), se constituye únicamente en un derecho subjetivo de garantía más no fundamental puesto que sólo tendría como objetivo que los procesos selectivos de personal del Estado se realicen en condiciones de igualdad.

Por otro lado, si éste es concebido desde dos puntos referenciales –ciudadano y sistema de gestión de talento humano del Estado–, esta noción varía ya que no sólo obliga a la Administración Pública a llevar a cabo sus procesos de selección amparados en este principio, sino que también dota al ciudadano del derecho a ejercer un cargo o función pública en condiciones de igualdad, tal y como lo establece el art. 61 numeral 7 CRE (2008), visión compartida por Dussauge Laguna (2005).

Retomando lo planteado anteriormente sobre el sustento del principio de igualdad y no discriminación, cabe añadir una fundamentación específica en la función pública, lo cual puede ser abordado desde tres elementos:

- Legitimidad democrática de la propia organización administrativa;
- Garantía del principio de igualdad de los medios de personal con que cuenta el Estado, lo que impide la adscripción de servidores públicos a través de mecanismos ligados al patronazgo, ya sea político, corporativo, familiar o social, que habrían de condicionar sus actuación posterior; y,
- Asegurar el principio de eficacia al propugnar la selección de candidatos más aptos o idóneos para el cargo. (Arroyo Yáñez, 1994)

Al igual que los principios precedentes, éste posee un estrecho vínculo con otras normas jurídicas orientadoras. Distintos autores han sabido relacionar los principios de carrera administrativa, de mérito y capacidad y de estabilidad con el de igualdad en el acceso y desempeño en la función pública, aunque desde criterios discordantes. Pongo por caso la relación de condición necesaria-suficiente entre ellos¹⁵, y por otro lado, el criterio que los relaciona como valores esenciales o principios característicos de toda relación laboral en la Administración Pública, sin perjuicio de la modalidad en la que se halle el servidor público¹⁶.

¹⁵ Obsérvese por ejemplo lo manifestado por Puentes González (2010) al decir que el principio de igualdad y no discriminación se ve garantizado a través de un sistema adecuado de carrera administrativa, mientras que para Arroyo Yáñez (1994) este principio cumple la misma función pero en relación al principio de estabilidad en lugar del de carrera administrativa.

¹⁶ Para Dussauge Laguna (2005) estos principios se constituyen en los tres valores esenciales del servicio civil, en cambio que para Hernández (2006) en principios propios de toda relación laboral en la Administración

El principio¹⁷ de igualdad en el acceso y desempeño en la función pública, como podrá igualmente evidenciarse con otras reglas jurídicas, también conlleva un derecho subjetivo, de conformidad con los artículos 66, 61 numerales 1 y 7 y 65 en lo relativo a paridad de género de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

De lo desarrollado sobre este principio, es esencial manifestar que se ha considerado más adecuado denominarlo como principio de igualdad en el acceso y desempeño en la función pública, en virtud de sus finalidades –garantía en la igualdad de oportunidad a los ciudadanos en su acceso y servidores públicos en su desempeño, e inspirar al resto de normas que regulan la carrera administrativa– y fases específicas en la función pública –acceso, desarrollo escalafonario y jubilación–, sentido además concordante con lo prescrito en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Servicio Público (2010).

Asimismo, es fundamental comprender que esta directriz es una manifestación concreta del principio de igualdad y no discriminación, por lo cual debe ser comprendida y aplicada en concordancia con el marco conceptual de este principio general, una razón más por la cual se ha optado por la denominación señalada en el párrafo antecedente, principio de igualdad en el acceso y desempeño en la función pública.

En este mismo sentido, cabe expresar que de una interpretación literal del texto constitucional se desprende que este derecho se dirige únicamente al acceso a cargos de elección popular y aquellos pertenecientes a los servidores públicos de carrera administrativa (CRE, 2008, art. 61 numerales 1 y 7); más de una interpretación integral y progresiva de los derechos reconocidos en la Carta Fundamental, se entendería que este derecho y principio es aplicable a todo servidor público independientemente de su forma de vinculación con la Administración Pública.

d) *In dubio pro operario*

El contenido material del principio *in dubio pro operario* sin lugar a dudas nace del derecho del trabajo, desde un contexto histórico como jurídico. Por consiguiente, si bien el desarrollo de esta directriz normativa será abordado en el acápite relativo a los principios del derecho

Pública, junto a los de legalidad en los procesos y respeto al debido proceso para la terminación de carrera pública.

¹⁷ Como principio general para el ejercicio pleno de los derechos se encuentra establecido en el art. 11 numeral 2 de la Constitución de 2008. En cuanto a su determinación específica en el ámbito público, nos debemos remitir a los arts. 1 y 2 de la Ley Orgánica del Servicio Público (2010), referente a los principios y objetivos de esta ley respectivamente.

laboral, cabe resaltar que su aplicación en las relaciones laborales del sector público no ha sido disentida por la Corte Constitucional del Ecuador.

Con fecha 08 de mayo de 2012, la Corte Constitucional del Ecuador se manifestó en los siguientes términos en favor de la aplicación de este principio en la función pública al decir que:

Esta Corte tiene la obligación de aplicar los principios de justicia constitucional, básicamente, el de mayor favorabilidad a los derechos y el de optimización de los principios constitucionales, pero también busca la equidad y la ley, y, una esencial: la de construir el derecho destruido. (...) Por estas razones, acorde con los fines constitucionales del Ecuador y de los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, el principio *in dubio pro operario* es el medio razonable para dirimir las ambigüedades que se presentan en los derechos sobre las relaciones laborales, que, en la especie, puede considerarse que han sido evidenciadas. La Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia, al emitir la sentencia impugnada, **tenía la obligación constitucional, jurídica y moral de aplicar el principio *in dubio pro operario*, para proteger y garantizar los derechos laborales, independientemente de si el Centro Educativo era público o privado**, como en efecto así ha procedido. (198-12-SEP-CC, 2012) (lo resaltado me pertenece)

En este mismo sentido, en otro fallo esta Corte manifestó que en el supuesto de que existiera duda respecto del régimen jurídico que amparaba al trabajador, se debía aplicar esta regla al señalar que:

En aquel sentido, la Corte Constitucional determina -a más de lo antes señalado- que **los jueces de segunda instancia, al establecer de forma principal que la relación contractual entre el señor Fidel Antonio Rangel Moncerrate con el IESS, no pudo determinarse si fue como servidor público u obrero**, por tanto, era sujeto de una indemnización por despido intempestivo, **aplicaron la norma más favorable para el trabajador, conforme lo exigía y exige la Norma Suprema.**

Determinación que permite concluir que la sentencia de mayoría del 13 de septiembre de 2012, expedida por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, **no vulneró el principio contenido en el artículo 326 numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador, y al contrario, tuteló de manera plena y efectiva el derecho al trabajo del señor Fidel Antonio Rangel Moncerrate.** (273-17-SEP-CC, 2017) (lo resaltado me pertenece)

Lo que de alguna manera, complementa a ambas sentencias, es que en la primera no era motivo de interés principal de los jueces constitucionales diferenciar si se trataba o no de un servidor público o privado, es decir, no era por su parte un elemento de análisis sustancial, como ellos mismo lo expresan en su fallo, y aplican al caso concreto el principio *in dubio operario* simplemente porque prohíjan su aplicación como una obligación; en la segunda sentencia, la naturaleza del trabajador sí es un punto de debate para la Corte, y aun así, terminan resolviendo a favor del servidor en aplicación de este principio.

Así, ya sea que exista o no duda respecto de la naturaleza laboral, es necesario aplicar este principio en favor del servidor público siempre que existan las condiciones que dan paso a su aplicación, tal como será abordado posteriormente en los principios laborales del derecho del trabajo.

Por otro lado, y en contradicción con fallos similares a los precedentes, también existe un pronunciamiento de la Corte Constitucional en cuanto a si debe o no aplicar este principio, en el cual se ha manifestado a favor de lo segundo al sostener que:

En cuanto a la alegación del desconocimiento del principio *indubio pro operario* (sic), en virtud del cual en caso de duda respecto al alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, y su interpretación en el sentido más favorable al trabajador, cabe destacar que la sentencia, objeto de análisis, es una decisión proveniente de un **recurso de apelación a una acción de protección de derechos, proceso en el que no se analiza la interpretación de las normas laborales indicadas sino la posible vulneración de derechos constitucionales o del debido proceso, en aquel sentido no se evidencia que exista duda en cuanto a la aplicación o interpretación de una norma laboral favorable a los trabajadores servidores públicos ya que dada la naturaleza de la garantía aquello obedece a una interpretación propia de la jurisdicción ordinaria más no un asunto de análisis desde una perspectiva constitucional vía acción extraordinaria de protección.** (0016-13-SEP-CC, 2013) (lo resaltado me pertenece)

Por oposición a lo sostenido por estos magistrados, la Corte Constitucional de Colombia ha manifestado de forma acertada que “los servidores públicos deben aplicar las normas laborales teniendo en cuenta el principio *in dubio pro operario*, pues el desconocimiento de ese criterio por los jueces ordinarios o los funcionarios del trabajo es un asunto que tiene en sí mismo relevancia constitucional” (C-594/97, 1997).

Pese a que el alcance de este principio se encuentre limitado en el artículo pertinente de la LOSEP (2010) que lo recoge¹⁸, puesto que solamente determina un supuesto de aplicación, esto es en caso de duda de esta propia ley, su contenido se enriquece siempre que se parta en primer lugar de lo prescrito en el art. 326 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), al igual que lo hace en el derecho laboral privado, respetando así la jerarquía normativa: “Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: 3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras”.

¹⁸ Art. ...- Aplicación favorable a la o al servidor público.- En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones de esta Ley, las y los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a las y los servidores públicos.

e) Legalidad

A esta directriz podemos denominarla principio de legalidad, juridicidad¹⁹, constitucionalidad, o bloque de legalidad (Hauriou, 1927; López Olvera, 2005), pero, ya sea utilizada una u otra expresión, lo cierto es que la doctrina comparte una noción general junto con varios elementos comunes.

Así, en primer lugar, esta regla jurídica somete a la Administración Pública al respeto y acatamiento del orden jerárquico normativo y en virtud del cual las decisiones administrativas se ubican en la base del ordenamiento jurídico, dicho de otra manera, bajo estructuras jurídicas superiores (Santofimio, 1996; Herrera, 2012; Garrido Falla, Palomar Olmeda & Losada González, 2005), como la Constitución y la ley²⁰; y, en segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, se halla lo que se conoce como “cobertura” (García de Enterría & Fernández, 2013; Santofimio, 2003) o “habilitación” legal previa por parte de estructuras jurídicas superiores que delimitan su actuación y expedición de normas (Vidal Perdomo, 1997; Fonseca, 2009; Herrera, 2012).

Cabe anotar ciertas puntualizaciones en torno a esta última acepción. La Administración Pública está supeditada íntegramente a la ley (Guerrero Orozco, 1997). Pero, ¿qué se debe entender por ley? A la ley material, esto es principios, normas de carácter general y abstracto y valores que componen el ordenamiento jurídico (Santofimio, 1996; Gordillo, 2015; Fonseca, 2009; Garrido Falla, Palomar Olmeda & Losada González, 2005), respuesta que ha sido debatida en un inicio por la doctrina pero que en la actualidad no es motivo de discrepancia.

No obstante, cabe añadir que dentro de las normas jurídicas materiales, existe quienes optan por una jerarquía normativa más concreta, dígame por ejemplo la “aplicación razonada y jerárquica de los grandes principios jurídicos (...) por encima de grandes desvaríos de la norma reglamentaria, acto o comportamiento administrativo” (Gordillo, 2004, IX-8).

¹⁹ Como lo hace el Código Orgánico Administrativo (2017): Art. 14.- Principio de juridicidad. La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código. La potestad discrecional se utilizará conforme a Derecho.

²⁰ Art. 226 CRE.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

Esta acepción de “ley material” es acogida por nuestra normativa vigente, según lo establecido en el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo (2017), al determinar que “[l]a actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código. La potestad discrecional se utilizará conforme a Derecho”.

De otra parte, la justificación de este principio yace en la realización del interés general (López Olvera, 2005) y los derechos, así como también, en que sin el cumplimiento de este principio la actuación de la Administración Pública no puede considerarse legítima (García de Enterría & Fernández, 2013), y por otro lado, permite la realización efectiva de otros principios como el de seguridad jurídica y el de igualdad –material más que formal contrario a lo que señala Fonseca (2009), justamente porque se entiende sometimiento a la ley material–.

En cuanto a los antecedentes históricos de esta regla jurídica, ésta halla su origen en la Revolución Francesa (Fonseca, 2009) por miedo aún a ciertos rezagos monárquicos presentes en los primeros años de los Estados Republicanos (Guerrero Orozco, 1997). Como es lógico, en aquel período la Administración Pública se amparaba en la autoridad de la ley, sin embargo, ésta aún entendida únicamente en un sentido formal. Posteriormente, este principio implicaría además el acatamiento a la ley material, consolidándose, por ende, en la piedra angular de un Estado de Derecho como lo aseveran Jaime Santofimio (1993) y Sebastián Espinosa (2010).

En este último orden de ideas, es adecuado señalar que este principio jurídico principalmente nace y es aplicado en defensa de los derechos del administrado, junto con otros principios jurídicos como el de debido proceso e imparcialidad, de ahí que éste sea ubicado dentro de la categoría de principios que no poseen como fin tutelar al servidor público.

No obstante, si partimos de que toda actuación de la función pública debe estar sujeta o justificada en los principios y disposiciones jurídicas del ordenamiento, significa consecuentemente que también se convierte en una garantía para el servidor público en el ejercicio de sus derechos dentro de sus relaciones laborales con la Administración Pública.

Adicionalmente, es vital añadir ciertos elementos para una más amplia comprensión de lo que abarca el principio de legalidad. Para Dromi (2015), esta regla jurídica se deriva en:

- Normatividad jurídica: toda actividad administrativa tiene que encontrar siempre sustento en normas jurídicas previas cualquiera fuera su fuente;
- Jerarquía normativa: ninguna norma o acto inferior puede dejar sin efecto lo dispuesto por otra de rango superior;
- Igualdad jurídica: la Administración Pública no puede actuar desigualmente y de forma arbitraria, concediendo privilegios a unos o negando derechos a otros;
- Razonabilidad: todo acto de la Administración Pública debe ser manifiestamente razonable, es decir que encuentre su justificación en preceptos legales y circunstancias o hechos que lo causen, debe existir una relación lógica y proporcionada; y,
- Control judicial: en principio, todos los actos de la Administración Pública pueden ser controlados por la autoridad jurisdiccional competente.

La integración de cada uno de estos elementos constitutivos significa verdaderamente legitimar la acción de los poderes estatales, como bien se señaló antes; si, por el contrario, alguno de ellos no es integrado se podría entender que la actuación administrativa no es legítima o incluso que acarrearía su nulidad, de conformidad con los artículos 226 de la Constitución (2008) y el 105 numeral 1 del Código Orgánico Administrativo (2017).

Por tales motivos, su adecuada aplicación a un caso concreto conlleva una garantía al servidor público en el ámbito de sus relaciones laborales y al administrado en sus relaciones con el Estado a través de una prestación material de los servicios públicos sujeta a la ley.

f) Irrenunciabilidad

El principio de irrenunciabilidad tiene raíces profundas en el Derecho Constitucional, al ser una característica propia de los derechos fundamentales como parte inherente de la dignidad humana²¹, encuentra a su vez su matiz laboral en la rama social del Derecho de Trabajo, por lo que será pertinente abordarlo a mayor detalle junto con los demás principios del numeral 1.2. del presente capítulo.

²¹Como consecuencia, la Constitución de 2008 prescribe en el art. 11 numeral 6 que “[t]odos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”; de dicho texto cabe resaltar que el constituyente sometió tanto a los derechos como a los principios de un carácter o naturaleza irrenunciable, estableciendo así el lugar predominante que estos últimos ocupan en el jerarquía normativa.

Sin embargo, de forma somera, es importante agregar que la finalidad de dicho principio en el caso de las relaciones servidor público-Estado, es que todo derecho derivado de su dignidad sea irrenunciable (CRE, 2008, art. 229), como por ejemplo el de estabilidad, el de remuneración justa y demás prescritos en el art. 23 LOSEP (2010), los cuales serán expuestos en el capítulo siguiente.

g) Mérito y capacidad

El principio de mérito y capacidad, estrechamente vinculado con el de carrera administrativa y el de igualdad en el acceso a la función pública, ha sido adoptado por nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano a fin de guiar no sólo el acceso a la función pública sino también la permanencia y ascenso en el sector público, como bien lo han sostenido Gabriel Risueño Fajardo y Patricia Ritter Burga (2007) y Luis Arroyo Yánez (1994), tal y como lo prescribe el art. 228 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) al establecerlo claramente como regla general en la función pública.

De otra parte, esta norma orientadora del servicio público debe ser comprendida desde tres dimensiones. Primera, las personas que ingresen a la Administración Pública deben ser aquellas que sean más aptas para el desempeño eficaz de un conjunto determinado de actividades. Segunda, el desempeño poco meritorio del funcionario podrá ser justa causa para fundamentar la aplicación de sanciones o, de ser el caso, la separación de la carrera administrativa. Tercera, los ascensos, promociones salariales y demás incentivos serán producto de valoraciones objetivas en base al desempeño. (Dussauge Laguna, 2005)

En este mismo orden de ideas, el principio de mérito y capacidad va a la par con el de evaluación, ambos principios que deben regir el servicio público con la finalidad de garantizar la vigencia de otras directrices jurídicas para con el administrado, como la eficiencia y la eficacia. En consecuencia, la evaluación de capacidades y desempeño permite generar un sistema adecuado de incentivos, sea por ejemplo a través de sueldos competitivos, que conlleve simultáneamente a la combinación del mérito y la antigüedad (Arrisueño Fajardo & Ritter Burga, 2007).

Pese a que el mérito y capacidad en la carrera administrativa sea esencialmente un principio, la Constitución de 2008 lo ha convertido además en un derecho de participación (art. 61 numeral 7), el cual se vería proyectado a lo largo del desempeño mismo de la función pública y no solamente en su acceso a ella, tal y como se mencionó anteriormente. No obstante, lo

que a su vez implica un derecho en favor del individuo o ciudadano también significa una obligación hacia el servidor público.

h) Permanencia o estabilidad

El principio de estabilidad, permanencia o continuidad ha ocupado una posición fundamental en la función pública en razón de que se constituye como uno de los caracteres que permite reconocer o identificar a un servidor público, en palabras de Gaston Jèze (2007), junto con el servicio público propiamente dicho o prestación material, la modalidad indiferente de reclutamiento, entre otros elementos. Sin embargo, ¿qué consecuencias tiene su aplicación en la Administración Pública?

Desde un ámbito positivo, esta directriz denominada también principio *ius in officium* o derecho de cargo de los servidores públicos, es aquella que se refiere al derecho al mantenimiento de un determinado cargo dentro de la carrera administrativa; y desde un ámbito negativo, significa que el servidor público tiene el derecho a no ser cesado, removido o separado de su empleo a consecuencia de cambios en el entorno político gubernamental o en las esferas administrativas. (Dussauge Laguna, 2005; Peña, 2014)

De otra parte, altos tribunales nacionales como extranjeros han planteado distintos elementos a tomar a consideración en torno a este principio.

En primer lugar, la Corte Constitucional del Ecuador define a la estabilidad laboral como el derecho a ingresar y permanecer en el servicio público de conformidad con los requisitos establecidos en la normativa constitucional y legal. Asimismo, ha sostenido que el servidor público puede ser cesado solamente por causas y bajo el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico y, concluye, que éste no puede ser catalogado como un derecho absoluto. (053-16-SEP-CC, 2016)

Adicionalmente, en varias de sus resoluciones y en concordancia con lo sostenido por la jurisprudencia constitucional colombiana, esta Corte ha desarrollado una categoría conocida como “estabilidad laboral reforzada”. Así, el máximo organismo de interpretación y control constitucional ha señalado que tanto disposiciones jurídicas de carácter nacional como internacional, establecen como garantía en el ámbito laboral la estabilidad reforzada, cuyo objeto es la realización de la igualdad real y efectiva, en casos como los de las mujeres embarazadas (175-16-SEP-CC, 2016), personas portadoras de VIH (080-13-SEP-CC, 2013),

personas con discapacidad o que tengan bajo su cuidado a una (172-18-SEP-CC, 2018), entre otras categorías.

En segundo lugar, la Corte Constitucional del país vecino del norte afirma que el principio de estabilidad –aplicable a todo trabajador, independientemente de si es público o privado– asegura que el empleado goce de certeza de que su vínculo laboral no será terminado de forma injustificada siempre que de su parte haya observancia de las condiciones legales fijadas para su desempeño. Esto, a su vez, permite eliminar la discrecionalidad en el Estado en la asignación de empleos públicos, los cuales sólo podrán ser desvinculados por causas objetivas, derivadas de las respectivas evaluaciones de rendimiento y disciplina, de acuerdo al procedimiento establecido para ello que garantice su derecho a la defensa. (C-288/14, 2014; C-479/92, 1992; C-016/98, 1998)

Además, esta Corte es enfática al decir que no produce en sí mismo un derecho absoluto de inamovilidad en aquellos casos de ineficiencia o indisciplina, puesto que eso llevaría al “desvertebramiento de la función pública y corrupción de la carrera administrativa”, por lo cual no es contraproducente la determinación de sanciones administrativas prescritas en la normativa. (C-479/92, 1992; C-1381/00, 2000; C-016/98, 1998)

Es necesario anotar que, este principio también ha sido vinculado con el de eficiencia y de carrera administrativa, como habrá podido evidenciarse; por un lado, la permanencia de un servidor público afirma la eficiencia en el cumplimiento de las funciones a cargo del Estado, y por otro, busca que predomine la regla de carrera administrativa por sobre la discrecionalidad pública en este ámbito, como fue antes mencionado.

Finalmente, y en este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en la Causa Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas sostuvo que el “derecho a la carrera integra el concepto de estabilidad” (1488. XXXVI, 2007). Esta sentencia del alto tribunal argentino supo provocar “una saludable grieta en la postura autoritaria” (Botassi, 2011, 329)²², motivo por el cual no podía ser dejada de lado en el presente trabajo y respecto de la cual vale añadir otros puntos relevantes en ella desarrollados.

²² Se sugiere revisar la referencia al pie de página que realiza este autor respecto de la trascendencia en distintos medios que tuvo esta resolución emitida por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina.

De un lado, la cesantía injustificada y sin debido proceso trae como efecto su nulidad e inmediata reincorporación del servidor público afectado. De otro, divide en estabilidad propia aquella que guarda correspondencia con los principios y disposiciones jurídicas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en estabilidad impropia en los casos en que se extingue la relación laboral sin causa justa a través de un pago indemnizatorio previsto en el ordenamiento jurídico.

En relación al organismo público competente de garantizar la vigencia efectiva de este principio, es importante remitirnos a lo prescrito en el artículo 229 de la Constitución de 2008 y los artículos 50 y 51 de la Ley Orgánica del Servicio Público (2010), los cuales designan al Ministerio del Trabajo como entidad pública competente en materia de talento humano y remuneraciones, junto con las Unidades de la Administración de Talento Humano (UATH) de las respectivas instituciones.

Además, es importante tomar en cuenta que el art. 23 de la LOSEP (2010) determina como derecho irrenunciable del servidor público la estabilidad en su puesto y, por ende, derecho de inmediata aplicación y plenamente justiciable (CRE, 2008, art. 11.3), no obstante, las puntualizaciones del caso relativas a los tipos de servidores públicos serán abordadas en el capítulo siguiente.

i) Profesionalización

Al abordar este principio de la función pública es ineludible no recordar lo desarrollado en el capítulo precedente, en cuanto a lo señalado ya por Max Weber (1999) sobre el constante crecimiento o grado de calificación profesional de todo funcionario, de ahí lo que él calificaba de “saber profesional especializado” al gran instrumento de la superioridad burocrática. En concordancia con ello, la carrera administrativa va a suponer en sí misma el desarrollo profesional o formación continua (Guerrero Orozco, 1997).

La Constitución de 2008, artículo 229, relaciona de forma directa la escala remunerativa del sector público con el nivel de formación profesional de sus funcionarios y su responsabilidad. Por otro lado, la normativa constitucional, de la mano de la secundaria, otorga el derecho de formación y capacitación continua o permanente de los servidores públicos con la finalidad de garantizar subsecuentemente su derecho a la potencialización integral de sus capacidades (CRE, 2008, art. 234; LOSEP, 2010, art. 23 literal ñ) y q); LOEP,

2009, art. 20 numeral 1) y prestar mejor atención a los ciudadanos; hay que recordar el rol instrumental que tiene la Administración Pública.

Adicionalmente, el Estado se encuentra obligado a realizar evaluaciones periódicas del desempeño de su personal con el objetivo de estructurar programas de profesionalización, conforme el art. 20 numeral 5 de la LOEP (2009) y aplicar estímulos o sanciones, entre ellas las expulsivas que provocan la cesación del servidor cuando su evaluación de desempeño es deficiente o insuficiente, según el caso.

Del contenido y efectos de la aplicación de este principio, se puede colegir de mejor manera que el mismo se encuentre dentro de las dos categorías de principios antes propuestas, con fin tutelar y no tutelar al servidor público, y es que al tiempo que incluye ésta destinada a la formación y capacitación continua del servidor público, garantiza la materialización de otros principios propios de la prestación material del servicio público, como el de eficiencia y el de calidad.

j) Seguridad jurídica

La Constitución de la República del Ecuador (2008) en su artículo 82, establece como derecho la seguridad jurídica entendida como bajo varios presupuestos: a) respeto a la Constitución, b) normas jurídicas previas, c) normas claras, d) normas públicas, y e) normas aplicadas por las autoridades.

Respecto del primero, el texto constitucional resalta de forma expresa el lugar predominante que ocupa la Constitución como una norma jurídica superior dentro en la jerarquía normativa, por tanto, “directa e inmediatamente aplicable” (Trujillo, 2006, 142) y, por otro lado, materializa además su función unificadora y, en palabras de Hans Kelsen (2009) y Julio César Trujillo (2006), aquella de dotar de validez al resto de normas inferiores.

En relación al segundo, es importante señalar la relación entre los principios jurídicos de irretroactividad y el de seguridad jurídica: si el primero no es debidamente acatado, las consecuencias que traería consigo serían nefastas para una sociedad en la cual las personas actúan de acuerdo a la normativa vigente que los rige (Vivar Vargas, 2010); en otros términos, este segundo presupuesto implica garantizar que el derecho sea previsible tanto para los ciudadanos como para los operadores jurídicos (Rodríguez-Arana, 2013).

Sobre el tercero, es necesario afirmar que la redacción de las disposiciones jurídicas debe permitir a toda persona su comprensión y con ello su aplicación, así, no debe dar lugar a ambigüedades, vacíos o posibles contradicciones.

En cuarto lugar, el principio de publicidad al que se hace mención, debe implicar la publicación de las normas jurídicas a través del diario oficial a fin de lograr la autenticidad del documento y certeza del día en el cual empezará a regir (Marienhoff, 1965); aquí cabe añadir que con este tercer elemento se permite asegurar igualmente que las normas sean accesibles a los ciudadanos (Encalada, 2018).

Sobre el quinto punto, vale remitirnos de igual manera a otro principio: el de legalidad, con el cual toda autoridad o servidor público debe actuar conforme a la delimitación normativa realizada por el ordenamiento jurídico porque como bien afirma Miguel Marienhoff (1965), “todo hombre tiene el elemental derecho a vivir dentro de un orden jurídico que le brinde "seguridad" y que no le deje librado al arbitrio o capricho de las autoridades” (p. 257).

En torno a este último escenario, un autor lo ha caracterizado, con acierto, como un principio de naturaleza comunitaria en virtud del cual la Administración Pública no puede alterar de forma unilateral sus decisiones, claro está sin mediar justificación excepcional y clara que lo motive, en tal sentido, obliga a adecuar su actuación administrativa conforme a los principios de congruencia, confianza legítima²³ e imparcialidad acorde a las expectativas generadas en los administrados (Rodríguez-Arana, 2013).

Cabe recalcar que la seguridad jurídica conlleva implícita una garantía no sólo para el gobernado sino igualmente para el ámbito interno de la Administración Pública en cuanto establece políticas administrativas definidas (Vidal Perdomo, 1997).

La Corte Constitucional del Ecuador como máximo órgano de interpretación y control constitucional, por su parte, ha manifestado que el contenido del artículo 82 establece “una verdadera supremacía material del contenido de la Carta Fundamental” y, añade, constituye “el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos” (0016-13-SEP-CC, 2013). Adicionalmente, ha sostenido que

La "seguridad jurídica" es un principio universalmente reconocido del Derecho, por medio del cual se entiende como certeza práctica del Derecho, y representa la seguridad de que se

²³ Al igual que lo prescrito en el art. 22 del COA (2017) al denominar este principio como “seguridad jurídica y confianza legítima”.

conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno. (...) en resumen, la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, y conductos establecidos previamente”. (007-10-SEP-CC, 2010)

De ahí que este principio fuese descrito, inicialmente en este capítulo, con una naturaleza mixta; protector para el servidor público al evitar que la Administración Pública pueda modificar su criterio y actuación de forma arbitraria, en perjuicio de los derechos reconocidos constitucional y legalmente en favor de los servidores públicos; y no tutelar del servidor público, puesto que éste nace en sí mismo como un elemento consustancial del Estado Derecho, tal y como la manifiesta Jaime Rodríguez Arana (2013), por lo que busca amparar al administrado del aparato estatal al otorgar a su marco normativo certeza o estabilidad que impida modificaciones ilegítimas y bruscas (López Olvera, 2005).

2.2. Principios del derecho laboral privado

Previo a estudiar cada una de estas normas orientadoras, es imprescindible mencionar los principales objetivos de los principios del derecho del trabajo; en primer lugar, son fundamentos racionales que dan sustento a las normas e instituciones jurídicas que componen esta rama jurídica; en segundo lugar, inspiran la expedición de normas; en tercer lugar, guían la interpretación normativa o desempeñan una función orientadora; y, en cuarto, llenan los vacíos o lagunas normativas, al actuar como fuente supletoria por medio de una función normativa o integrativa (Trujillo, 2008; Grisolia, 2011).

Estas cuatro finalidades pueden ser de igual manera entendidas con respecto a los principios antes estudiados del derecho administrativo, puesto que son propios de toda directriz jurídica, de ahí la importancia de todo principio en la jerarquía normativa.

2.2.1. Antecedentes históricos

2.2.1.1. Etapas históricas del derecho del trabajo

Para desarrollar este nuevo apartado, se seguirá la línea planteada por Julio Armando Grisolia (2011) quien clasifica la historia de la rama jurídica laboral en: a) etapa pre industrial, b) etapa industrial, y c) etapa posindustrial, fases que dan paso a lo que se conocerá como cuestión social y derecho social, de la cual nacerá el derecho de trabajo.

2.2.1.1.1. Etapa pre industrial

La transición de dos épocas, que serán diametralmente opuestas, caracterizan lo que se denomina como etapa industrial, de un lado se encuentran las “meras prestaciones rudimentarias” en pequeños talleres o fundos donde a la vez trabajaban y vivían obreros junto con un reducido número de compañeros, quienes generalmente eran sus propios familiares, y de otro, los primeros establecimientos industriales del siglo XVIII (Grisolia, 2011; De la Cueva, 1972). Posteriormente, durante la Edad Media, empiezan a surgir gremios de oficios sobre los cuales se dictarán reglamentaciones por parte de los monarcas (Grisolia, 2011).

El vínculo que unía a la masa obrera es puramente familiar, más que un sentido de pertenencia de colectivo social, y será gracias a la conformación de dichos gremios en la Edad Media en los cuales empiezan a desarrollarse ciertos rasgos de este sentido de clase o grupo.

2.2.1.1.2. Etapa industrial

El movimiento o fenómeno industrial es, en efecto, el punto fundamental de esta segunda etapa como momento transformador de las estructuras sociales y económicas en las que se cimentaban las sociedades.

Las prestaciones laborales bajo relación de dependencia, movimientos migratorios internos, aglomeraciones hasta el punto de hacinamientos de trabajadores en las grandes ciudades que conllevaron a la aparición y crecimiento del movimiento obrero, tránsito del fundo o taller a la fábrica, y finalmente situaciones de abuso y explotación laboral²⁴, son varios de los principales acontecimientos que marcaron este segundo hito en la historia del derecho del trabajo (Grisolia, 2011; De la Cueva, 1972).

La Revolución Industrial, no obstante, no es la única que marca este segundo momento (Grisolia, 2011); la Revolución Francesa de 1789 de igual manera trae consigo varios factores tanto positivos como negativos para el ámbito laboral.

²⁴ Jornadas laborales que alcanzaron las 16 horas diarias y que se redujeron a 8 horas diarias y 48 semanales con el Tratado de Versalles en 1919 que creó la Organización Internacional del Trabajo (OIT), después de la Primera Guerra Mundial; sitios de trabajo con mínimas o nulas condiciones de seguridad e higiene que provocaban que se multiplicaran los accidentes, enfermedades y muertes de los trabajadores; introducción de mujeres y niños a la mano de obra de las fábricas a cambio de un exiguo salario. (Grisolia, 2011; Trujillo, 2008)

En primer lugar, la burguesía proclamaba el liberalismo económico y político al punto de elevar como derecho natural del hombre la “libertad industrial” (De la Cueva, 1972), el mismo que impedía la intervención del Estado en aquello que era considerado de “ámbito privado” y, por ende, conservaba los mecanismos existentes de control sobre la clase de trabajadora.

En segundo lugar, paradójicamente, el aire revolucionario significó también la revolución del pensamiento en contra del individualismo y liberalismo a través, según Mario de la Cueva (1972), de armas jurídicas permitidas por el propio ordenamiento, como por ejemplo manifestaciones públicas pacíficas y peticiones a la autoridad, pero también por aquellas otras de carácter ilícito como asociaciones sindicales y huelgas.

Así, claro está, las metas principales de esta segunda época fueron: la obtención de libertades sindicales, de un mínimo de justicia social y la previsión social a causa de infortunios laborales (De la Cueva, 1972).

A este último punto, cabe agregar que la rebelión del pensamiento es considerada como el tercer factor determinante para el nacimiento y evolución del derecho de trabajo, junto con la Revolución Industrial y el desarrollo del movimiento obrero, por medio de la cual se realizaba una crítica al sistema de propiedad privada por parte de autores como Carlos Marx, Étienne Cabet y Louis Auguste Blanqui²⁵.

Esta etapa histórica además ha sido nombrada como edad heroica del movimiento obrero y del derecho de trabajo, ya que comprende la lucha sindical (De la Cueva, 1972). Aquí, no es posible dejar de resaltar lo manifestado por de la Cueva (1972) al decir que:

La historia del derecho de trabajo es uno de los episodios más dramáticos de la lucha de clases, por su profundo sentido de reivindicación de los valores humanos, tal vez el más hondo de todos, porque es la lucha por la liberación y dignificación del trabajo, lo que es tanto como decir la liberación y dignificación del hombre en su integridad. (p. 12)

Como consecuencia de este contexto social, la Iglesia Católica asumió y promovió una postura en pro de la clase obrera a través de varios documentos papales, como por ejemplo las encíclicas *Quadragesimo Anno* promulgada por Pío XI (1931), *Mater et Magistra* por Juan XXIII (1961), *Gaudium et Spes* de Pablo VI (1965), *Populorum progressio* promulgada

²⁵ Las obras de estos tres autores, como el “Manifiesto Comunista”, “Voyage en Icarie” y “Textes Choisis”, merecen un estudio debidamente profundizado al respecto, por lo que no serán estudiados en el presente trabajo.

por Pablo VI (1967), *Laborem Exercens* de Juan Pablo II (1981), pero sobretudo la carta papal *Rerum Novarum* de León XIII (1891).

Respecto de esta última encíclica, conocida como la “Carta Magna del trabajo” (Bio Gaidolfi, 2014, 60), cabe anotar ciertos aportes realizados por ella a la Doctrina Social de la Iglesia (DSI) en torno a la problemática social de aquel entonces²⁶.

La encíclica de León XIII (1891) puede ser analizada desde distintos ejes: a) contexto social y económico, b) los inconvenientes de la teoría planteada por los socialistas y el derecho a la propiedad como derecho natural, c) el rol de otros actores (Estado e Iglesia), d) la incorrecta presuposición de clases sociales enemigas, e) deberes del proletariado y de los ricos y patronos, y f) protección especial sobre las mujeres y niños.

a) Contexto social y económico

En cuanto al primero, la encíclica establece los motivos que justifican la necesidad de la Iglesia de pronunciarse en torno a la cuestión social, al poner de relieve la modificación que han sufrido las relaciones entre obreros y patronos, que ha dado paso a la acumulación de riqueza en mano de un pequeño grupo social inhumano por oposición a la pobreza de la mayoría. Resalta, sin embargo, la mayor cohesión grupal de la clase obrera pese a la disolución de los antiguos gremios carentes de apoyo del aparato estatal. (León XIII, 1891)

b) Los inconvenientes de la teoría planteada por los socialistas y el derecho a la propiedad como derecho natural

Respecto del siguiente factor analizado en este documento pontificio, la posición de la Iglesia es claramente negativa frente al criterio de trasladar la propiedad privada a manos de la comunidad planteado por los socialistas.

En primer lugar, aviva el odio de los trabajadores contra los ricos. En segundo, acabar con la propiedad privada es inadecuado puesto que empeora la situación de la clase obrera la cual tiene como fin primordial “procurarse algo para sí y poseer con propio derecho una cosa como suya”, así, la despoja “de la esperanza y de la facultad de aumentar los bienes familiares y de procurarse utilidades” (León XIII, 1891, 3), además de ser una medida injusta en desmedro de los legítimos propietarios y de alterar a las naciones. En tercero, vulnera un

²⁶ El resto de documentos papales que abordan la cuestión obrera parten de la encíclica *Rerum Novarum*, motivo por el cual además de la extensión del presente trabajo, no serán detallados.

derecho natural del hombre debido a que pese a que la tierra fue dada por Dios en común a toda la especie humana, dejó en ellos la potestad de delimitar las posesiones privadas. (León XIII, 1891)

c) El rol de otros actores (Estado e Iglesia)

La necesidad de actuación del Estado y de la Iglesia, en tercer lugar, es una necesidad eminente debido a que era menester coadyuvar esfuerzos para lograr mejorar la situación de la clase obrera, un conjunto de personas necesitadas de mayor tutela pública, de acuerdo a lo manifestado por León XIII (1891). Referente a la intervención del Estado, se destaca, de forma evidente, que los proletarios son “tan ciudadanos como los ricos (...), sin añadir que en toda nación son inmensa mayoría. Por consiguiente, siendo absurdo en grado sumo atender a una parte de los ciudadanos y abandonar a la otra” (León XIII, 1891, 24).

Adicionalmente, ratifica como uno de los objetivos de la autoridad de la ley intervenir en los casos en que la dignidad humana de los obreros se ve afectada porque son vejados a causa de, por ejemplo, cargas injustas y trabajo excesivo (León XIII, 1891).

d) La incorrecta presuposición de clases sociales enemigas

La Carta Magna del trabajo, además, enfatiza el error que se comete al establecer como solución central del problema la contraposición de clases, supuestamente enemigas, y no describirlas como complementarias una de la otra, “como si la naturaleza hubiera dispuesto a los ricos y a los pobres para combatirse mutuamente en un perpetuo duelo” (León XIII, 1891, 24).

e) Deberes del proletariado y de los ricos y patronos

Por otro lado, divide lo que se considera deberes del proletariado con aquellas obligaciones que a los que los ricos y patronos les corresponden asumir.

Sobre los primeros se puede señalar los siguientes: “cumplir íntegra y fielmente lo que por propia libertad y con arreglo a justicia se haya estipulado sobre el trabajo; no dañar en modo alguno al capital; no ofender a la persona de los patronos; abstenerse de toda violencia al defender sus derechos y no promover sediciones” (León XIII, 1891, 15), entre otros.

En el segundo grupo, se puede anotar principalmente: “no considerar a los obreros como esclavos; respetar en ellos, como es justo, la dignidad de la persona” (León XIII, 1891, 15),

otorgar un espacio adecuado al obrero, no imponer trabajo más allá de lo que le permitan sus fuerzas físicas y edad, y “dar a cada uno lo que sea justo” (León XIII, 1891, 15).

f) Protección sobre las mujeres y niños

A lo largo de todo el texto de la encíclica se pone de manifiesto el especial interés de la Iglesia en proteger los derechos y dignidad de las mujeres y los niños que participaban ya en el ámbito laboral. (León XIII, 1891)

A modo de conclusión, vale agregar lo señalado por Trujillo (2008) en los términos siguientes: “La Encíclica *Rerum Novarum* dejó delineadas las instituciones y normas de justicia social que, lenta pero firmemente, fueron desarrolladas e incorporadas al nuevo ordenamiento jurídico de los pueblos que no optaron por el sistema del “socialismo real” (p. 8).

Sin lugar a dudas, la participación de la Iglesia, del Estado y los aportes grandes de pensadores liberales en esta segunda etapa, juegan un rol fundamental para la denuncia de las condiciones laborales, lo que hizo implacable la adopción continua de mecanismos jurídicos que tendieran a proteger de una manera más eficaz a los trabajadores.

2.2.1.1.3. Etapa posindustrial

En esta última etapa originada en la década de los 70 del siglo XX, se va consolidando un nuevo orden económico, político y, claro está, social, caracterizada por la automatización de los procesos de producción y, con ello, la flexibilización y precarización del trabajo (Grisolia, 2011). Circunstancia que marca las nuevas exigencias a las cuales está llamado a satisfacer el derecho del trabajo.

2.2.1.2. Cuestión social y el derecho social

Como se pudo evidenciar ya en anteriores párrafos, existía una situación generalizada de abuso alrededor de la clase trabajadora, determinada básicamente por la imposición de las condiciones del trabajo únicamente por parte del empresario como señala Trujillo (2008) y Grisolia (2011), ejemplo claro de desigualdad formal –por cuanto no existían normas jurídicas dirigidas a proteger al trabajador– y material –manifiesta desigualdad de condiciones económicas entre trabajador y empleador–.

Como consecuencia, el término “cuestión social” o “cuestión obrera” justamente son utilizados a fines del siglo XVIII para referirse al conjunto de problemas producto de la nueva organización productiva (Trujillo, 2008).

Como respuesta a la fuerte presión obrera e intelectual por parte de varios autores, el Estado se dedicó a satisfacer sus exigencias y protegerlos mediante nuevas leyes, las cuales fueron ampliando su ámbito a otras clases de trabajadores, “los empleados, obreros, artesanos, gente de mar, el servicio doméstico, los trabajadores autónomos, alguna parte de los servidores del Estado y más entes públicos” (Trujillo, 2008, 8-9).

En este momento es en el cual se origina el derecho social como una rama jurídica que como manifiesta Trujillo (2008), junto con sus distintas ramas como el derecho del trabajo, el derecho de seguridad social y el derecho agrario, está orientada a proteger a grupos sociales económicamente más débiles como efecto del deficiente sistema social de distribución de riqueza. En tal sentido, se puede definir al derecho social como “corpus que incluye no sólo las normas jurídicas sino también los principios filosóficos y éticos que la inspiran y orientan”, cuya denominación además es correcta debido a que ha “brotado de la necesidad de resolver el llamado “problema social” ” (Trujillo, 2008, 9).

Se desprende de ello como describe Trujillo (2008), que el derecho de trabajo haya consecuentemente adoptado dos vías, en primer lugar, la expedición de normas protectoras del trabajador, de creación de órganos y establecimiento de procedimientos de la administración pública encargados de su control y cumplimiento de las primeras (derecho individual), y en segundo lugar, creación de mecanismos de autodefensa (derecho colectivo).

De esta manera, el derecho del trabajo puede ser entendido como el “conjunto de principios, instituciones y normas que regulan las relaciones entre trabajadores y empleadores, cualesquiera sean las modalidades y condiciones de trabajo” (Trujillo, 2008, 14)

Así, a efectos de garantizar el pleno ejercicio de derechos laborales, se han establecido varios principios que intentan recoger todas estas necesidades de protección del trabajador sin menoscabo de derechos del empleador en razón de que busca garantizar la igualdad real entre ambos y, de esta manera, terminen por acoger esta naturaleza tutelar que se verá materializada en el marco jurídico positivo que regula las relaciones laborales.

2.2.2. Principios laborales

La importancia de los principios que circunscriben a todo el derecho, tomando especial significación en cada una de sus ramas, no es debatida, como ya fue mencionado al inicio del presente capítulo, es así que es correcto afirmar que “están por encima del derecho positivo, en cuanto sirven de inspiración” (Plá, 1978, 13).

La razón de este enunciado se debe a que el conjunto de principios, o “pricipiología” en palabras de Cretella Junior (citado por Plá, 1978, 3) al referirse por otro lado a aquellos que componen al derecho administrativo, adquiere especial importancia al constituirse en el armazón o base sobre la cual se desarrolla el derecho del trabajo pese a los cambios o modificaciones de las normas que lo regulan (Plá, 1978).

En tal sentido, Manuel Alonso García (1960) define a los principios del derecho laboral como aquellas “normas de aplicación directa e inmediata (...) [que] pertenecen al ordenamiento, y, aun cuando no aparezcan plasmados en su formulación concreta en ninguna norma se deducen del contenido de las mismas” (p. 152); así, es adecuado señalar que “[l]a doctrina considera que los principios del derecho laboral deben orientar a los jueces/as respecto de la equidad destinada a llenar vacíos legales y/o dudas en la interpretación” (Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Laboral, Juicio No. 43-2008, 2012).

Además, este mismo autor al igual que Américo Plá (1978), describen tres de sus funciones: a) fundamento del marco normativo laboral, b) orientar la labor interpretativa directa o indirectamente de las normas preexistentes, la creación de nuevas de ellas y la solución de casos concretos, y c) servir de fuente directamente aplicable en defecto de la ley y de la costumbre.

Muchos autores, como Julio César Trujillo (2008) y Graciela Monesterolo (2010; 2018), han optado por seguir la clasificación que divide en principios jurídicos y políticos, planteada por Plá (1978), quien a su vez lo hace de Pérez Botija. No obstante, sobre estos últimos, como bien se desprende de su propia denominación, están sujetos a cambios por parte de las autoridades de turno, motivo por el cual podrían terminar siendo, como señala Plá (1978), “más de propaganda y consigna que de eficaz aplicación” (p. 15), a diferencia de los principios jurídicos que realmente cumplen la triple dimensión antes descrita.

Por tales motivos, los principios a ser desarrollados a continuación pertenecen a la primera categoría, además de ser aquellos estudiados por la mayoría de autores. Estas cinco grandes directrices son: principio protectorio, irrenunciabilidad de derechos, continuidad de la relación laboral, primacía de la realidad, y principio de igualdad laboral.

Previo a proceder con el estudio de cada una de ellas, es importante resaltar nuevamente que por las razones anteriores, su consagración en el derecho positivo no es imperativo para el legislador.

Por tal motivo, pese a que varias de ellas se encuentren recogidas en la Constitución ecuatoriana (2008) y Código del Trabajo (2005) no significa que el contenido normativo allí establecido sea un limitante para el juez o autoridad administrativa que interpreta y aplica las disposiciones jurídicas laborales, sino únicamente referencial. Postura con la que coincide Plá (1978) y varios autores por él citados, por considerar que la propia naturaleza de los principios los sitúa por encima de las normas jurídicas positivas.

2.2.2.1. Principio protectorio

Antes de exponer los principales elementos que integran este principio, es menester determinar dos de sus fundamentos.

El primero, de carácter histórico y relativo a la *ratio legis* de las normas laborales, establece que el fundamento material que orienta la intención del legislador es desarrollar un sistema de protección con condiciones más beneficiosas para el trabajador que permitan equilibrar las diferencias preexistentes en sus relaciones laborales, en palabras de Trujillo (2008), u otorgar un amparo preferente al trabajador, según Plá (1978), resaltando de esta manera la característica del derecho del trabajo de ser tuitivo, el mismo que obliga al intérprete a actuar acorde con tal fin. Por ello, es acertado manifestar que este principio tiene “relación con la orientación general de la legislación laboral que tiene como propósito amparar y proteger al trabajador” (Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Laboral, Juicio No. 43-2008, 2012).

El segundo, basado en un criterio de especialidad, determina que nace del principio general *pro homine* (Monesterolo, 2010), el cual en su aplicación en la rama jurídica laboral, adquiere una naturaleza y un fin concreto: proteger al más débil de la relación jurídica laboral, el trabajador.

Cabe agregar aquí una precisión. El “conflicto con el principio de seguridad jurídica” es inexistente, Américo Plá (1978) claramente ya ha sabido afirmar con gran acierto que esta directriz “no da derecho a hacer cualquier cosa en nombre de la protección del trabajador ni mucho menos sustituirse al creador de normas. Tiene un campo de aplicación limitado (...) no conspira contra la seguridad” (p. 34).

Esta aclaración es bastante necesaria incluir puesto que una mala comprensión de este principio podría provocar cierta desconfianza a reconocer que el mismo pueda ser aplicado en la función pública, otorgando privilegios, situación que no es de cerca la planteada.

No obstante de las distintas denominaciones que puedan ser utilizadas para referirse a este principio, como principio de favor, proteccionista, protectorio, de normas más favorable, *in dubio pro operario*, se sugiere estudiar a detalle el contenido o definición que es dada por cada autor a fin de que se distinga de mejor manera las partes (las reglas que lo componen) del todo (principio protectorio general), como podría suceder en caso de que no se comprenda debidamente su alcance o ámbito.

2.2.2.1.1. Reglas

Las reglas o formas de aplicación del principio protectorio son a) *in dubio pro operario*, b) aplicación de la norma más favorable, y c) condición más beneficiosa.

a) *In dubio pro operario*

El principio *in dubio pro operario* es una regla de interpretación que sirve como criterio orientador en caso de duda sobre el alcance de una disposición jurídica aplicable; directriz que, además, tiene por objeto que el intérprete de una norma jurídica concreta—sean éstos por ejemplo funcionarios administrativos o judiciales— elija por el sentido o exégesis más favorable al trabajador que se deduzca de ella. (Plá, 1978; Pérez Botija, 1960; Grisolia, 2011; Trujillo, 2008)

A esta finalidad, cabe añadir la relevancia que puede desempeñar en materia probatoria en la que igualmente se parte de una duda certera o fundada pero sobre el alcance o el significado de la prueba, manera a través de la cual se permite al juez apreciar adecuadamente el conjunto de medios probatorios. Por otro lado, la justificación de este principio en este aspecto procesal radica en la mayor dificultad por parte del trabajador a

acceder y probar ciertos hechos, o dicho de otra forma, la disponibilidad natural del empleador para acceder a cierta información. (Plá, 1978)

De lo antes señalado, se puede deducir las siguientes dos condiciones necesarias: a) la existencia de una duda, caso contrario se denominaría solamente “*pro operario*” pues la ley no debe ser desentendida de su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu, y b) siempre y cuando el caso en concreto no implique entrar en una pugna con la voluntad del legislador (*ratio legis*). (Deveali citado por Plá, 1978, 42-43)

Otro punto importante a adicionar es la “dificultad práctica cualitativa” como la llama Trujillo (2008), la misma que consiste en que se debe adoptar la interpretación que más favorezca a los trabajadores en conjunto y no a uno de ellos desde su individualidad o en un caso en particular.

De otra parte, este principio diferencia desde su contenido o alcance al derecho laboral de otra rama jurídica. Plá (1978) acertadamente manifiesta que en las relaciones jurídicas de carácter civil, la regla general es la de proteger a la parte más débil, esto es el deudor²⁷, sin embargo, en el derecho del trabajo esto ocurre a la inversa.

b) Aplicación de la norma más favorable

La definición que es aportada por la doctrina en torno a esta segunda regla del principio protectorio, denominada regla de aplicación, consiste en que ante dos o más normas jurídicas aplicables (pluralidad de preceptos de origen legal, reglamentario o contractual²⁸) a una misma situación laboral, se deberá optar por aquella que resulte más favorable al trabajador, sin perjuicio de la posición jerárquico-normativa de la norma elegida puesto que no implica su derogación sino sólo su conversión a inoperante. (Cruz Villalón, 2015; De la Cueva, 1972; Grisolia, 2011; Pérez Botija, 1960; Trujillo, 2008)

Del mismo modo, diversos autores han planteado las siguientes dos alternativas de interpretación, pese a que ambas no sean compartidas por la mayoría²⁹: a) criterio de acumulación: creación de una nueva norma a partir de los elementos más favorables de varias

²⁷ Para constancia de ello, revisar el artículo 1582 del Código Civil (2005).

²⁸ En este sentido, se sugiere tomar en consideración que existe una excepción en la cual a falta de aplicación de un orden jurídico determinado y cuando el conflicto se produce entre normas generales y particulares, se aplicará en su resolución el principio de especialidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 inciso segundo del Código del Trabajo (2005).

²⁹ Jesús Cruz Villalón (2015), por ejemplo, disiente del criterio de acumulación al sostener la imposibilidad de seleccionar únicamente algunos pasajes de cada norma jurídica en discusión.

normas complejas que son descompuestas, y b) criterio orgánico o de conglobación: respeta el contenido íntegro de cada cláusula y aplica la más favorable para el trabajador (la norma más favorable *in totum*) (Trujillo, 2008).

No obstante, Plá (1978) propone que sean las instituciones contenidas en las normas las cuales deben ser sopesadas o comparadas, en razón de su unidad conceptual y orgánica, claro está “se conservará la idea fundamental de este principio si sólo se confrontan los grupos de condiciones homogéneas de ambas normas” (p. 60), obsérvese, por ejemplo, instituciones que comprenden elementos homogéneos como la remuneración y las vacaciones. Finalmente, y pese a ello, de acuerdo a Graciela Monesterolo (2018), la normativa laboral ecuatoriana adoptaría el criterio de conglobamiento.

Efectivamente, una decisión judicial o administrativa que incorpore la teoría de la acumulación puede conllevar un efecto dominó en el ámbito laboral. La integralidad de las disposiciones jurídicas resultaría una mera formalidad y su interpretación, su *ratio legis*, sería difícil de deducir por parte del intérprete, además de dejar a su arbitrio qué elementos pueden ser divisibles y conjugados con otros.

Mientras tanto, la teoría del conglobamiento, en comparación a la anterior, resulta más adecuada pese a que tiene ciertas desventajas; las normas jurídicas en conflicto pueden o no ser fácilmente comparables entre sí en razón de los distintos elementos fácticos que configuran sus presupuestos de hecho.

Por tales motivos, la tercera teoría que es propuesta por el jurista uruguayo es la más adecuada, por cuanto no fragmenta las instituciones jurídicas sobre las cuales se desarrolla el derecho del trabajo.

c) Condición más beneficiosa

La tercera regla del principio protectorio presupone de antemano que existe una condición favorable para el trabajador, la misma que debe ser respetada, y que, por ende, no permite modificación laboral alguna que menoscabe sus beneficios o sus derechos; así, lógicamente, la única modificación posible será aquella que mejore o amplíe su condición laboral. (Plá, 1978; Grisolia, 2011; Monesterolo, 2018).

En concordancia con ello, Julio César Trujillo (2008) añade que la regla de la condición más beneficiosa guarda relación con otro principio del derecho del trabajo: intangibilidad de

derechos; además pone como ejemplo los reajustes anuales de las remuneraciones sectoriales, resoluciones que no pueden ser inferiores a los percibidos anteriormente por los trabajadores a la fecha respectiva de su publicación.

Adicionalmente, este principio guarda relación con la noción de derechos adquiridos la cual, según la Corte Constitucional de Colombia, se refiere a “las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona” (C-147/97, 1997)³⁰. Cabe agregar un elemento importante que sostuvo al respecto la Corte Suprema de Justicia del Ecuador mediante uno de sus fallos:

¿Pero cuándo, en qué momento se puede considerar un derecho como "adquirido"? Según Gabba (citado por el Dr. Juan Carlos Smith en el Tomo XXIV, Pág. 1001 de la Enciclopedia Jurídica OMEBA), "derecho adquirido es el que entra a formar parte del patrimonio de una persona como consecuencia de un **acto idóneo susceptible de producir efectos jurídicos según la ley vigente al tiempo de su realización**". (Tercera Sala de lo Laboral y Social, sentencia, 2003) (lo resaltado me pertenece)

Por otro lado, nuestra Corte Constitucional diferencia entre derecho adquirido y expectativa legítima en los siguientes términos:

El derecho adquirido es una situación creada cumpliendo todas las condiciones necesarias para adquirirlo, en estricta observancia de los requisitos que exige el ordenamiento jurídico vigente. Una vez consolidada no puede ser desconocida ni vulnerada por los actos o disposiciones posteriores, es decir, debe respetar los derechos adquiridos; en tal virtud, se entienden incorporadas como válidas y definitivas, y pertenecen al patrimonio de una persona. En cambio, **las expectativas legítimas** son situaciones que no están consolidadas, ya por omisión o incumplimiento de ciertos requisitos previstos en la ley para surtir plenos efectos; por tal razón, en ella solamente existen simples esperanzas que no constituyen derechos, ni eventuales siquiera; es decir, corresponde a situaciones de hecho más que a situaciones jurídicas, son intereses que no están jurídicamente protegidos; por tanto, ceden ante una nueva disposición que puede dejarla sin efecto, es decir, se puede modificar, sin que esto implique vulneración de "derechos". (184-14-SEP-CC, 2014) (lo resaltado pertenece al texto original)

De igual manera que las dos reglas precedentes, recoger este principio en el ordenamiento jurídico positivo de un Estado no constituye una condición necesaria para su aplicación. Por otro lado, cabe realizar una puntualización pertinente en base a lo expresado por Plá (1978)

³⁰ Es importante resaltar que esta definición es expresamente acogida por la Corte Constitucional del Ecuador (039-11-SEP-CC, 2011), pese a que no exista cita alguna en dicha sentencia, razón por la que posiblemente la Corte Nacional de Justicia sólo citara a nuestra Corte Constitucional en uno de sus fallos (Sala de lo Laboral, Juicio No. 904-10, 2012).

al referirse a una “interpretación racional de las realidades” (p. 66), sólo si la circunstancia que dio origen a un beneficio no es transitoria o ilegítima puede ser considerada como una condición beneficiosa que debe ser respetada.

No obstante de lo antes expuesto, la Corte Constitucional del Ecuador, a través de la Sentencia No. 009-10-SIN-CC³¹ (2010), declara válida la eliminación de varios derechos consagrados en contratos colectivos celebrados con el Estado basándose en la Corte Constitucional de Colombia respecto a lo que se puede entender como núcleo esencial de un derecho al pronunciar que:

En todo derecho existe un núcleo duro indisponible que no puede ser restringido en ningún caso⁷; en el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia define al núcleo esencial como:

[...] un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de las coyunturas o ideas políticas. El concepto de "contenido esencial" es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de el (sic) se derivan.

De tal modo que podemos colegir que las cláusulas que consagran privilegios no justificables para ciertos grupos de trabajadores amparados bajo un contrato colectivo, no son parte del núcleo duro del derecho al trabajo, núcleo que se fundamenta en los principios constitucionales a la libertad de trabajo, al de igual trabajo, igual remuneración, al que establece la estabilidad laboral, al que observa el establecimiento de un salario mínimo, así como al que garantiza las prestaciones sociales establecidas en la ley y otros. (...)

Inclusive, el establecimiento de estipulaciones contractuales colectivas que consagran privilegios exclusivos en beneficio de los accionantes, pueden ser tomadas como un trato preferencial no justificado que da origen a un trato discriminatorio que rompe el principio de igualdad establecido en la Constitución, en el artículo 11 numeral 2, porque los beneficios excesivos sujetos a revisión no son aplicables al resto de trabajadores ecuatorianos, tanto de las entidades públicas, como privadas. Así tenemos como se configura un trato distinto a favor de unos trabajadores en detrimento de otros que se encuentran en las mismas condiciones fácticas como jurídicas; por lo tanto, el trato distintivo no se constituye en un tratamiento preferencial que goce de validez constitucional, de lo que podemos colegir que el Decreto Ejecutivo N.º 1396 que reforma el reglamento de aplicación del Mandato N.º 8,

³¹ Dentro del Caso No. 0013-09-IN acumulados: 0009-09-IA, 0019-09-IN, 0024-09-IN, 0025-09-IN, 0026-09-IN, 0033-09-IN, 0040-09-IN, 0044-09-IN y 0049-09-IN, ante varias acciones de inconstitucional presentadas respecto de: Decreto Ejecutivo N.º 1396 del 16 de octubre del 2008, Decreto Ejecutivo N.º 1701 del 30 de abril del 2009, Acuerdo Ministerial N.º 00080 del 01 de agosto de 2008, y Acuerdo Ministerial N.º 00155A del 14 de octubre de 2008.

no transgrede la intangibilidad de los derechos de los trabajadores recurrentes. (009-10-SIN-CC, 2010)

Es importante, sin embargo, aclarar a qué se refería la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia No. T-799/98 (1998) sobre este tema:

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no hacen parte del núcleo esencial del derecho al trabajo la facultad de ocupar determinados puestos o cargos públicos, de estar vinculada una persona a una entidad, empresa u organización definidas o de cumplir funciones en un lugar específico. **Estas ventajas, mutables y accidentales, que se alteran durante la relación laboral, que son accesorias al núcleo central del derecho** y, por tanto, no hacen parte fundamental del mismo, no son amparables, en principio, por vía de tutela.

(...) Con el derecho al trabajo, consagrado como derecho fundamental en el artículo 25 constitucional y en los convenios internacionales suscritos por Colombia, sucede como con los demás de su clase: muchas de las prerrogativas laborales que se derivan de su naturaleza esencial no alcanzan el nivel de derechos fundamentales, y por tanto, no son susceptibles de protección por vía de tutela. Sobre este particular, la Corte señaló: "Es cierto que el derecho al trabajo es fundamental, y, por tanto, su núcleo esencial es incondicional e inalterable. **Pero lo anterior no significa que los aspectos contingentes y accidentales que giran en torno al derecho al trabajo, sean, per se, tutelables**, como si fueran la parte esencial". (T-799/98, 1998) (lo resaltado me pertenece)

En aplicación de la regla de condición más beneficiosa, la estipulación un derecho en favor de los trabajadores por medio de un contrato colectivo, claramente, implica el reconocimiento expreso de una condición o beneficio del trabajador, por lo cual se constituiría en un derecho adquirido (situación anterior que debe ser respetada en caso de modificar su situación laboral).

Además, no implica contravención al principio de igualdad que un empleador junto con su trabajador pacten condiciones de trabajo mayores en relación a otro trabajador de una compañía o institución distinta que no lo hace, sería un absurdo considerarlo así; el derecho laboral obliga únicamente a respetar las condiciones mínimas de trabajo y deja a la voluntad privada de las partes la posibilidad de estipular mayores beneficios para la parte más débil de la relación, como podrá visualizarse con el principio siguiente respecto al carácter imperativo y dispositivo de las normas laborales.

Igualmente, tal y como se señaló anteriormente, no se debe confundir entre derechos adquiridos y meras concesiones accidentales en la relación laboral, como acertadamente lo establece la Corte Constitucional de Colombia, por lo que no cabría describir como accidental una estipulación contractual expresa entre las partes.

2.2.2.1.2. Conclusiones

Ahora bien, sin caer en contradicción respecto a la innecesaria consagración del derecho positivo de estos principios como fue antes señalado, no está por demás tener en cuenta cuál ha sido el concepto que ha adoptado nuestra normativa.

La Constitución ecuatoriana (2008) y el Código del Trabajo (2005), artículos 326 numeral 3 y 7, respectivamente, recogen la regla de interpretación *in dubio pro operario* al establecer que en caso de duda sobre el alcance de disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, éstas deberán ser aplicadas en el sentido más favorable para el trabajador. Sin embargo, ¿la intención del legislador ha sido solamente la de establecer esta fórmula interpretativa o regla del principio protectorio? Consideramos que no.

La trascendencia de este principio protectorio ha quedado por demás demostrada en los antecedentes históricos que la sustentaron y que hoy en día siguen siendo la base axiológica del derecho del trabajo, por tal motivo, incorporar una de sus reglas –que no excluye la aplicación de las otras dos sino ya que más bien son complementarias entre sí al crear un conjunto de mecanismos jurídicos tutelares hacia el trabajador– sólo demuestra que no ha sido debidamente comprendido el alcance de este principio y, como se mentó al inicio de su estudio, se llegó a confundir: una parte con el todo.

En razón de ello, el desarrollo doctrinario respecto del principio protectorio resulta de gran ayuda para interpretar y aplicarlo integralmente, desde una perspectiva progresiva del ejercicio de derechos, tal y como lo establece la Constitución de 2008 en su artículo correspondiente.

Referente a la denominación de este principio, la cual, valga agregar, es sólo enunciativa y no busca delimitar de ninguna manera su contenido, sino que a fin de evitar cometer el yerro resaltado en el párrafo precedente, se ha estimado más adecuado llamarlo “principio protectorio” (como lo hace Plá, 1978) o “principio protector” (como la Corte Constitucional de Colombia³²), nombre que hace alusión a una interpretación y aplicación de todo el marco normativo laboral dirigida a disminuir o suprimir las desigualdades entre empleador y trabajador, prioritariamente tuitivo respecto del segundo.

³² Obsérvese la Sentencia No. T-190/15 en la cual emplea esta denominación y agrega que este principio busca favorecer “al más débil de la relación jurídica, beneficiándolo en la utilización e interpretación de las fuentes formales de derecho para eliminar, atenuar o disminuir la desigualdad real existente”.

2.2.2.2. Principio de irrenunciabilidad

El principio de irrenunciabilidad en el derecho laboral consiste, de acuerdo a Plá (1978) y Grisolia (2011), en la imposibilidad del trabajador de renunciar voluntariamente a una o más ventajas concedidas por el ordenamiento jurídico.

Así, este principio se constituye en un elemento adicional que diferencia al derecho común del derecho laboral (Plá, 1978), en razón de que en el primero rige el principio contrario (renunciabilidad) pese a que existen ciertos límites en él, como sería el caso de aquellos establecidos en el Código Civil (2005) en su artículo 11³³.

Por otro lado, existen distintos fundamentos a partir de los cuales se puede llegar a comprender de mejor manera el contenido y trascendencia de este principio laboral, como son:

- Principio de indisponibilidad: no implica una simple renuncia, sino que asciende a la indisponibilidad misma de los derechos del trabajador.
- Inderogabilidad o carácter imperativo y dispositivo: en el marco normativo laboral existen, de un lado, normas imperativas –*jus cogens*– entendidas como aquellas de obligatorio cumplimiento, sin que eso signifique exclusión total de la voluntad privada ya que más bien la rodea de garantías que aseguren su libre manifestación, trazándole límites y evitando su abuso; de otro, se encuentran normas dispositivas –*jus dispositivum*–, las cuales han de ser cumplidas sólo cuando las partes no han estipulado otra cosa; en suma, serán imperativas cuando se trata de casos que disminuyan los derechos del trabajador, pero dispositivas cuando los aumenten.
- Carácter prohibitivo de las normas laborales: éstas impiden pactar condiciones inferiores de trabajo a las en ellas prescritas.
- Noción de orden público: las normas del derecho laboral son preferentemente de orden público, puesto que trascienden el interés individual –naturaleza misma del derecho del trabajo–, ya que comprometen también los derechos de las personas que dependen económicamente del trabajador.
- Presunción de vicio de consentimiento: el trabajador renuncia por ignorancia, error o falta de libertad, forzado por su situación económica desventajosa frente a su

³³ Art. 11.- Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.

empleador. (Plá, 1978; Grisolia, 2011; Alonso García, 1969; Trujillo, 2008; Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral y Social, 2007)

A esto cabe añadir lo sostenido por la Corte Nacional de Justicia, en cuanto a que:

Llegado un punto de la evolución jurídica social de los pueblos, el legislador no puede mantener más la ficción de la igualdad jurídica formal liberal existente entre las partes del contrato de trabajo; y tiende a compensar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador, con una protección condición jurídica favorable para él, a través de la generación de una a serie de derechos mínimos irrenunciables. (Sala de lo Laboral, Juicio No. 43-2008, 2012).

Cada uno de estos fundamentos, todos ellos bien estructurados, recogen una vez más el carácter tuitivo del derecho del trabajo y otorgan protección legal al trabajador en caso de que se vea forzado a renunciar a alguno de sus derechos o condiciones mínimas, como las denominó la Corte Suprema de Justicia (Primera Sala de lo Laboral y Social, Expediente de Casación No. 576-05, 2008), motivo por el que se considera que no cabe la frase “renuncia voluntaria” dentro de la definición que fue propuesta en un inicio.

Una vez comprendido los distintos argumentos que sustentan este principio, es evidente que cualquier estipulación del contrato individual que implique la renuncia de derechos por parte del trabajador acarrearía su nulidad absoluta, pudiendo ser declarada de oficio por el juez, e implicaría la indemnización y sanciones administrativas o penales a las que diere lugar.

Es importante resaltar que el contrato no se tornaría nulo y que, por ende, la nulidad recaería solamente en la cláusula contractual en cuestión. (Plá, 1978; Trujillo, 2008). No obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

En el caso que se examina, es notorio que, atenta la forma como se realizó el contrato de fs. 10, se ha privado al demandante del derecho que tiene a la indemnización de su salario por un año, sea o no miembro de la Directiva del Sindicato de Construcciones, contraviniéndose a lo prescrito en el literal b) del Art. 185 de la Constitución de la República y a los arts. 4 y 346 del Código del Trabajo. 7o. **En consecuencia, el contrato aludido es nulo con nulidad absoluta, por haber recaído sobre objeto ilícito, según el art. 1522 del Código Civil, y siendo nulo, se halla de manifiesto la voluntad exclusiva que tuvo la Caja del Seguro para poner término al contrato de trabajo que, en virtud de la transacción celebrada el 3 de mayo de 1957, debía durar el tiempo de un año.** (Corte Suprema de Justicia, 1958) (lo resaltado me pertenece)

Es importante tomar en cuenta esta aclaración por cuanto una incorrecta aplicación de este principio puede caer en un abuso de derecho si ello diera lugar a la nulidad de derechos

estipulados en favor del trabajador y la totalidad de obligaciones adquiridas por su empleador.

Ahora bien, un problema práctico que ha subrayado Plá (1978) es saber qué normas son renunciables y cuáles no.

Siguiendo a Deveali, Plá (1978) destaca tres posibilidades; primera, la declaración explícita de la propia norma (v. gr. los artículos 72 del Código del Trabajo (2005) sobre el derecho a las vacaciones y 200 sobre la garantía del fondo de reserva), poco aplicada y que, por consiguiente, puede acarrear ciertos problemas como la posibilidad de invocar argumentos *a contrario sensu*; segunda, que la norma lo establezca de forma implícita, es decir, se derive de su propio contenido al determinar ciertos límites infranqueables (v. gr. la jornada máxima de trabajo prescrita en el artículo 47 del Código del Trabajo (2005)); tercera, relativa a su *ratio legis* (v. gr. la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, artículo 42 numeral 31 del Código del Trabajo (2005)), sin necesidad de indicación implícita o explícita.

Justamente en razón de las distintas maneras de conocer si una norma es de carácter imperativo o dispositivo, Plá (1978) agrega que no es necesario la consagración de este principio en el derecho positivo.

Las distintas opciones que ha señalado Plá (1978) son válidas. Sin embargo, algunas de ellas podrían traer consigo efectos negativos para el trabajador.

Respecto de la primera, este mismo autor ya realiza una precisión esencial, la utilización de un argumento *a contrario sensu* en contra de los propios derechos del trabajador puesto que implica una interpretación bastante positivista al respecto del contenido literal de las normas. En relación a la tercera, toda interpretación que dé plena libertad al intérprete para aplicarla en justificación de lo que considera su *ratio legis*, puede provocar demasiada discrecional o incluso arbitrariedades si no es correctamente argumentado jurídicamente. En tanto que la segunda se sitúa entre ambos extremos por lo que se convertiría en una alternativa más viable.

La doctrina ha planteado como punto de discusión, también, en qué momento puede ser considerada nula una renuncia, si antes, durante o después de terminada la relación laboral.

De un lado, Alonso García (1960) señala que esta directriz no admite ni una renuncia impropia o anticipada (antes de la celebración del contrato laboral) ni una propia o posterior

(después de su celebración). De otro, Plá (1978) manifiesta que la renuncia anticipada puede ser válida sólo en aquellos casos excepcionales que la propia ley lo permita y, respecto de la renuncia posterior, puede ser admitida en el ordenamiento jurídico debido a que los derechos devengados, aclara, se convierten en derechos de crédito.

Cabe añadir que puede resultar, *a prima facie*, demasiado drástica la postura de Alonso García (1969) y, en tal sentido, más apropiada la del segundo autor, más sin embargo, es fundamental distinguir entre renuncia y transacción.

Plá (1978), desde una perspectiva general, y Trujillo (2008) y Monesterolo (2018), en relación a la normativa nacional, coinciden en que la transacción en materia laboral es admitida a diferencia de la renuncia.

El primero de ellos afirma que hay dos argumentos para así considerarlo; uno teórico, que implica que la transacción supone la existencia de derechos litigiosos o dudosos a cambio de un beneficio cierto o concreto, mientras la renuncia lo hace respecto de un derecho cierto; uno práctico, que se traduce en que la transacción es bilateral y no sacrifica gratuitamente ningún derecho ya que a cambio se obtiene una concesión o ventaja.

De otra parte, Trujillo (2008) y Monesterolo (2018) señalan que la posibilidad de transigir es posible siempre que se realice ante autoridad competente y se trate igualmente de meras pretensiones o expectativas, que no constituyen derechos según lo prescrito en el artículo 7 numeral 6 del Código Civil (2005).

2.2.2.3. Continuidad de la relación laboral

El principio de continuidad en los contratos laborales se traduce en el derecho del trabajador de conservar su empleo hasta que obtenga su jubilación, pierda su capacidad laboral o incurra en alguna de las faltas sancionadas por la ley para su terminación, es decir, que la disolución de la relación de trabajo depende de la voluntad del trabajador y, de forma excepcional, del empleador por causa justa (De la Cueva, 1972; Trujillo, 2008).

Además, el doble fundamento de este directriz se centra en los puntos siguientes:

- El contrato de trabajo por ser de tracto sucesivo no se agota con la realización instantánea de alguna actividad, sino que perdura en el tiempo o es de ejecución continua, lo que no quiere decir que su carácter sea vitalicio ni que el cargo se convierta en propiedad del trabajador, al igual que sucede en el ámbito público.

- Genera beneficios tanto para el trabajador como para el empleador y el propio Estado: respecto de los primeros permite tanto su autorrealización personal como una remuneración que permite satisfacer sus necesidades y las de su familia; en cuanto a los segundos, asegura un mayor experiencia, conocimientos y mayor vinculación afectiva con la empresa, y reduce los costos de aprendizaje y formación de nuevos trabajadores; y finalmente, el Estado cumple con su deber de garantizar el pleno desarrollo del derecho de trabajo. (Plá, 1978; Grisolia, 2011; Trujillo, 2008; Monesterolo, 2018).

De otro lado, el alcance de este principio tiene varias aristas, algunas de las cuales son:

- Preferencia por los contratos de duración indefinida;
- Amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato;
- Facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que haya incurrido;
- Resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato, por voluntad patronal;
- Interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones; y,
- Prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador. (Plá, 1978)

Por consiguiente, es apropiado inferir que “[e]l principio de continuidad laboral, de otra parte, expresa la tendencia actual del Derecho del trabajo de atribuirle siempre la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos” (Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Laboral, Juicio No. 43-2008, 2012).

Por otro lado, esta directriz se puede clasificar en estabilidad propiamente dicha o absoluta, cuando la violación del derecho a permanecer en el empleo ocasiona la ineficacia del despido y garantiza a la vez su reincorporación a la empresa, y en impropia o relativa en aquellos casos en que la normativa permite al empleador elegir entre un contrato a tiempo fijo y uno indefinido, empero, existe protección contra el despido aunque ella no asegura su reincorporación sino que, en su lugar, determina indemnizaciones o sanciones administrativas (Plá, 978; Trujillo, 2008).

Además, cabe resaltar que según Plá (1978), citando a otros autores, la estabilidad absoluta:

(...) se aplica naturalmente en el ámbito público, donde, como dice la Fuente, no se concibe otro grado de protección. El acto administrativo que en forma arbitraria dispone concluir la relación es un acto ilegítimo y, por tanto, nulo. (...) si no fuera así, se daría el absurdo de que

el Estado, indemnizando al cesante, podría sanear la “irregularidad de un acto viciado en lugar de revocarlo o anularlo” (...) Si se aceptare –agrega de la Fuente– que la indemnización funcione como convalidante del acto ilegítimo, se estaría encubriendo una inmoralidad, ya que fondos públicos aparecerían financiando la arbitrariedad de ciertos funcionarios, autorizándolos de antemano a emitir actos administrativos sin otro fundamento que su capricho personal (...) Según Fiorini, esta estabilidad absoluta sólo puede hacerse realmente en el funcionario público. (pp. 175-177)

Por el contrario de ello, es preciso añadir que en varios fallos la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia se dispuso, ante la imposibilidad material o legal del reintegro de un servidor público a su puesto, el pago de una indemnización cuyo monto debía ser calculado a discrecionalidad del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo. Tómese por ejemplo la sentencia emitida por esta Sala el 30 de agosto de 2004, dentro del Expediente de Casación No. 245, en la cual el Tribunal *a quo* ordenó la indemnización de veinte y cuatro remuneraciones, fundamentado en un informe pericial y en consideración a que la imposibilidad de reintegro se producía recién con la negativa expresamente señalada de dicha imposibilidad por parte la institución pública; razón por la que esta Sala sostuvo que:

(...) en cuyo caso procede que el Tribunal determine el pago de una indemnización, como así lo prescribe el tercer artículo innumerado del Decreto Supremo No. 611 de 21 de julio de 1975, publicado en el Registro Oficial No. 857 de 31 de julio de 1975 que sustituyó al artículo 63 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que dice: "Por imposibilidad legal o material para el cumplimiento de una sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo no podrá suspenderse ni dejar de ejecutarse el fallo a no ser, que se indemnice al perjudicado por el incumplimiento en la forma que determine el propio Tribunal". Por tanto, la indemnización establecida en esta disposición es, en primer lugar a favor del perjudicado, por incumplimiento de la sentencia y en segundo lugar, establecida por el propio Tribunal, a su libre criterio, a su discrecionalidad, como así le faculta expresamente la norma transcrita. (Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente de Casación No. 245, 2004)

En el mismo sentido, en la resolución de fecha de 17 de junio de 2004 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, dentro del Expediente de Casación No. 185, la cual tenía como antecedente la supresión del puesto al cual sería reintegrado el servidor público, se señaló que:

Petición que al parecer se refiere a lo preceptuado en el tercero de los artículos innumerados que sustituyeron al Art. 63 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que dispone: "Por imposibilidad legal o material para el cumplimiento de una sentencia dictada por el Tribunal Contencioso - Administrativo no podrá suspenderse ni dejar de ejecutarse el fallo, a no ser que se indemnice al perjudicado por el incumplimiento, en la forma que determine el propio Tribunal" (...) conviene advertir que la norma mencionada no dispone

de manera alguna que se ordene liquidación para establecer la indemnización por imposibilidad material o legal en dar cumplimiento a la sentencia, sino que, al contrario, establece la facultad discrecional: del Tribunal de instancia para que él establezca la indemnización: "En la forma que determine el propio tribunal". (Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente de Casación No. 185, 2004)

En síntesis, es imperativo que opere como regla el reintegro de un servidor público a su puesto o cargo cuando dicha desvinculación no ha estado conforme a derecho; no obstante, si una vez emitida la sentencia que así lo dispusiera y en el caso únicamente de imposibilidad material y/o legal manifiesta debidamente motivada por la institución pública, sería procedente el pago de una indemnización. Sin embargo, es de suma importancia la obtención de un informe pericial u otros medios probatorios similares, que permitan reducir el margen de discrecionalidad del juez para determinar el valor al que ascendería dicha indemnización.

De otro lado, Monesterolo (2018) agrega en relación a la marco jurídico laboral del Ecuador, que a partir de las reformas de 2015, la modalidad típica de contratación es estable aunque a su vez permite al trabajador demandar únicamente una indemnización más no su reincorporación en caso de despido, salvo en los casos de despido ineficaz establecidos en la ley y varias otras excepciones como las que manifiestan Grisolia (2011) y Trujillo (2008): el periodo de prueba (artículo 15 del Código del Trabajo, 2005) y los contratos precarios o extraordinarios (como las excepciones al contrato por duración indefinida establecidas en el artículo 14 del Código del Trabajo, 2005).

Queda por añadir que este principio ha sido consagrado, además, por distintos instrumentos jurídicos internacionales, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), artículo 23.1; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), artículo 7 literal d); así como también aquellos pertenecientes a la Organización Internacional de Trabajo como es el Convenio No. 158 (1982), artículo 4.

En suma, el principio de continuidad, aunque es concebido desde una perspectiva tutelar hacia el trabajador, no impide en la práctica que las demás partes involucradas en la relación laboral puedan verse beneficiadas de su aplicación, directa o indirectamente, como son el empleador y el Estado, respectivamente.

Por otro lado, esta directriz, al igual que varias de las anteriores, incorpora varios elementos jurídicos que deben ser tomados en consideración, razón por la que se decidió abordar a mayor detalle este principio en este apartado del presente trabajo en lugar de la sección

relativa a los principios del derecho administrativo, puesto que no existe un mayor desarrollo o comprensión de este principio laboral en el derecho público y es únicamente entendido desde un sentido estricto o limitado.

2.2.2.4. Principio de primacía de la realidad

Este principio laboral se enfoca en dar prevalencia a los hechos o la prestación efectiva o material de una actividad por sobre cualquier formalidad, como documentos, acuerdos o apariencias (Plá, 1978), de ahí que pueda ser denominado contrato-realidad (Grisolia, 2011). No obstante, ello no significa que las cláusulas contractuales no tengan valor alguno ya que inicialmente cuentan con una presunción a su favor sobre la manifestación de la voluntad de las partes (Plá, 1978).

En tal sentido, un ejemplo de la incorporación de este principio en nuestro ordenamiento jurídico es lo prescrito en el artículo 545 del Código del Trabajo (2005), el cual determina dentro de las atribuciones de los inspectores de trabajo la de cerciorarse del cumplimiento de las disposiciones legales en los sitios o centros de trabajo.

De otro lado, de la Cueva (1972) afirma que el efecto principal de la aplicación del principio de primacía de la realidad es producir consecuencias jurídicas al hecho mismo de la prestación laboral, por lo que le basta al trabajador probar la existencia del servicio prestado para trasladar al empleador la carga de la prueba, como por ejemplo en los casos establecidos en el inciso tercero del artículo 185 del Código Orgánico General de Procesos (2015)³⁴ y del artículo 354 del Código del Trabajo (2005)³⁵.

³⁴ Art. 185.- Juramento deferido (...)

En materia laboral, a falta de otra prueba se estará al juramento deferido de la o del trabajador para probar el tiempo de servicio y la remuneración percibida. En el caso de las o los adolescentes, además la existencia de la relación laboral.

³⁵ Art. 354.- Exención de responsabilidad.- El empleador quedará exento de toda responsabilidad por los accidentes del trabajo:

1. Cuando hubiere sido provocado intencionalmente por la víctima o se produjere exclusivamente por culpa grave de la misma;
2. Cuando se debiere a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por tal la que no guarda ninguna relación con el ejercicio de la profesión o trabajo de que se trate; y,
3. Respecto de los derechohabientes de la víctima que hayan provocado voluntariamente el accidente u ocasionándolo por su culpa grave, únicamente en lo que a esto se refiere y sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

La prueba de las excepciones señaladas en este artículo corresponde al empleador.

2.2.2.5. Principio de igualdad laboral

Originalmente, este principio se reflejaba en la frase “salario igual, para un trabajo de igual valor”. Además de esta primera idea sobre el principio de igualdad en el derecho del trabajo, es importante tomar en cuenta lo que manifiesta Grisolia (2011) al decir que lo que prohíbe la ley son discriminación arbitrarias o infundadas entre los miembros del personal, lo que no impide al empleador otorgar un trato desigual en aquellas situaciones de desigualdad.

En tal sentido, es preciso añadir que lo sostenido por la Corte Nacional de Justicia, lo cual permite asimismo inferir que no será adecuado limitar el alcance de este principio a la remuneración que perciba el trabajador:

“el derecho del trabajo, pues, responde históricamente al propósito de nivelar desigualdades. Como decía Couture, "el procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el de crear otras desigualdades" "(...)". En efecto, la idea central en que el Derecho del Trabajo se inspira no es la idea de la igualdad entre las personas, sino de la nivelación de las desigualdades reales que entre ellas existen. La igualdad deja de ser así el punto de partida del derecho” (Sala de lo Laboral, Juicio No. 43-2008, 2012).

Desde otro argumento, se puede agregar que el principio general de igualdad y no discriminación, reconocido en el artículo 11 numerales 2 y 6 de la Constitución ecuatoriana (2008), a pesar de tener un carácter general también desempeña un papel vital para el ejercicio y aplicación plena de derechos y principios laborales específicos.

De esta manera, esta directriz genérica amplía el contenido del principio de igualdad a todos los ámbitos de la relación laboral, no sólo en lo relativo a la remuneración, sino también por ejemplo al acceso a un trabajo, como en el caso de jóvenes que quieren obtener su primer empleo o de personas con discapacidad, o las mujeres respecto de los hombres en cuanto poder desarrollarse laboralmente en igualdad de condiciones pese a contar a su cargo con responsabilidades familiares (por ejemplo al establecer la obligación a los empleadores de otorgar beneficios sociales como el de guardería).

Además de los distintos instrumentos jurídicos internacionales que lo consagran, no se encuentran por demás mencionar en materia laboral, por ejemplo, la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1998 la misma que exhorta a los Estados miembros a lograr la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

2.3. Conclusiones

Para concluir, el estudio de toda institución o rama del derecho no puede prescindir en primer lugar de un análisis pormenorizado de los principios jurídicos que lo rigen; así, la relación laboral entre el servidor público y el Estado no es la excepción.

Los principios tanto del derecho administrativo aplicables a la función pública como los del derecho laboral son ineludiblemente el resultado de una construcción histórica. En el caso de los primeros, se pudo constatar a través del primer capítulo que muchos de los principios que rigen aun hoy a la función pública fueron desarrollándose a la par con una forma de Administración y Estado modernos. Más sin embargo, todos ellos fueron creados a consecuencia de la necesidad de una mejor o más eficiente prestación de servicios públicos, es decir, principalmente como garantía para los ciudadanos y como mecanismo legitimador del poder del Estado.

En tal sentido, hasta la actualidad, no se han sentado con claridad aún las bases axiológicas de la relación servidor público-Estado, tal y como se ha podido evidenciar en la normativa aplicable, pues no han sido consagrados principios que respondan propiamente a las condiciones o derechos laborales inherentes a los servidores públicos. Esto se debe a que aquellos que hoy están siendo aplicados y contemplados en el derecho positivo para el efecto, lo hacen sólo gracias a una interpretación extensiva de los mismos. Cabe desatacar que, no obstante, existe ya una distinción respecto de algunas de las relaciones en las cuales participa la Administración Pública, como por ejemplo la que desarrolla el Código Orgánico Administrativo (2017).

Además, la clasificación planteada que dividía entre principios de la prestación material de los servicios públicos y principios de la función pública, debe ser entendida de forma complementaria una con otra debido a que las únicas limitaciones legítimas que pueden ser establecidas en las relaciones laborales al interior de la Administración Pública son aquellas que se fundamentan en los caracteres y principios que rigen la prestación de los servicios públicos.

Por otro lado, de la siguiente división que fue propuesta que separaba las distintas clases de principios aplicables a la función pública en tutelares y no tutelares de los servidores públicos, salvo algunos que por su contenido específico podían ser incluidos en cualquiera de las dos categorías, se puede inferir que los primeros requieren de la aplicación de los

demás principios tutelares para una plena aplicación de cada uno de ellos, por lo cual, es acertado decir que son interdependientes entre sí. Asimismo, la adecuada aplicación de los mismos conlleva una garantía implícita del derecho a una buena administración al tiempo que se consolidan en pilares de un Estado Social de Derecho.

Es menester aclarar que se entiende por “adecuada aplicación” a que su contenido sea integralmente comprendido y aplicado, lo que incluye tanto desde el acceso a la función pública como el desempeño e incluso la desvinculación de servidores públicos, y no de manera somera como lo realiza la Corte Constitucional en el caso por ejemplo del principio de decisión motivada.

Como consecuencia de lo analizado, los principios del derecho laboral que responden a las exigencias sociales de la clase trabajadora que fueron en su inicio establecidas en la época de la cuestión social, pueden ser aplicados a la función pública siempre que sean también comprendidos de forma integral, en otros términos, tomando en cuenta sus condiciones, requisitos y elementos que los componen e independientemente de cómo se encuentren consagrados en el derecho positivo ya que, como se manifestó anteriormente, no es imperativo su integración en el derecho positivo.

Así, cabe agregar que su aplicación a más de tutelar los derechos laborales de los servidores públicos, también conlleva un beneficio para el Estado por cuanto permite la materialización de otros principios de la función pública y por ende la consecución del interés general.

Capítulo 3: Servidores públicos

3.1. Concepto

Para poder desarrollar un concepto adecuado o aplicable a las diferentes clases de servidores públicos que recoge el ordenamiento jurídico, se ha considerado preciso tomar aquellos elementos comunes de varias definiciones proporcionadas por distintos autores. En este sentido, *prima facie*, se entiende como servidor público a la persona natural o individuo asalariado que presta un servicio lícito de forma personal y subordinada en favor de una entidad estatal, de conformidad con su estatus jurídico específico, quien es incorporado mediante designación u otro procedimiento legal. (Jèze, 2007; Sayagués Laso, 1963; Lugo, 2013; Ledesma, 2011)

Ahora bien, resulta apropiado realizar ciertas anotaciones. En primer lugar, Aida Lugo (2013) acertadamente parte de la distinción en singular de “persona natural” o “individuo” pues, de otra manera, podría confundirse con el conjunto de ellos –lo que podría aludir más bien a función pública o servicio público, en términos generales–.

En segundo lugar, la entidad u organismo al cual laboralmente pertenece, es otro punto significativo de consideración; sirva de ejemplo lo que manifiesta Enrique Sayagués Laso (1963) respecto de los trabajadores de empresas concesionarias de servicios públicos, los cuales, a su criterio, no pueden entrar en la categoría de servidor público.

En tercer lugar, existe un punto que ha suscitado debate en la doctrina el cual radica en la necesidad o no distinguir el carácter permanente de un servidor público de uno transitorio, en el ámbito conceptual³⁶, situación que da lugar, en términos generales, como señala Sayagués Laso (1963), al problema de si todos deben recibir el mismo calificativo de “servidor público”, en el mismo sentido del punto precedente; no obstante, eso dependerá del tipo de definición utilizada, es decir, en sentido lato o estricto³⁷.

³⁶Gaston Jèze (2007), por ejemplo, señala que son servidores públicos los individuos que forman parte de los cuadros permanentes de la administración pública, mientras que Sayagués Laso (1963) afirma que lo esencial es que ejerzan funciones públicas, más no la naturaleza de ellas; sean tanto administrativas como legislativas o jurisdicciones, de carrera como de carácter ocasional.

³⁷ Así, por ejemplo, Miguel López Olvera (2013) asevera que “en sentido lato, la burocracia está integrada por el universo de empleados del sector público; pero en sentido estricto excluye al personal militar, al obrero y a la intendencia” (p. 60).

Por otra parte, la normativa jurídica internacional y la de carácter nacional plantean definiciones paralelas a la que fue antes propuesta en base a la doctrina. Con respecto a los instrumentos jurídicos internacionales se encuentran la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003), la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996) y el Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública –Convenio No. 151 de la OIT (1978). En relación al marco jurídico nacional, la Constitución de la República del Ecuador (2008) y la Ley Orgánica del Servicio Público (2010) establecen, de igual manera, lo que se puede entender como servidor público.

Empezando con la normativa de mayor alcance jurídico-territorial, se puede aseverar que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) reconoce varios tipos de modalidades jurídicas que otorgan la calidad de servidor público a una persona. Para sustento de ello, es necesario citar lo prescrito en su artículo 2 literal a) que determina que:

a) Por “funcionario público” se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte.

Adicionalmente, la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996) en su artículo 1 incorpora una definición de servidor público en sentido amplio, al establecer en su parte pertinente como:

"Funcionario público", "Oficial Gubernamental" o "Servidor público", cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Así también, aunque desde un enfoque conceptual más amplio aún, el artículo 1 el numeral 1 del Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública (1978) define como servidor público “a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo”; cabe puntualizar, sin embargo, que este Convenio no ha sido ratificado por Ecuador.

Desde una perspectiva nacional, de otro lado, el artículo 229 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) reconoce la calidad de servidor público a las personas que bajo cualquier forma o título “trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”; definición que es también citada por la Ley Orgánica del Servicio Público (2010), artículo 4.

Pese a que esta definición no dista de la determinada en instrumentos jurídicos internacionales, puede traer cierta ambigüedad en razón de las dificultades que acarrearía su falta de especificidad o delimitación, la cual sí debería ser incorporada en todo cuerpo normativo integrante del ordenamiento interno de un Estado ya que, en otros términos, “el concepto que se admita puede hacer variar el alcance de dichas normas” (Sayagués Laso, 1963, 256). Así, es claro que no es un tema meramente denominativo, sino del régimen jurídico aplicable.

No obstante, y a consecuencia de la definición legal acogida por nuestros cuerpos normativos, la denominación genérica para referirse a todo individuo que preste sus servicios personales en una entidad pública y, que para ello, se encuentre investido de imperio, será la de “servidor público”.

En esta misma línea, aunque la ley distingue las características especiales de cierto tipo de servidores públicos –como Fuerzas Armadas, Policía Nacional, personal de la carrera judicial, Función Legislativa, Magisterio, Servicio Exterior (LOSEP, 2010, art. 3), entre otros –, no deja de utilizar para referirse a ellos la misma categoría de servidor público, tanto es así que, en varios de ellos, la LOSEP rige subsidiariamente en lo que fuere aplicable (2010, art. 3).

En suma, un adecuado concepto de servidor público es aquel que respeta las singularidades de cada uno –estatus jurídico-, mas no las incorpora a detalle como un elemento indispensable para su construcción.

De donde se infiere que existe una aparente discusión doctrinaria en torno a varios puntos de divergencia para una armonización universal de este concepto, en razón de que dependerá de los elementos sobre los cuales se desee trabajar, tales como la temporalidad o la funcionalidad, los mismos que, a nuestro juicio, son resueltos con la conclusión antes expuesta.

Aun así, en el caso de que existiera discordancia respecto de la amplitud de este concepto, y desde una mirada positivista, tanto instrumentos jurídicos internacionales como nacionales lo establecen así, por lo que no cobra sentido continuar con el debate en el presente trabajo.

3.2. Clases de servidores públicos por los tipos de actos de vinculación con el sector público

Los conceptos de acto de vinculación y de modalidad de vinculación están estrechamente relacionados, sin embargo, no son equivalentes. Por el primero, se entiende al acto concreto que vincula a la persona con la entidad estatal y que le dota con la calidad de servidor público; por el segundo, se hace alusión a la naturaleza jurídica del estatuto de cada servidor, es decir, aquél conformado por el “conjunto orgánico de normas legales que regulan los derechos, deberes y obligaciones de los funcionarios públicos” (Sayagués Laso, 1963, 271).

Las clases de actos de vinculación comprenden principalmente el nombramiento, la elección y la contratación (Sayagués Laso, 1963; Jèze, 2007), cuyas diferencias serán expuestas más adelante, en la sección relativa a cada uno de los tipos de servidores públicos.

De otra parte, las modalidades que determinan la naturaleza del vínculo jurídico del servidor público-Estado, se basan en distintas teorías o criterios que intentan explicar el contexto jurídico de las condiciones laborales dentro de la Administración, en el marco del derecho público.

Principalmente, se han dividido en modalidad estatutaria y modalidad contractual, aunque también existen otros criterios de clasificación según la naturaleza jurídica de la entidad estatal –criterio orgánico– y de acuerdo al tipo de funciones que el servidor público desempeña –criterio funcional–, según Clara Dueñas (2009); o de acuerdo al tiempo de permanencia del servidor público, sea permanente o temporal, como plantea Francisco Sospedra (2009).

El criterio predominante en el derecho moderno, según algunos juristas, es la modalidad estatutaria o legal, la misma que se manifiesta a través de un acto administrativo de nombramiento que coloca al servidor público dentro de una situación general determinada previamente por la ley y reglamento; razón por la que el Estado puede modificar dichas relaciones laborales dentro de la Administración siempre que el marco normativo se

modifique previamente, de manera que las partes no son quienes podrán discutir y convenir las condiciones de trabajo. (Vidal Perdomo, 1997; Sayagués Laso, 1963; Dueñas, 2009)

De otro lado, los autores que sostienen la segunda teoría señalan que el vínculo entre el servidor y el Estado es contractual, pero al mismo tiempo de derecho público, lo que explica que la Administración pueda modificar unilateralmente dicha relación (Sayagués Laso, 1963). Apoyando esta tesis, Carlos Ledesma (2011), al realizar un estudio sobre la conformación de la teoría contractualista, demuestra que ante la expansión del Estado en razón de las nuevas demandas sociales:

(...) la doctrina laboral cuestionó los fundamentos de la concepción estatutaria tradicional señalando la necesidad de distinguir entre el rol institucional del Estado consistente en realizar el interés público (función pública) y la forma de organización del empleo público.

La doctrina laboral reconoce que ciertos elementos del régimen estatutario -concurso público, carrera pública, estabilidad laboral- contribuyen al funcionamiento adecuado del aparato estatal para conseguir los fines públicos, sin embargo el cumplimiento de estos fines no justifica que la prestación de trabajo en el aparato estatal se encuentre excluida del régimen laboral.

(...) En América Latina el tránsito de la concepción estatutaria del empleo público hacia una concepción contractualista del mismo se ha dado de forma diferente y en proporciones diversas en cada país latinoamericano, primero como una situación de hecho y, posteriormente, como una tendencia que comenzó a institucionalizarse jurídicamente. (pp. 27, 29)

De ahí que Gordillo (2013) señale que todos quienes gozan de la calidad de servidor público lo hacen en virtud de un contrato, pese a que en la práctica se utilice la expresión de “personal contratado” para referirse a convenios de plazo temporal, todo lo cual se debe a que según este autor, la relación jurídica nace siempre y cuando concurra además la voluntad del servidor público.

Se debe agregar que de acuerdo con Rafael Bielsa (1964), en el vínculo contractual:

No niega ni desnaturaliza ese carácter el hecho de que el Estado establezca unilateralmente el régimen del empleo y el cargo público que el agente presta (...) Lo esencial es que la función y empleo siempre presuponen el *consentimiento* del funcionario o empleado. Que el empleado y la función generan derechos y obligaciones para ambas partes: el Estado y el agente. (p. 394)

Pese a que pudiera parecer un punto de discrepancia meramente de enfoque, nótese por ejemplo el análisis de derecho comparado sobre América Latina que desarrolla Ledesma

(2011), el cual arroja una conclusión distinta, ya que la postura con la cual se aborde repercutirá también en el derecho positivo de cada país.

Ahora bien, como habrá podido observarse, aunque una y otra teoría tengan elementos comunes, sí existe una clara distinción entre ambas, todo lo cual es necesario ser analizado.

En cuanto a sus semejanzas, la potestad unilateral del Estado de modificación de las condiciones laborales no es cuestionable, dado que ello responde al carácter jurídico de derecho público de todo servicio público, como se señaló en el primer capítulo, sin con esto perder de vista el principio de legalidad al que también debe sujetarse la Administración, en este caso, como empleadora.

Respecto de sus diferencias, en la tesis estatutaria el Estado determina los derechos y obligaciones a los que estarán sujetos sus servidores públicos a través de la ley, preestableciendo una situación general para todos ellos.

En contraste con esto, para la tesis contractualista, la concurrencia de la voluntad tanto del Estado como del servidor público es elemental, así también, ya no sólo se habla de los derechos y obligaciones del servidor público sino además de los del Estado como empleador en su rol de organización de la función pública; así, en un Estado social y gracias a la progresiva “asalarización” al interior de él, se torna “extremadamente difícil mantener a los trabajadores del Estado al margen de las conquistas laborales de los trabajadores de las empresas privadas (...) resultando con ello la tendencia al prevalecimiento de condiciones negociadas en detrimento de la lógica unilateral propia de la concepción estatutaria” (Ledesma, 2011, 26).

Por todo esto, se concluye que no se puede obtener una clasificación precisa de los servidores públicos en razón de los criterios o las teorías sobre sus modos su vinculación, ya que cada una busca abarcar a la universalidad de servidores y no establecer diferencias o tipos distintos de ellos; en cuyo caso, en lo que sí aporta al presente trabajo, es respecto de una mejor comprensión del posible marco jurídico-laboral de la relación entre el Estado y el servidor público.

Por el contrario, los tipos de actos de vinculación –nombramiento y contratación– sí permiten diferenciar, *prima facie*, las distintas clases de servidores públicos que conforman la Administración Pública, puesto que en base a ello la normativa otorga derechos y

obligaciones propias a cada uno. Por tales motivos, los servidores públicos se pueden dividir en: servidores públicos con nombramiento y servidores públicos con contrato.

Cabe añadir que los actos concretos de vinculación podrían entenderse como aquellos actos de la Administración que materializan la modalidad del sistema de ingreso específica, que es adoptada por un ordenamiento al incorporar sus características propias o elementos más relevantes.

3.2.1. Servidores públicos con nombramiento

El nombramiento consiste en el acto administrativo –acto unilateral desde un criterio formal, entiéndase autoridad competente, mediante el cual se dispone el ingreso de una persona a la función pública y que está sujeto a las condiciones que debe cumplir el candidato (como ciertos requisitos de preparación académica o profesional), o bajo la discrecionalidad de la autoridad nominadora el cual requiere de la aceptación expresa –mediante el acto de notificación– o tácita y de su posesión en el cargo para su perfeccionamiento. (Jèze, 2007; Sayagués Laso, 1963; Dueñas, 2009)

En razón de la definición antes propuesta, es necesario citar lo prescrito en el art. 98 del Código Orgánico Administrativo (2017) en cuanto a lo que se debe entender por acto administrativo, esto es, como una “declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo”.

De esta definición, resaltan varios elementos que requieren algunas acotaciones: acto unilateral, acto administrativo y posesión del cargo.

En cuanto al primero, es importante señalar que formalmente puede señalarse que el nombramiento es emitido por el titular/es del órgano, pero materialmente no hay que perder de vista que la autoridad nominadora goza de imperio y que, como tal, representa el interés público; en otros términos, este “acto unilateral” integra o materializa, de un lado, el interés público, y de otro, el derecho a una buena Administración Pública.

Con relación al segundo, cabe indicar que para que el acto administrativo sea válido deberá cumplir los requisitos prescritos en los artículos 99 y 100 del Código Orgánico Administrativo (2017).

Finalmente, respecto del tercer elemento, relativo a la posesión del servidor público en su cargo, se concluye que éste podría ser equivalente a una aceptación expresa y material. En este sentido, de conformidad con el artículo 16³⁸ de la Ley Orgánica del Servicio Público (2010), por un lado, nuestro marco normativo otorgaría mayor prevalencia a este tipo de manifestación de voluntad que aquella que pudiera realizarse de forma expresa; de otro lado, al establecer efectos jurídicos negativos a su falta de posesión durante el periodo de quince días, se puede deducir que considera necesaria la manifestación de su voluntad, pese a que ésta no deba ser obligatoriamente expresa.

Habría que decir también que este tercer elemento reviste especial importancia con el derecho a la libertad de trabajo, reconocido en el art. 66.17 de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

Añadiendo al concepto de nombramiento anterior, es relevante señalar que los sistemas de nombramientos varían conforme las funciones del servidor público, su grado de independencia, entre otros criterios (Jèze, 2007), por lo mismo, es factible observar las diferentes clases de nombramientos que incorpora nuestro ordenamiento jurídico.

De otro lado, el artículo 16 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público (2011), independientemente de la clase, define al nombramiento en términos generales como “el acto unilateral del poder público expedido por autoridad competente o autoridad nominadora mediante la expedición de un decreto, acuerdo, resolución, acta o acción de personal, que otorga capacidad para el ejercicio de un puesto en el servicio público”. Como podrá notarse, esta disposición jurídica sólo recoge dos elementos del concepto desarrollado por la doctrina: que sea emitido por la autoridad competente y que otorga la calidad de servidor público.

Adicionalmente, el artículo 17 literal a) de este mismo cuerpo normativo establece que esta clase de nombramientos serán otorgados una vez que el individuo haya aprobado el periodo de prueba.

³⁸ Art. 16.- Nombramiento y posesión.- Para desempeñar un puesto público se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora. El término para posesionarse del cargo público será de quince días, contados a partir de la notificación y en caso de no hacerlo, caducarán.

En concordancia con lo expuesto, la Ley Orgánica del Servicio Público (2010), artículo 17, ha dividido en cuatro los tipos de nombramiento que pueden existir en el sector público: permanente (concerniente a los servidores públicos de carrera), provisionales (los casos específicos que se encuentran determinados en esta Ley), libre nombramiento y remoción, y de periodo fijo.

Esta clasificación también se encuentra determinada en la Constitución de 2008, especialmente en los artículos 113 numeral 6 y 228, salvo respecto de los servidores públicos incorporados a través de un nombramiento provisional, sobre quienes no hace alusión alguna y cuyas disposiciones pertinentes son desarrolladas en la Ley Orgánica del Servicio Público (2010) y su Reglamento General (2011).

3.2.1.1. Servidores públicos con nombramiento permanente

A fin de evitar caer en reiteración, se sugiere revisar las secciones pertinentes de los capítulos anteriores que desarrollan a mayor detalle muchas de las características que definen la naturaleza de los servidores públicos de carrera. No obstante de ello, se procederá a exponer someramente algunos de los principales elementos determinados en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que no han sido aún expuestos.

De conformidad con lo prescrito en los artículos 228 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), artículo 17 literal a), el artículo 87 de la Ley Orgánica del Servicio Público (2010) y artículo 17 de su Reglamento General (2011), esta clase de servidores son aquellos que forman parte del servicio público en virtud de haber sido declarados ganadores del respectivo concurso de méritos y oposición, como parte de un sistema de selección legalmente establecido, y que, como consecuencia, se posesionan en su cargo dentro del tiempo legal determinado para el efecto, aprobaren el periodo de prueba, y cuyos derechos y obligaciones se encuentran determinados en la ley y reglamento.

De esta manera, los servidores públicos con nombramiento permanente pueden representar de forma más visible lo que se entiende por modalidad estatutaria ya que tanto su ingreso (proceso de selección, concurso, posesión, periodo de prueba), como sus derechos y obligaciones, su ascenso y demás, se encuentran sujetos a la ley y reglamento, según lo prescrito en la normativa antes citada.

Adicionalmente, la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que esta clase de empleos públicos ofrecen mayor seguridad y estabilidad al servidor público, al tiempo que limitan la discrecionalidad del Estado para vincularlos y retirarlos de su cargo debido a que su permanencia está supeditada únicamente a la idoneidad del servidor público, cumplimiento eficiente y eficaz de sus funciones, régimen disciplinario legalmente establecido, y demás condiciones establecidas en la Constitución y el estatuto especial que los regula. (C-540/98, 1998)

Es así que esta clase de nombramientos cumple una doble función de garantía; a la vez que otorga estabilidad y seguridad al servidor público, se constituye en un elemento trascendente en un Estado social pues reduce su margen de discrecionalidad, como lo señala esta Corte, al estar sujeto al ordenamiento jurídico para el efecto.

En esta misma línea, se ha podido demostrar que países de la Unión Europea comparten la idea de que un gobierno es eficiente siempre que cuente con un cuadro administrativo permanente para implementar las políticas públicas puesto que se requiere mantener el conocimiento y experiencia de dichos servidores públicos (Petkevicius y Matesevicius citado por Rivas, Trujillo, Lámbarry, Chávez & Chávez, 2013).

En razón de lo expuesto, se infiere que el nombramiento permanente es una de las garantías jurídicas que desde la sociología jurídica interesarían, ya que contribuye materialmente a que sea tangible el derecho de estabilidad laboral y, por tal motivo, se hable de eficacia de las normas jurídicas. No así, el ejercicio pleno de este derecho, lógicamente, depende de otros factores adicionales, como el marco normativo en el cual se encuadre; póngase por caso el artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813 (2011), el cual permitió incorporar un nuevo artículo al Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público (2011) relativo a la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización, medida aplicable para los servidores públicos de carrera y que reduce al contrario este derecho de permanencia.

Por otra parte, es importante resaltar que para garantizar la puesta en marcha de las políticas públicas se considere determinante el rol de esta clase de servidores, lo que evidencia que, al igual que la dirección o el diseño de las mismas es importante también su ejecución, tanto así que esto sea considerado un elemento esencial para un gobierno eficiente.

3.2.1.2. Servidores públicos con nombramiento provisional

Los servidores públicos provisionales o interinos son aquellos que desempeñan de forma temporal sus funciones, bajo alguno de los supuestos establecidos artículo 17 literal b) de la LOSEP (2010) y artículo 17 literal b) de su Reglamento General (2011), quienes además no se someten a un proceso de concurso de méritos y oposición ni periodo de prueba. Cabe agregar que esta de clase nombramientos podrá ser otorgada en favor de servidores públicos de carrera que prestan sus servicios dentro de la misma institución pública o en favor de individuos que no tengan la calidad de servidores públicos. (LOSEP, 2010, arts. 17 literal b) y 83 literal h); RGLOSEP, 2011, arts. 5 y 17 literal b))

Adicionalmente, se puede tomar en cuenta, algunas de las características propias de este régimen jurídico (Palomar Olmeda, 2016):

- La selección de este personal debe realizarse mediante procedimientos ágiles que respeten principios tales como los de igualdad, mérito, capacidad y publicidad;
- el cese se produce por las causas generales y cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento; y,
- en todo cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el marco normativo general de los servidores de carrera será aplicable.

De lo expuesto, se debe subrayar que a pesar de que la vinculación de este personal se deba a necesidades temporales de la Administración, eso no le permite actuar discrecional ni mucho menos arbitrariamente ya que se encuentra sujeta también a principios tales como capacidad e igualdad, y a las disposiciones jurídicas que expresamente regulen la separación de este tipo de servidores públicos o, en caso de no haberlas, aquellas relativas a los servidores de carrera.

3.2.1.3. Servidores públicos de libre nombramiento y remoción

El nombramiento conferido a los servidores de libre nombramiento y remoción posee un margen de discrecionalidad, debido a que la autoridad nominadora goza de mayor libertad para su designación por tratarse de cargos que, por su naturaleza, son de dirección o de confianza.

En esta misma línea, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador ha definido a esta clase de servidores públicos en varias de sus sentencias, cuyo texto es transcrito a continuación:

(...) su fundamento se halla en considerar la naturaleza misma de las tareas que desempeñaba el funcionario, en razón de la cual la autoridad nominadora pueda disponer libremente del cargo, nombrando, confirmando o removiendo a su titular, por fuera de las normas propias del sistema de carrera administrativa, que es la regla general en la administración pública. La naturaleza de estos cargos se caracteriza porque en ellos se ejercen funciones tales como de dirección, manejo, representación legal y política, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente de Casación No. 283-2010, 2010; Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente de Casación No. 400-2010, 2010)

En tal sentido, el literal c) artículo 17 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público (2011) prescribe que este tipo de nombramientos serán conferidos en favor de personas que estarán a cargo de “puestos de dirección política, estratégica o administrativa”; por tal motivo, estos funcionarios de nivel jerárquicamente superior serán aquellos cuyas funciones “involucran la toma de decisiones de carácter técnico y administrativo (...) responsables así de políticas públicas, estatales, gubernamentales e institucionales” (SENRES N° 2004-000081, 2004, artículo 1).

Sumando a lo anterior, la Corte Constitucional colombiana sostuvo en un fallo, citado además por nuestro máximo órgano de control constitucional (Sentencia No. 152-12-SEP-CC, 2012), que estos cargos públicos en los que es fundamental el elemento *intuitio personae*, deben ser creados de forma específica y de acuerdo con las funciones del organismo público al cual se vincularán, para:

(...) cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades (...) confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones. (C-514/94, 1994)

En este sentido, esta Corte ha establecido también ciertas características de especial importancia para una adecuada comprensión y aplicación del estatuto de este tipo de funcionarios:

- Los servidores públicos de libre nombramiento y remoción constituyen una excepción al principio general de carrera administrativa, la cual es connatural a principios como el de eficiencia, eficacia y estabilidad administrativa, y acorde con la justicia misma de la función pública, incompatible con la improvisación e inestabilidad (C-195/94, 1994); y,

- el empleador está facultado para decidir con algún margen discrecionalidad en lo referente a su vinculación, permanencia y retiro, resolución que deberá estar supeditada a razones de buen servicio o de confianza, motivo por el cual que no podrá incurrir en arbitrariedad por desviación de poder (T-422/92, 1992; C-540/98, 1998).

Por otra parte, los jueces constitucionales de nuestro país han propuesto otro elemento a tomar en consideración y éste es que:

(...) la doctrina concuerda que por regla general todos los actos administrativos deben ser motivados, en consideración a la garantía básica del debido proceso; **sin embargo, aquellos por medio de los cuales se remueve a una persona de su cargo, tiene sus excepciones, como en el caso de aquellos que ejercen cargos de libre nombramiento y remoción, puesto que su permanencia en el mismo depende de la autoridad nominadora, y por tanto, bajo estas consideraciones, la falta de motivación del acto administrativo no vulnera derechos constitucionales**, cosa que no ocurre con la destitución de funcionarios de carrera, que deben fundamentarse en el cometimiento de faltas disciplinarias, porque el mérito es la garantía básica para su ingreso, permanencia y promoción. (Corte Constitucional del Ecuador, 152-12-SEP-CC, 2012) (lo resaltado me pertenece)

Es discutida la opinión de estos magistrados en cuanto la falta de motivación pues todo acto administrativo requiere necesariamente de motivación, de lo contrario, ¿cómo se podría evidenciar que el mismo no cae en un acto arbitrario, como lo ha señalado la Corte Constitucional colombiana? Más aún, la motivación constituye un requisito de validez del acto administrativo y una garantía del debido proceso, de conformidad con los arts. 99.5 del Código Orgánico Administrativo (2017) y 78.7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (2008), respectivamente.

En cualquier caso, dada la naturaleza de estos servidores, una pregunta que puede surgir es ¿cómo determinar qué cargos deben ser desempeñados por un servidor público de libre nombramiento y remoción? Para responder a esta interrogante, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido los siguientes parámetros:

- Esta clase de empleos públicos serán aquellos que establezcan la Constitución y la ley;
- su fundamento legal, claro está, no podrá contradecir la esencia de la carrera administrativa, esto es, “regular con criterio político una función que corresponde a la esencia del sistema de carrera”;

- es necesario que exista un principio de razón suficiente que justifique al legislador determinar excepciones a la regla de carrera administrativa; y,
- estos servidores serán idóneos en razón de la función que desempeñarán, que podrá exigir una confianza plena y total, o implicar una decisión política. (C-195/94, 1994).

A esto se debe añadir que, según la normativa nacional, estos funcionarios se encuentran excluidos de la carrera administrativa en razón de que no ingresan a la función pública por medio de un proceso de concurso de méritos y oposición (CRE, 2008, art. 228; LOSEP, 2010, arts. 81 y 83 literal h); RGLOSEP, 2011, art. 5), ni tampoco están sujetos a periodo de prueba (RGLOSEP, 2011, art. 5). Adicionalmente, la Ley Orgánica del Servicio Público (2010), artículo 81, expresamente prohíbe que, con el fin de remover a titulares que pertenezcan al sistema de carrera, sean calificados dichos puestos como servidores de libre nombramiento y remoción.

3.2.1.4. Servidores públicos de período fijo

Los servidores públicos de periodo fijo son aquellos que pueden ejercer sus funciones por mandato legal (funcionarios) o por elección popular (dignatarios), de conformidad con la Disposición General Décima Octava de la LOSEP (2010). Al igual que la clasificación precedente, se hallan excluidos de la carrera administrativa y no se encuentran sujetos a periodo de prueba (CRE, 2008, art. 228; LOSEP, 2010, art. 83 literales c) y d); RGLOSEP, 2011, art. 5).

En el caso de los dignatarios, éstos se distinguen por la fuerza socio-política que los respalda, pues su designación efectuada a través de una resolución de adjudicación, de acuerdo con el artículo 166 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador (2009), requiere la expresión de voluntad de un grupo de personas –denominado cuerpo electoral–, característica que los diferencia de los otros tipos de servidores públicos (Jèze, 2007; Sayagués Laso, 1963).

Así también, una característica que los distingue de los otros tipos es que el “político es responsable políticamente; mientras que el otro, de la calidad de los servicios administrativos, por eso debe poner en marcha la ejecución de una decisión política aunque no esté de acuerdo” (Beetham, 1979, 120).

Por tales motivos, es pertinente lo que manifiesta Weber (1999) al decir que “si los ministros y presidentes no requieren calificación profesional demuestra que son funcionarios formales y no materiales” (p. 177).

Se puede observar que en el caso de los servidores público de periodo fijo por mandato legal, éstos se regirán por criterios jurídicos no distantes de los establecidos para los servidores de carrera así como también respecto de los de libre nombramiento y remoción, en los ámbitos que le fueren aplicables, como en lo relativo a la ausencia de discrecionalidad de la autoridad nominadora y el lugar que ocupan en la escala jerárquica superior que hace que no gocen de ciertos derechos preestablecidos en la ley. Por otro lado, el estatuto jurídico de los dignatarios de elección popular debe ser analizado de la mano de otras ciencias, tales como la política y sociología.

3.2.2. Servidores públicos con contrato

Esta siguiente modalidad de vinculación se divide en servidores públicos con contrato ocasional, servidores públicos con contrato civil de servicios profesionales y obreros con contrato laboral.

3.2.2.1. Servidores públicos con contrato ocasional

Por servidores con contrato ocasional debe entenderse a aquellos que prestan servicios personales de carácter temporal bajo relación de dependencia en la Administración Pública, y que, de conformidad con la normativa aplicable, la autoridad nominadora del organismo público será quien suscriba dichos contratos a fin de satisfacer necesidades institucionales previo el informe de la Unidad de la Administración de Talento Humano (UATH) y partida presupuestaria respectiva (LOSEP, 2010, art. 58; RGLOSEP, 2011, art. 143).

Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador ha definido a esta clase de contrato como:

(...) un contrato bilateral que regula la relación laboral entre una persona natural y una entidad pública (Estado) a través del cual, la persona accede a la administración para prestar sus servicios lícitos y personales en calidad de servidor público. Este contrato solemne se encuentra reglado de manera expresa en la legislación ecuatoriana y tiene por objeto la prestación de servicios materiales e intelectuales -vinculados con finalidades específicas a cumplir por parte de la institución (mejoras, proyectos, etc.)-, los cuales serán brindados por el servidor a la administración pública durante un lapso fijo de tiempo. (296-15-SEP-CC, 2015)

Otro punto importante que debe ser citado de este mismo pronunciamiento de la Corte, es la naturaleza precaria con que describe a este contrato en razón de que mientras esté vigente no genera estabilidad ni permite el ingreso del servidor público al sistema de carrera.

Cabe añadir a continuación algunas condiciones generales establecidas en el ordenamiento jurídico en torno a esta clase de servidores, con las excepciones del caso prescritas en sus disposiciones pertinentes:

- Porcentaje máximo de servidores permitidos por entidad contratante: no deberá sobrepasar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la institución contratante, salvo autorización previa del Ministerio del Trabajo (LOSEP, 2010, art. 58; RGLOSEP, 2011, art.144);
- tiempo de duración: no puede exceder de doce meses o hasta que culmine el ejercicio fiscal en curso (LOSEP, 2010, art. 58; RGLOSEP, 2011, art. 143); y,
- renovación: sólo se permite la renovación de estos contratos por una sola ocasión hasta por doce meses adicionales (LOSEP, 2010, art. 58; RGLOSEP, 2011, art. 143).

De otro lado, el Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público (2011) determina expresamente el contenido de esta clase de contratos (art. 145), haciendo especial hincapié en las causales de terminación (art. 146), de entre las cuales destaca la terminación unilateral de la Administración Pública, la cual puede darse en cualquier momento (art. 145).

Se considera adecuado agregar que esta modalidad laboral no forma parte del sistema de carrera administrativa ni tampoco posee estabilidad laboral (LOSEP, 2010, art. 58; RGLOSEP, 2011, arts. 5 y 143). La ley expresamente prescribe además que la celebración de este tipo de contratos no reconoce derecho adquirido alguno al servidor público a un nombramiento permanente (LOSEP, 2010, art. 58).

Además, el inciso cuarto del artículo 143 del Reglamento General (2011) determina que “[c]uando las instituciones del Estado hayan contratado personal hasta el lapso de tiempo que permite el artículo 58 de la LOSEP, en el que se incluye la renovación, de persistir la necesidad de cumplimiento de actividades permanentes, la UATH planificará la creación del puesto el cual será ocupado agotando el concurso de méritos y oposición”.

En el mismo sentido de estos dos últimos párrafos, la Corte Constitucional de nuestro país, mediante la Sentencia No. 048-17-SEP-CC del año 2017, ha sostenido que la suscripción o renovación sucesiva de contratos ocasionales, cuyo objeto deber ser cubrir una necesidad

emergente, evidencia la necesidad estable del trabajo realizado, lo que obliga a la entidad contratante a convocar a un concurso de méritos y oposición.

Asimismo, esta Corte ha sido enfática en señalar que no es procedente el ingreso al servicio público en calidad servidor público permanente mediante una sentencia y con esto gozar de estabilidad laboral, independientemente de las veces que se haya celebrado el contrato, ya que ello constituiría vulneración a la seguridad jurídica al no ser acatado el requisito inexorable de que la persona sea previamente declarado ganador de un concurso de méritos y oposición. (211-16-SEP-CC, 2016; 116-16-SEP-CC, 2016; 053-16-SEP-CC, 2016)

En virtud de lo expuesto, el principio de primacía de la realidad puede ser esencial, especialmente en aquellos casos enmarcados en el inciso cuarto del artículo 143 del RGLOSEP (2011), puesto que evidenciaría que el estatus jurídico material de ese servidor público es distinto del formal.

Por tal motivo, en aplicación de este principio y el de estabilidad, además de que el Reglamento General (2011) establezca adecuadamente que se realice un concurso de méritos y oposición en caso de persistir la necesidad de realizar las actividades que se estén prestando a través de esta modalidad –disposición que se consolida como una garantía general–, es necesario adoptar garantías específicas en favor de estos servidores en razón de que pudieran desempeñar, de facto, funciones propias de un servidor público de carrera, situación para la que la doctrina ha utilizado la denominación “funcionarios de hecho”³⁹.

De esta manera, un tema que resultaría interesante investigar y estudiar a detalle es cuántos concursos de méritos y oposición han sido celebrados al originarse esta clase de contratación reiterada, lo que permitiría conocer si la normativa actual es suficiente para salvaguardar los derechos de esta clase de servidores, principalmente el de estabilidad, o si como se plantea, es necesario consagrar expresamente otra clase de garantías en concreto.

Cabe destacar incluso que ha llamado la atención que en varias de las resoluciones de la Corte Constitucional del Ecuador, ante el mismo contexto planteado en este inciso del art. 143 del Reglamento General (2011), no se haya ordenado la realización de los concursos de méritos y oposición, salvo en casos en los que el servidor se encontraba inmerso en alguna

³⁹ Gaston Jèze (2007) ha definido a este servidor público como un individuo que se halla investido irregularmente de una función pública y que ejerce durante cierto tiempo los atributos de esta función y realiza actos capaces de producir consecuencias jurídicas.

de las excepciones legales establecidas, como en el caso de mujeres embarazadas (048-17-SEP-CC, 2017), en los demás casos estos magistrados reiteraran solamente que el otorgamiento de un nombramiento permanente a través de una sentencia, viola la seguridad jurídica y es contrario a la Constitución, y que el ingreso al sistema de carrera está supeditado al concurso de méritos y oposición⁴⁰, como ya se mencionó anteriormente.

3.2.2.2. Servidores públicos con contrato civil de servicios profesionales

Los contratos civiles de servicios profesionales o contratos técnicos especializados regulados por la Ley Orgánica del Servicio Público (2010) y su Reglamento General (2011), son aquellos que suscribe la Administración con personas naturales para el desarrollo de actividades que no pueden ser ejecutadas por el personal de la propia institución contratante, por el insuficiente número de servidores públicos o por la necesidad de especialización para los trabajos o funciones específicas a desempeñar. Además, el artículo 148 del Reglamento General (2011) dispone que esta modalidad no genera relación de dependencia y que las personas contratadas no deberán estar inmersas en alguna de las inhabilidades, prohibiciones e impedimentos establecidos para la generalidad de servidores públicos.

De la lectura de los tres causales legales que facultaría a la Administración a contratar bajo esta modalidad, se desprenden algunas observaciones.

En primer lugar, por la redacción de la norma jurídica⁴¹, se entendería que es una “o”, esto es, que estos criterios pueden concurrir conjuntamente o pueden hacerlo de forma independiente para que se configure este presupuesto de hecho.

En segundo lugar, se debe que tomar en cuenta que cada uno de estos criterios legales puede resultar ambiguo pues basta con plantear en cada caso si se excluye necesariamente la posibilidad de contratar bajo otra modalidad, situación que, *prima facie*, no parecería.

⁴⁰ Obsérvese las sentencias Nos. 116-16-SEP-CC de 2016, 211-16-SEP-CC de 2016, 053-16-SEP-CC de 2016, entre otras.

⁴¹ Art. 148.- De los contratos civiles de servicios.- La autoridad nominadora podrá suscribir contratos civiles de servicios profesionales o contratos técnicos especializados sin relación de dependencia, **siempre y cuando la UATH justifique que la labor a ser desarrollada no puede ser ejecutada por personal de su propia entidad u organización, fuere insuficiente el mismo o se requiera especialización en trabajos específicos a ser desarrollados**, que existan recursos económicos disponibles en una partida para tales efectos, que no implique aumento en la masa salarial aprobada, y que cumpla con los perfiles establecidos para los puestos institucionales y genéricos correspondientes. Estos contratos se suscribirán para puestos comprendidos en todos los grupos ocupacionales y se pagarán mediante honorarios mensualizados. (RGLOSEP, 2011, art. 148 inciso primero) (lo resaltado me pertenece)

Tómese como ejemplo el criterio de insuficiencia en el número, en el cual se puede señalar que si son funciones de carácter permanente, se podría vincular también a través de nombramiento permanente; si son de temporales, podría ser igualmente a través de nombramiento provisional o servicios ocasionales, según corresponda en el caso concreto.

Es por esta razón que la Corte Constitucional de Colombia ha propuesto varios criterios para reconocer un vínculo jurídico bajo relación de dependencia con el Estado, por oposición a uno de carácter civil:

(...) independientemente del nombre que las partes asignen o denominen al contrato, lo realmente relevante es el contenido de la relación de trabajo, y en consecuencia existirá una relación laboral cuando: i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado. (C-614/09, 2009)

En concordancia con ello, los jueces constitucionales de Colombia han determinado tres características necesarias para poder hablar de un contrato civil de servicios profesionales en la Administración Pública:

- Las actividades que desempeñe el servidor público no sean propias o permanentes de la entidad pública;
- este trabajo no puede ser realizado por el personal de planta; y,
- se requiere de conocimientos especializados. (C-171/12, 2012)

Cabe tomar en consideración también los elementos que configuran una relación laboral de acuerdo con el artículo 8 del Código del Trabajo (2005)⁴².

Es preciso indicar que la determinación clara de los criterios jurídicos que dan lugar a esta clase de contratación es fundamental, de lo contrario, la celebración incorrecta de los mismos puede desnaturalizar esta figura de vinculación y ocultar verdaderas relaciones laborales, como ya lo han aseverado los jueces de la Corte Constitucional de Colombia, quienes además sostienen que:

(...) el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no

42 Art. 8.- Contrato individual.- Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre.

hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. (C-614/09, 2009)

Por lo antes expuesto, el principio de primacía de la realidad perteneciente al derecho laboral privado, es de suma importancia considerando que deberá prevalecer la prestación real y material del servidor público para efectos de determinar la verdadera naturaleza de esta clase de contratos y su marco normativo aplicable, opinión compartida por la Corte Constitucional de Colombia a través de varios fallos como el No. C-614/09 del año 2009 y el No. C-171/12 de 2012.

Por otro lado, la inexistencia de una relación de dependencia ocasiona que los principios del derecho laboral no sean concordantes con el estatus jurídico de esta clase de servidores, salvo que la Administración estuviere, de facto, desnaturalizando esta figura.

3.2.2.3. Servidores públicos en calidad de obreros

Previo a estudiar los aportes doctrinarios y la normativa aplicable al respecto, es ineludible partir de ciertos antecedentes generales referentes a las Enmiendas a la Constitución de la República del Ecuador del año 2015.

Este proyecto de reforma constitucional fue aprobado por el órgano legislativo a través de una votación por bloque de la totalidad de la propuesta el 03 de diciembre de 2015. No obstante, fueron en su mayoría derogadas el 01 de agosto de 2018 por la Corte Constitucional, a través de la Sentencia No. 018-18-SIN-CC, al ser declaradas inconstitucionales por su forma; entre las que fueron declaradas inconstitucionales, se encuentra aquella relativa a los obreros del sector público.

La Enmienda Novena contemplaba que el Código del Trabajo dejara de regular el estatus jurídico de los obreros del sector público para que, aquellos que fueran a vincularse a la Administración posterior a la publicación de dicha Enmienda en el Registro Oficial, estuvieran sujetos a la normativa que amparara al resto de la función pública. Además, suprimía expresamente la contratación colectiva en el sector público.

Sin perjuicio de que la Enmienda conllevara efectos positivos o negativos puesto que la realidad jurídica actual sería distinta de acuerdo con su declaratoria de inconstitucionalidad, es importante señalar sin embargo que según Ledesma (2011):

En la mayoría de países latinoamericanos se ha eliminado la distinción entre obreros y empleados del sector público con lo cual se ha eliminado a su vez la diferenciación normativa entre ambas categorías lo que llevaba a aplicar el Código del Trabajo a los obreros y el Estatuto del Servicio Civil a los empleados. Entre los países que mantienen esta distinción en el ámbito del sector público están Bolivia, Ecuador y Venezuela. Dicha distinción está regulada expresamente en sus respectivas Constituciones y Estatutos del Servicio Civil donde se dispone que los obreros estarán dentro del ámbito de aplicación del Código del Trabajo. (p. 33)

En tal sentido, igualar la situación laboral en favor de los servidores del sector público y eliminar desigualdades de trato es importante, una de las razones por las que se ha optado en el presente trabajo por utilizar la denominación “servidores públicos” para toda clase de ellos; no obstante, lo determinante es saber a qué condiciones laborales se desea igualar, desde un enfoque progresivo de derechos y, como ya lo manifestó Ledesma (2011), respondiendo a conquistas laborales, o si por el contrario, se restringe a todos los servidores públicos a un margen jurídico disonante con las demandas actuales de los trabajadores en general.

Situación por la cual, es importante resaltar que los obreros sujetos a la Ley Orgánica del Servicio Público (2010) están bajo la modalidad de servidores públicos con contratos de servicios ocasionales pues no se expidió una regulación específica para ellos en esta Ley, figura que, como podrá visualizarse más adelante, no goza de varios derechos como el de organización ni estabilidad. Cabe manifestar que únicamente se ha expedido para el efecto el Acuerdo Ministerial No. 098 por parte del Ministerio del Trabajo (2016), el cual regula en su parte pertinente la vinculación mediante contratos de servicios ocasionales de aquellos “cuyos puestos por la naturaleza de las actividades se encontraban bajo el Código del Trabajo, antes de la expedición de las Enmiendas en los artículos 8 y 9 a la Constitución de la República” (art. 3).

Ahora bien, teniendo en cuenta estos antecedentes, es importante remitirse a lo establecido en el artículo 18 literal c) de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009) que, en razón de la naturaleza de sus funciones, describe a los obreros como aquellos que sean “definidos como tales por la autoridad competente, aplicando parámetros objetivos y de clasificación técnica, que incluirá dentro de este personal a los cargos de trabajadoras y trabajadores que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública”. Como puede notarse, esta definición dista de la

tradicionalmente recogida en los ordenamientos jurídicos en los cuales se utiliza como elemento diferenciador la prevalencia del elemento material o físico por sobre el intelectual.

Así, por ejemplo el artículo 5 del Código del Trabajo (2005) prescribe que serán considerados obreros del sector público, los trabajadores que estén a cargo de las construcciones y el mantenimiento de obras públicas nacionales o locales, así como también de la realización de todo trabajo material relacionado con la prestación de servicios públicos, independientemente de que se le haya conferido un nombramiento o la forma o periodo de pago.

Asimismo, este cuerpo normativo añade que también serán los obreros quienes laboren en la Empresa de Ferrocarriles del Estado, en los cuerpos de bomberos y en industrias estatales que puedan ser explotadas por particulares.

En concordancia con la naturaleza jurídica de esta clase de servidores públicos, en segundo lugar, la Ley Orgánica de Empresa Públicas (2009) establece que la modalidad de vinculación será el contrato individual de trabajo, suscrito al amparo del Código del Trabajo (2005) y a lo estipulado en los respectivos contratos colectivos (LOEP, 2009, art. 19 numeral 3), sin perjuicio de la aplicación supletoria del Código del Trabajo (2005) prevista en su artículo 33. No obstante de ello, habría que añadir que este mismo cuerpo normativo establece además varias condiciones mínimas para la relación laboral en su ámbito de aplicación, como por ejemplo cuestiones relativas a su remuneración e indemnización por supresión de puestos (artículo 30), prohibiciones especiales (artículo 31) y solución de controversias (artículo 32).

Así, esta modalidad contractual que está basada en un régimen jurídico que determina condiciones mínimas para la relación de trabajo, a su vez permite que el Estado y el servidor puedan pactar ciertas condiciones laborales e incluso celebrar contratos colectivos, a fin de situarse en un mismo nivel de competitividad con las empresas del sector privado dedicadas a actividades similares. (Dueñas, 2009)

En síntesis, los obreros en el sector público se dividen en aquellos sujetos a la LOSEP (2010) bajo la modalidad de servidores públicos con contratos ocasionales y obreros bajo el Código del Trabajo (2005). Respecto de estos últimos, es evidente que se encuentran bajo una modalidad contractualista que, sin embargo, incorpora ciertas condiciones laborales establecidas en la ley y que responden a salvaguardar el interés público, como por ejemplo

las limitaciones en el derecho de huelga en el caso de algunos servicios públicos indispensables.

3.3. Derechos y obligaciones comunes y específicos de las diferentes clases de servidores públicos

Tanto la doctrina como la normativa han desarrollado algunos derechos y deberes comunes a todos los servidores públicos, sin perjuicio del estatuto jurídico que los ampare.

El jurista uruguayo, Enrique Sayagués Laso (1963), ha establecido tres derechos principales: derecho al cargo, retribución y ascenso. En cuanto al primero, este autor manifiesta que es un derecho sujeto o delimitado por las disposiciones jurídicas que componen el marco normativo vigente y, en consecuencia, el servidor no puede exigir un derecho subjetivo de permanencia más sí a desempeñar su puesto mientras éste subsista y que no se vea impedido u obstaculizado para ello; derecho que es recogido en el literal a) del artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público (2010), con las excepciones del caso por ella prescritas y desarrolladas más adelante.

En relación al segundo, nuestra normativa lo recoge como aquel derecho a una remuneración justa y proporcional a la función, eficiencia, profesionalización y responsabilidad (LOSEP, 2010, arts. 23 literal b y 104).

En tercer lugar, el ascenso se encuentra estrechamente vinculado o inherente al sistema de carrera pues se consolida en una expectativa legalmente reconocida al servidor público, de igual manera, exceptuando a ciertos tipos de servidores públicos.

Por otro lado, otro derecho que ha sido desarrollado es la profesionalización, tal y como se podrá recordar del capítulo primero, prerrogativa que incorpora la potencialización integral y formación continua del servidor (LOSEP, 2010, art. 23, literales ñ y q).

Además, la ley reconoce varias prestaciones sociales en favor de sus servidores públicos, como el servicio de guardería para sus hijos hasta los cuatro años de edad (LOSEP, 2010, art. 23, literales l y p); y demás beneficios o prestaciones legales determinadas en el artículo 23 de la LOSEP y secciones pertinentes de su Reglamento General (2011).

Algunos de los más importantes deberes del servidor público señalados por el mismo jurista latinoamericano antes citado, son: continuidad en la prestación del servicio público, obligaciones funcionales, lealtad institucional y secreto funcional.

En torno al primero, cabe retomar aquellos principios y caracteres que regulan la prestación de los servicios públicos, pues no sólo la continuidad constituye un pilar dentro del ámbito relativo a los deberes del servidor público, sino que toda su actividad funcional debe enmarcarse en todas aquellas directrices jurídicas anteriormente estudiadas en el capítulo anterior.

Por otro lado, cabe agregar que la prestación puede verse interrumpida por causas diversas; si ha sido autorizada por la Administración, es licencia, comisiones de servicio y permisos –reguladas en el Título III Capítulo II de la LOSEP (2010) –; si es utilizada como medida sancionatoria, es suspensión –LOSEP (2010), art. 43 literal d)–; si responde a la voluntad unilateral del servidor público, es abandono injustificado del trabajo –como lo establece la LOSEP (2010) en su artículo 24 literal a) –; si la ausencia es colectiva, es huelga –Título innumerado después del art. 49 de la LOSEP (2010)–. (Sayagués Laso, 1963)

A propósito de esta última y en concordancia con la obligación de continuidad, nace una limitación a un derecho inherente a todo trabajador: el derecho de huelga; de conformidad con la Constitución de la República del Ecuador (2008, art. 326, numeral 15)⁴³ y la Ley Orgánica del Servicio Público (2010, art. 24, literal h y segundo artículo innumerado del Capítulo III del Título innumerado después del art. 49)⁴⁴ se prohíbe la paralización de cierto tipo de servicios públicos. Además, la Ley Orgánica de Servicio Público (2010) regula esta institución jurídica en lo referente al órgano o sujeto legitimado, causales, procedimiento, lugar, y terminación.

⁴³ Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

15. Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios.

⁴⁴ Art. (...).- Prohibición de paralización de los servicios públicos.- De conformidad con el numeral 15 del artículo 326 de la Constitución de la República, se prohíbe la paralización, a cualquier título, de los servicios públicos de salud, saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. Esta prohibición de paralización incluye los servicios administrativos.

Así, toda huelga desarrollada fuera de dicho marco legal o bajo cualquiera de las circunstancias prohibidas por la ley para el efecto, son consideradas como huelgas ilegales, las mismas que tendrán como consecuencias el no pago de remuneraciones durante los días que fueren llevadas a cabo, sin perjuicio del sumario administrativo al que diere lugar por suspensión del trabajo. (LOSEP, 2010, art. innumerado séptimo del Capítulo III del Título innumerado después del art. 49)

En segundo lugar, con respecto a las obligaciones funcionales, el servidor debe desempeñar sus funciones acorde a lo prescrito en la Constitución, ley y reglamento (Sayagués Laso, 1963), es decir sujetos al principio de legalidad. La ley determina además que dichas funciones deberán prestarse bajo los principios que rigen a la Administración Pública, como calidez y eficiencia (LOSEP, 2010, art. 22, literales b y f).

En relación al tercer deber, se puede afirmar que éste implica, en general, una actuación leal respecto de los fines perseguidos por el Estado, esto es, el interés general, y en específico, por los fines y objetivos de la institución pública contratante; deber que es también recogido en el literal h) del artículo 22 de la Ley Orgánica del Servicio Público (2010).

Con respecto al secreto funcional, la información privilegiada o el “saber oficial” al cual tienen alcance los servidores públicos, conlleva al mismo tiempo el deber de una prudente reserva o de un “saber secreto”; obligación propia de toda clase de servidor público, independientemente de que el derecho positivo o contrato alguno así lo determinen, ya que “constituye un medio para asegurar a la Administración Pública *contra todo control*” (Weber, 2008, 145-146; Sayagués Laso, 1963).

Finalmente, no hay que perder de vista el resto de deberes que se encuentran establecidos en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Servicio Público (2010) y las disposiciones aplicables del Reglamento General (2011).

Sin perjuicio de lo antedicho, la regulación jurídica de algunas clases de servidores públicos otorgan o suprimen, por la naturaleza de cada uno, ciertos derechos y obligaciones; obsérvese los casos de los servidores de libre nombramiento y remoción, de periodo fijo por mandato de la ley, dignatarios de elección popular, de contratos ocasionales, y de contratos civiles de servicios profesionales, cuya normativa excluye varios derechos como los que a continuación se detallan:

- Comisiones de servicio con y sin remuneración: solamente para servidores públicos de carrera (LOSEP, 2010, arts. 30 y 31; RGLOSEP, 2011, arts. 45);
- derecho de organización y demás derechos de libertad de organización inherentes: se excluye expresamente a los miembros en servicio activo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; así como a las autoridades de elección popular, autoridades nominadoras de las instituciones del Estado, servidoras y servidores públicos que ejerzan funciones con nombramiento a período fijo por mandato legal, servidoras y servidores públicos de libre nombramiento y remoción, miembros de cuerpos colegiados y servidoras y servidores bajo contrato de servicios ocasionales (LOSEP, 2010, primer artículo innumerado después del 49);
- derecho a la estabilidad laboral: no gozan de ella los servidores públicos de nivel jerárquico superior determinados en el artículo 83 de la LOSEP (2010), así como tampoco los de servicios ocasionales ni servidores públicos provisionales, de conformidad con el artículo 58 de la LOSEP (2010) y artículos 5 y 143 de su Reglamento General (2011);
- derecho preferente: en caso de supresión de su actual puesto, un servidor público de carrera puede ser trasladado a puestos vacantes de naturaleza similar (LOSEP, 2010, art. 89 literal b);
- licencia para actuar en reemplazo temporal u ocasional de una dignataria o dignatario electo por votación popular y licencia para participar como candidata o candidato de elección popular: prerrogativas únicamente para servidores de carrera (RGLOSEP, 2011, arts. 43 y 44); y,
- permiso para estudios regulares: se determina expresamente para servidores de carrera (RGLOSEP, 2011, art. 59).

La regla general es el sistema de carrera, por lo tanto, los servidores que la conformen gozarán de ciertos derechos que lógicamente no los tendrán quienes se encuentren fuera de ella, es decir bajo un “régimen excepcional” –denominación que ya ha sido utilizada por la ley respecto de los libre nombramiento y remoción (LOSEP, 2010, art. 81)–. En tal sentido, resulta coherente la exclusión de algunos de los derechos que fueron antes mentados ya que, así, se configura además el principio de igualdad y no discriminación, sobre la base de contextos o situaciones fácticas distintas en cada caso.

Sin embargo, precisamente este régimen excepcional que excluye varios derechos debe ser, aunque pudiera sonar reiterativo, “excepcional” y, en cuanto tal, debidamente justificado y previsto legalmente, así como lo manifiesta la Corte Constitucional de Colombia (C-552/96, 1996); de existir un actuación contrario a ello, sería claramente “arbitraria y violatoria no sólo del principio general de la carrera administrativa, sino también de otros principios y derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento superior” (Corte Constitucional de Colombia, C-1177/01, 2001).

De otro lado, el derecho a la estabilidad laboral, como podrá evidenciarse, es variable según la modalidad de vinculación. Así, los servidores con nombramiento permanente gozan de estabilidad absoluta, mientras que los demás poseen estabilidad relativa o intermedia, pese a que el derecho positivo pudiera así no establecerlo expresamente, situación que obliga a una debida motivación por parte de la Administración en todo acto de desvinculación, sea cual sea el estatus jurídico del servidor.

Por ejemplo, en el caso de servidores que ocupan cargos de carrera provisionalmente y que por ende están excluido del sistema de carrera, la Corte Constitucional de Colombia en varias de sus resoluciones, entre ellas la Sentencia No. T-1316 (2005), ha sostenido que poseen este tipo de estabilidad relativa y que si el acto de desvinculación carece de motivación específica y, por el contrario, sólo posee justificaciones abstractas, indefinidas y generales, sería inválido.

Como podrá notarse, si los servidores públicos antes señalados no gozan de varios derechos pese a estar vinculados laboralmente con la Administración, los servidores bajo contrato civil tampoco lo harán respecto de los mismos, de tal manera que deberán sujetarse únicamente a lo estipulado en sus respectivos contratos y lo que la ley y reglamento dispusieran específicamente para el efecto, pues en su caso no se considera adecuado realizar una analogía o aplicación supletoria de lo dispuesto para el resto de servidores en caso de falta de regulación jurídica.

Respecto de los obreros públicos, se puede señalar que tendrán todos los derechos y obligaciones prescritas en el Código del Trabajo (2005) para la generalidad de trabajadores, más aquellos y con las limitaciones legales que fueran inherentes a sus actividades específicas en el sector público.

Ahora bien, en relación a los deberes que les competen específicamente a unos y a otros en razón de su acto de vinculación, es adecuado manifestar que no serán otros que los que se desprenden de la propia naturaleza de su puesto y funciones, motivo por el cual tanto la LOSEP (2010) como su Reglamento General (2011) no hacen de igual manera alusión concreta.

3.4. Conclusiones

A manera de conclusión, es importante tomar en cuenta que el concepto de servidor público que se encuentra incorporado en el ordenamiento jurídico y acogido mayoritariamente por la doctrina, demuestra que cada una de las clases de servidores públicos que fueron analizadas gozan de esta calidad, ya que efectivamente todos estos servidores públicos cumplen, entre otros requisitos, con el de prestar sus servicios personales en el sector público.

Este fue el motivo por el cual, de un lado, se ha optado por utilizar la denominación “servidor público” de forma genérica a diferencia de varias disposiciones jurídicas que emplean frases como “servidor público y obreros del sector público”⁴⁵, de otro lado, eso permite partir en primera instancia de un escenario o contexto jurídico común a todos ellos sin menoscabo de sus particularidades.

Por otro lado, la discusión doctrinaria en torno a las principales teorías de vinculación denota que, si la misma es estudiada a detalle, existe de fondo un problema de enfoque, tal y como el objeto principal del presente trabajo; una de ellas se centra en colocar al servidor público en una situación general y legalmente prevista en el ordenamiento a fin de salvaguardar el interés público, razón por la que el Estado conserva la potestad de modificar unilateralmente las condiciones labores previa norma expresa; mientras que la otra, sin perder de vista este mismo fin y potestad, es desarrollada desde un marco jurídico más amplio en el cual intervendrán dos sujetos: Estado como empleador y servidor público.

De esta manera, aunque pudiera señalarse que el acto de nombramiento y el contrato conllevan esencialmente una modalidad estatutaria y contractualista respectivamente, si se parte de la tesis planteada en el párrafo precedente, podrá concluirse que no necesariamente. Y, ya que justamente estas dos modalidades de vinculación se desarrollan desde una

⁴⁵ Se puede revisar los arts. 299 y 231 del RGLOSEP (2011) y los arts. 17, 19 y 23 de la LOEP (2009), entre otras disposiciones jurídicas.

perspectiva más amplia, se optó por clasificar a los servidores públicos desde un criterio más concreto, esto es los actos de vinculación, a efectos también de facilitar su estudio.

Se pudo observar igualmente que la regla del sistema de carrera en el cuadro administrativo se ve materializada a través de los nombramientos permanentes, como actos administrativos que otorgan todos los derechos propios de este sistema de personal, el cual es resultado del proceso de desarrollo y evolución del Estado moderno, como fue estudiado en el primer capítulo, pero que conforman apenas un elemento jurídico que a su vez está supeditado a lo dispuesto en el resto del ordenamiento jurídico que los regula.

Del estudio de los diferentes servidores públicos, se puede sostener que todos los actos de la Administración que modifiquen sus estatus jurídicos deben ser debidamente motivados, especialmente, aunque no de forma excluyente, los actos de desvinculación, ya que es una garantía del ordenamiento superior y límite del margen de discrecionalidad estatal.

De otra parte, las circunstancias que originan la vinculación de uno u otro tipo de servidor público deben ser claramente establecidas en el derecho positivo y no dar lugar a posibles ambigüedades que causen la desnaturalización de la relación jurídica de las distintas clases de servidores públicos, como por ejemplo se pudo notar con los servidores con contratos civiles de servicios profesionales.

Finalmente, en razón de que pudo observarse cómo algunos principios del derecho laboral pueden ser aplicables en el sector público y que además, si incluso es posible conjugar dos modalidades laborales dentro de la Administración, como es el caso de los obreros, la aplicabilidad del resto de directrices que fueron estudiadas en el capítulo precedente es factible, pues las mismas no restringirían los derechos de las distintas clases de servidores públicos, sino que, por el contrario, los complementan o permiten su mejor interpretación.

Asimismo, al igual que en el caso de los obreros, claro está, habrá que tomar en cuenta las limitaciones jurídicas existentes que tienen como objetivo proteger el fin primordial del Estado como es el interés general, eje central del servicio público.

Conclusiones

El origen de la función pública pudo ser analizado desde dos hipótesis: primera, la función pública nace con un modelo estatal específico y; segunda, la función pública nace constitutivamente con el Estado.

Sobre la primera, se pudo concluir que la burocracia tal y como la conocemos hoy en día, se consolida en el Estado moderno, es decir, a través de características tales como la profesionalización, enfoque institucional, formalización; no obstante, ésta fue resultado de un proceso histórico durante el cual adoptó tres estados o dimensiones –nula, pasiva y activa–, las mismas que coinciden con los distintos modelos de Estado que se desarrollaron a través de los años. Adicionalmente, como producto de este desarrollo histórico, los intereses de los gobernantes que regían a la función pública fueron desplazados por el interés general.

En relación a la segunda, se demostró que el servicio público constituye un elemento estructural más del Estado pues al tiempo que vincula al resto de ellos, como la población y el territorio, legitima la existencia del Estado mismo, finalidad que sólo puede verse materializada a través de un cuadro administrativo idóneo.

Del estudio de los distintos conceptos que son planteados por la doctrina en torno al servicio público, se pudo determinar que todos ellos deben partir de una noción común: interés general o bien común, el mismo que debe encontrarse alineado con la consecución del fin “justicia” y de los intereses individuales concurrentes.

Con respecto al desarrollo de los principios del derecho administrativo laboral, en primer lugar se evidenció que el estudio de todo ámbito del derecho parte necesariamente con el de sus principios jurídicos. En segundo lugar y desde una perspectiva general, se dedujo que tanto los principios del derecho administrativo que son aplicables a la función pública, como los de derecho laboral, son el producto de construcciones históricas; los primeros, responden a la necesidad de un cuadro burocrático o Administración moderna; y los segundos, a las demandas de la clase trabajadora.

Adicionalmente, como resultado del estudio de aquellos principios que fueron catalogados como tutelares del servidor público, se concluyó que pueden ser clasificados en base a tal criterio en razón de una interpretación extensiva de los mismos puesto que en el derecho

positivo aún no han sido incorporadas directrices jurídicas que respondan verdaderamente a las condiciones o necesidades laborales de los servidores públicos, pese a que pudieran haber avances incipientes al respecto.

Se demostró además que efectivamente los principios del derecho laboral pueden ser aplicados a la función pública siempre que sean interpretados adecuadamente, es decir, tomando en cuenta cada uno de sus elementos y condiciones, ya que al igual que permiten adoptar un enfoque tutelar en favor del servidor público así también complementan la aplicación de los principios de la función pública hoy consagrados en nuestro ordenamiento y, en consecuencia, coadyuvan a la consecución del interés general.

De otro lado, se dedujo que las dos teorías que fueron utilizadas sobre las modalidades de vinculación de los servidores públicos —entendidos éstos últimos de conformidad con el concepto general o amplio que es acogido mayoritariamente por la doctrina y por el derecho positivo—, se distinguen una de otra principalmente por el enfoque sobre el cual se desarrollan, sin perjuicio del fin común que comparten, éste es salvaguardar el interés general.

Del estudio de las clases de servidores públicos se infirió principalmente dos puntos. Primero, todo acto de la Administración que altere el estatus jurídico de cualquiera de ellos, debe ser debidamente motivado, pues constituye una garantía del ordenamiento superior y límite a la discrecionalidad estatal. Segundo, las circunstancias legales que permiten la vinculación de uno u otro servidor público deben ser lo suficientemente claras como para evitar cualquier tipo de ambigüedades o lagunas jurídicas que pudieran causar *a posteriori* la desnaturalización de los distintos tipos de servidores públicos.

Para concluir, los principios del derecho laboral pueden ser aplicados a las distintas modalidades de servidores públicos, lógicamente, siempre que fueren materialmente relaciones laborales y no meramente civiles, ya que estas directrices no implican menoscabo alguno de sus derechos sino que, al contrario, actúan de forma complementaria y permiten una mejor interpretación del ordenamiento jurídico. No obstante, no hay que perder de vista el carácter de derecho público de todo servicio público, a fin de evitar una mala conjugación de estos dos ámbitos —público y privado—.

Recomendaciones

Se considera fundamental tomar en cuenta el desarrollo histórico de la función pública a fin de no retroceder en el estadio actual de la misma; por tal motivo, el ordenamiento jurídico de cada Estado debe incorporar “candados jurídicos” que impidan suprimir o reemplazar elementos propios de este cuadro burocrático por aquellos que son característicos en una Administración premoderna, como lealtad personal, escasa profesionalidad, clientelismo partidista, entre otros.

Un estudio pormenorizado de los servicios públicos que presta cada Estado, en concordancia con las exigencias sociales actuales, podría permitir adoptar mecanismos jurídicos que contribuyan a la eficiencia y especialización de los mismos. Así, modelos jurídicos como el argentino y mexicano que incorporan marcos regulatorios, basados en criterios distintos como materialidad y territorialidad respectivamente, pueden ser de gran ayuda para este fin.

Además, un primer paso para adoptar una modalidad o tesis contractualista de vinculación en el sector público, podría ser a través de una real aplicabilidad de los principios del derecho laboral de forma conjunta con aquellos que rigen ya a la función pública, por oposición a una simple aplicación judicial esporádica.

Se considera conveniente que, al igual que la ley establece adecuadamente el régimen jurídico aplicable para todos los servidores públicos junto con el que rige a los servidores pertenecientes al sistema de carrera, también exista una clara y mayor regulación legal del estatus jurídico del resto de servidores públicos en la cual expresamente se encuentren previstos sus derechos y obligaciones; de esta manera, todo reglamento, decreto o acuerdo ministerial que sea promulgado deberá estar conforme al contenido de la Constitución y la ley.

Por otro lado, sería adecuado que los distintos cuerpos normativos específicos que regulan la relación entre los servidores públicos y el Estado dediquen o establezcan de forma expresa una sección específica para aquellos principios de carácter tutelar que regirán las condiciones laborales en el sector público, a fin de contribuir, como un primer paso, en el reconocimiento de la naturaleza particular de esta relación jurídica. En este mismo sentido, se propone incorporar en tales secciones normativas los principios del derecho laboral, ya sea de forma expresa o mediante una disposición jurídica que establezca que deberán ser aplicados los

principios del derecho laboral además de aquellos que se encuentren expresamente previstos en el cuerpo normativo.

De lo antes desarrollado, es de suma importancia afirmar que las directrices jurídicas del derecho laboral son principios mínimos fundamentales, independientemente de su ámbito de aplicación, sea privado o público, lo cual se fundamenta en dos aristas.

Primera, la prevalencia de estos principios queda por demás sustentada, por un lado, en el valor mismo del trabajo gracias a su doble dimensión, en tanto derecho como deber, de acuerdo con los arts. 3.1. y 33 de la Constitución de la República del Ecuador (2008); y por otro, en el ejercicio pleno y garantía efectiva del derecho fundamental al trabajo en un Estado Constitucional de Derechos. Segunda, de la aplicación de estos principios como garantías de aquellos derechos con los cuales se encuentran estrechamente vinculados se infiere que, por tanto, éstos serán de directa e inmediata aplicación, de acuerdo con el art. 11.3 de la Constitución ecuatoriana (2008).

En este sentido, es vital precisar el fundamento de la aplicación de cada uno de ellos en la función pública. El principio de igualdad de oportunidades para los trabajadores prohíbe de forma clara cualquier “distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación” (OIT, C111, 1958); principio que a su vez se relaciona con el de una remuneración mínima vital, necesario para una existencia digna como parte del ejercicio de otros derechos como los sociales (salud, alimentación, vivienda y demás).

Por otra parte, el principio y derecho a la estabilidad en el empleo va de la mano con el principio de seguridad, el cual conlleva el libre desarrollo de la personalidad y, adicionalmente, el de carrera administrativa; de ahí que sea un elemento consustancial o diferenciador de dicho sistema.

El principio de irrenunciabilidad de beneficios, que implica una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes, por otro lado, se traduce en la dignificación del trabajo –en aplicación del principio de progresividad de derechos recogido en varios instrumentos jurídicos internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos (1969, art. 26), así como en nacionales, Constitución de la República del Ecuador (2008, art. 11.8)–, e igualmente vinculado con el principio de indisponibilidad de derechos.

Así también, el principio protectorio o de favorabilidad, en su otra acepción, puede complementar o enriquecer el contenido, hoy acogido en nuestro ordenamiento jurídico, relativo a este principio en la función pública, ya que este último tiene un alcance limitado o restringido de acuerdo con la disposición jurídica que lo contempla.

El principio de primacía de la realidad, asimismo, busca otorgar mayor prevalencia en la relación jurídica entre el trabajador y el empleador a la realidad material por sobre la formal, en otros términos, en concordancia con los derechos y obligaciones efectivos adquiridos en ella; de tal modo que el criterio clásico que divide a los tipos de servidores públicos por el tipo de acto de vinculación, incorporado en la Ley Orgánica del Servicio Público (2010), se vería superado por un criterio que responda en primer lugar a la naturaleza de las funciones que desempeña cada servidor público.

De todo esto se desprende que, los derechos laborales se orientan no sólo por los principios propios de esta rama sino que tienen un sustento jurídico anterior: los derechos fundamentales, los que a su vez parten de principios tales como el de progresividad y no regresividad, mismos que se encuentran amparados en el art. 26 en la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) y que incluye las nociones de derechos adquiridos y de intangibilidad, pese a que esta directriz pudiera ser más evidente en relación con ciertos principios laborales en concreto, como en el caso del de irrenunciabilidad de derechos, como se evidenció antes.

Para terminar, al igual que la noción de servicio público gira en torno a la de interés general, para con los administrados y como elemento sobre el cual se regulan las relaciones jurídicas de carácter laboral al interior de la Administración, el derecho social o mixto y, con él, el derecho laboral, también tienen como finalidad la consecución del interés general pero éste dirigido como garantía respecto de todos los trabajadores en general, sin distinción o flexibilidad de alguna clase, lo que a su vez tiene incidencia en las familias, entendidas al mismo tiempo como el núcleo de una sociedad. Por esta razón, el eje para un estudio en común de ambos ámbitos del derecho es: el interés general.

Bibliografía

a. Libros

- Alonso García, M. (1960). *Derecho del trabajo*. Barcelona, España: José Ma. Bosch.
- Arroyo Yáñez, L. (1994). *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*. Recuperado de https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=G5c7782pH9wC&oi=fnd&pg=PA31&dq=principio+de+igualdad+en+el+acceso+a+la+carrera+administrativa&ots=aLgYMRK1_p&sig=xdfi5E8fUgB2IguhUgbsi7VZbdU#v=onepage&q=principio%20de%20igualdad%20en%20el%20acceso%20a%20la%20carrera%20administrativa&f=false
- Ávila Santamaría, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito, Ecuador: Abya Yala.
- Beetham, D. (1979). *Max Weber y la teoría política moderna*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Benz, A. (2010). *El Estado moderno. Fundamentos de su análisis politológico*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bielsa, R. (1964). *Derecho administrativo*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Bonnard, R. (1943). *Précis de droit administratif*. Recuperado de <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k64726083>
- Botassi, C. (2011). Los principios del derecho laboral y el contrato de empleo público. En J. Bastons (direc.). *Estado de Derecho y derechos fundamentales* (pp. 319-335). Buenos Aires, Argentina: Rap.
- Cassagne, J. (2002). *Derecho administrativo*. 7ª. edición. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Cassagne, J. (2016). *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)*. Recuperado de <https://ebookcentral.proquest.com>
- Cruz Villalón, J. (2015). *Compendio de derecho del trabajo*. Madrid, España: Tecnos.

- De la Cueva, M. (1972). *El nuevo derecho mexicano de trabajo*. México, México: Editorial Porrúa.
- Defensoría del Pueblo Ecuador (2012). *El debido proceso en actos normativos y administrativos*. Recuperado de <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/2148/1/AD-DPE-003-2012.pdf>
- Díez, M. (1963). *Derecho administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Bibliográfica Omeba.
- Dueñas, C. (2009). *Derecho administrativo laboral*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Duguit, L. (2007). *Las transformaciones del derecho público y privado*. Granada, España: Comares.
- Dromi, J. (1973). *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Dromi, R. (2004). *Derecho administrativo*. 10ª edición. Buenos Aires, Argentina: Ciudad Argentina.
- Dromi, J. (2015). *Derecho administrativo*. 13ª edición. Buenos Aires, Argentina: Ciudad Argentina-Hispania Libros.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2013). *Curso de derecho administrativo*. 16ª edición. Madrid, España: Civitas.
- García Garate, A. (2000). *Introducción al Estudio del Derecho Canónico*. Madrid: Dykinson.
- Garrido Falla, F., Palomar Olmeda, A. y Losada González, H. (2005). *Tratado de derecho administrativo*. 14ª edición. Madrid, España: Tecnos.
- Gordillo, A. (2000). *Introducción al Derecho. Derecho público y privado. Common-Law y derecho continental europeo*. Recuperado de https://www.gordillo.com/pdf/int_der/int_der.pdf
- Gordillo, A. (2004). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo9.pdf
- Gordillo, A. (2013). : *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas*. Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo.

- Gordillo, A. (2014). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Recuperado de <https://www.gordillo.com/tomo9.php>
- Grisolia, J. (2011). *Derecho del trabajo y de la seguridad social: doctrina, legislación, jurisprudencia, modelos*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Guerrero Orozco, O. (1997). *Principios de Administración Pública*. Recuperado de <https://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-6-Principios-de-la-Admon-Publica.pdf>
- Hauriou, M. (1927). *Principios de derecho público y constitucional*. Madrid, España: Reus.
- Herrera, A. (2012). *Aspectos generales del derecho administrativo colombiano*, 3ª edición. Recuperado de https://books.google.com.ec/books/about/Aspectos_generales_del_derecho_administr.html?id=6dsbdzFc8AMC&redir_esc=y
- Jellinek, G. (1981). *Teoría general del estado*. 2ª edición. Buenos Aires, Argentina: Albatros.
- Jèze, G. (2007). *Servicio públicos y contratos administrativos*. México, México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Jèze, G. (2007). *Técnica jurídica, servicio, función pública y sus servidores*. México, México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. 4ª edición. Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- Ledesma, C. (2011). *DERECHOS SINDICALES EN EL SECTOR PÚBLICO EN AMÉRICA LATINA*. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms_571885.pdf
- León XIII, (1891). *CARTA ENCÍCLICA RERUM NOVARUM*. Recuperado de http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html
- López Olvera, M. (2005). Los principios del procedimiento administrativo. En M. López Olvera y D. Cienfuegos Salgado (coords.). *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo* (pp. 173-197). Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/12.pdf>

- López Olvera, M. (2013). *La responsabilidad administrativa de los servidores públicos en México*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3370/1.pdf>
- Palomar Olmeda, A. (2016). *Derecho de la función pública*. Recuperado de <http://www.digitaliapublishing.com/a/45305/derecho-de-la-funcion-publica.-regimen-juridico-de-los-funcionarios-publicos--11a-ed.->
- Pérez Camacho, E. (2006). *DERECHO ADMINISTRATIVO I*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Plá, A. (1978). *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Marienhoff, M. (1965). *Tratado de derecho administrativo*. Recuperado de <http://escuelasuperior.com.ar/instituto/wp-content/uploads/2015/07/Tratado-de-Derecho-Administrativo-Miguel-Marienhoff-Tomo-I.pdf>
- Monesterolo, G. (2010). *Instituciones del Derecho Laboral Individual*. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Publicaciones (CEP).
- Monesterolo, G. (2018). *Régimen Jurídico Laboral del Sector Privado*. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Publicaciones (CEP) y PUCE.
- Pérez Botija, E. (1960). *Curso de derecho del trabajo*. Madrid, España: Tecnos.
- Sayagués Laso, E. (1963). *Tratado de Derecho administrativo I*. Montevideo, Uruguay: Editorial Amalio M. Fernández.
- Santofimio, J. (1996). *Tratado de derecho administrativo*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Trujillo, J. (2006). *Teoría del Estado en el Ecuador: estudio de derecho constitucional*. 2ª edición. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Trujillo, J. (2008). *Derecho del trabajo*. Quito, Ecuador: PUCE.
- Vidal Perdomo, J. (1997). *Derecho administrativo*. 11ª edición. Bogotá, Colombia: TEMIS.
- Weber, M. (s.f.). *¿Qué es la burocracia?* Recuperado de https://www.ucema.edu.ar/u/ame/Weber_burocracia.pdf

Weber, M. (1999). *Economía y sociedad*. 2ª. edición. México D.F., México: Fondo de Cultural Económica.

Weber, M. (2008). *Escritos políticos*. 2ª. edición. Madrid, España: Alianza Editorial.

b. Artículos de revistas y periódicos

Arrisueño Fajardo, G. y Ritter Burga, P. (2007). *Ius et veritas. Apuntes para una reforma del empleo público*, (34), 154-168. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12315/12880>

Bayefsky, A. (1990). *Human Rights Law Journal. El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional*, 11 (1-2), 1-34. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>

Bio Gaidolfi, C. (2014). *Revista Studium Veritas. LA CUESTIÓN SOCIAL DESDE LA RERUM NOVARUM HASTA LA OCTOGESIMA ADVENIENS*, 12 (18), 57-88. Recuperado de <https://www.ucss.edu.pe/images/fondo-editorial/revista-studium-veritatis-18/cuestion-social-rerum-novarum-octogesima-adveniens-carla-bio-gaidolfi.pdf>

Bonnin, C.J.B. (1983). *Revista de Administración Pública. Principios de la Administración*, 54, 81-102. Recuperado de <http://www.cjbonnin.org/OBRA%20ESCRITA/CompedioRAP154.pdf>

Callau, P. (2017). *e-Revista Internacional de la Protección Social. Referentes supranacionales de los principios de igualdad y no discriminación en materia laboral y su adopción en el trabajo a tiempo parcial*, II (2), 128-151. DOI: <http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2017.i02.10>

Cordero Torres, J. (2011). *Ciencia y Sociedad. LOS SERVICIOS PÚBLICOS COMO DERECHO DE LOS INDIVIDUOS*, XXXVI (4), 682-701. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/870/87022786005.pdf>

Dussauge Laguna, M. (2005). *Revista Servicio Profesional de Carrera. ¿Servicio civil de carrera o servicio civil de empleo? Una breve discusión conceptual*, (3), 1-21. Recuperado de

<https://servicioprofesionaldecarreracomparadofcpys.files.wordpress.com/2012/08/mauriciodussaugeserviciocivildecarrel.pdf>

El Universo (16 de septiembre de 2012). El Estado crece y el gasto en sueldos de la burocracia se duplica. *El Universo*. Recuperado de <https://www.eluniverso.com/2012/09/16/1/1355/estado-crece-gasto-sueldos-burocracia-duplica.html>

Enríquez, C. y Orozco, M. (8 de septiembre de 2015). El Ejecutivo administra 127 entidades. *El Comercio*. Recuperado de <https://www.elcomercio.com/actualidad/ejecutivo-administra-entidades-publicas-ecuador.html>

García García, M. (2008). Revista Jurídica de Castilla y León. *Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto del Empleado Público*, (15), 129-156. Recuperado de www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/579/849/Garcia_Garcia.pdf?blobheader.../pdf;...8

González Rodríguez, E. (2010). Situación del régimen de carrera administrativa en Colombia. *Prolegómenos – Derechos y Valores*, XIII (25), 147-163. DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.2451>

Guerrero Orozco, O. (2009). Convergencia. Revista de Ciencias Sociales. *La formulación de principios en la administración pública*, 16 (49), 15-35. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10504902>

Hernández, P. (2006). Revista del CLAD Reforma y Democracia. *La provisión de empleos de carrera en Colombia: lineamientos de un nuevo modelo de gestión de personal en el sector público*, (36), 1-11. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/3575/357533668007.pdf>

Igoa, J. (2007). Historia Actual Online. *POLÍTICA EXTERIOR ARGENTINA EN LA DÉCADA DE LOS '90: DEL REALISMO PERIFÉRICO A LOS CONDICIONANTES INTERNOS Y EXTERNOS. LA PRIVATIZACIÓN PETROLERA, UN ESPEJO DE LA REALIDAD*, (13), 127-140. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2479336.pdf>

- López Zurita, L. (2017). La división en lotes: la tensión entre las políticas horizontales y el principio de competencia en la contratación pública. *Documentación administrativa*, (4), 146-150. DOI: <http://dx.doi.org/10.24965/da.v0i4.10501>
- Márquez, D. (2014). Asociación Internacional de Derecho Administrativo. *ATRIBUCIONES, FUNCIÓN PÚBLICA, SERVICIO PÚBLICO Y MUNICIPIO*, (15), 25-56. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/opera-prima.../1443>
- Martínez Cárdenas, E. (2010). Opinión Jurídica. *La carrera administrativa en Colombia: 70 años de ficción*, 9 (18), 107-125. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94516586007>
- Muñoz Llinás, J. (2012). Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid. *Los sistemas de carrera y movilidad administrativa en el modelo español de Función Pública: análisis y propuestas*, (27), 261-277. Recuperado de <http://www.asambleamadrid.es/RevistasAsamblea/ASAMBLEA%2027%20COMPLETA.pdf>
- Peña, M. (2014). Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Asunción. *Estabilidad del trabajador del sector público en el orden jurídico del Paraguay*, 157-168. Recuperado de http://migracion.der.una.py/pdf_varios/Revista/Revista%20de%20Derecho%20UNA%202014.pdf
- Pérez Benech, V. (2009). Revista de Derecho. *Motivación del acto administrativo: análisis de criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando la reserva de las actuaciones*, VIII (15), 37-54. Recuperado de <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/10/DERECHO-15.pdf>
- Puentes González, G (2010). Desafíos. *La carrera administrativa: ¿anhelo o realidad?*, (11), 60-105. Recuperado de <https://revistas.uosario.edu.co/index.php/desafios/article/view/664>
- Rivas, L., Trujillo, M.; Lámbarry, F., Chávez, A. y Chávez, J. (2013). Estudios Gerenciales. *Diagnóstico del sistema profesional de carrera y certificación de competencias*

gerenciales de los servidores públicos en México, 29 (129), 428-428. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/212/21230026005.pdf>

Rodríguez-Arana, J. (2013). Ciencia jurídica. *El principio general del derecho de confianza legítima*, 1 (4), 59-70. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4596172.pdf>

Sacristán, E. (2008). Revista de Derecho Público. *LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ARGENTINA (UNA MIRADA CONSTITUCIONAL)*, (71-72), 831-870. Recuperado de http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPolitico2008-24/servicios_publicos.pdf

Silva Henao, J. (2012). Ratio Juri. *EVOLUCIÓN Y ORIGEN DEL CONCEPTO DE “ESTADO SOCIAL” INCORPORADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA DE 1991*, 7 (14), 141-158. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4021602.pdf>

Sospedra, F. (2009). Cuadernos de derecho local. *Tipos de empleados públicos*, (19), 24-43. Recuperado de http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/412/qdl19_05_est02_sospedra.pdf?sequence=1

Ureña Salcedo, J. (2011). El principio de Servicio objetivo a los intereses generales y su control por los tribunales. *Documentación administrativa*, (289), 57-80. DOI: <http://dx.doi.org/10.24965/da.v0i289.10069>

Valls Hernández, S. (2009). Actualidad de los servicios públicos en México. *La noción del servicio público en el Estado social de derecho*, (493), p. 429-450. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2654/17.pdf>

Yanome Yesaki, M. (2008). Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica. *El concepto de servicio público y su régimen jurídico en México*, (429), 693-708. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2544/31.pdf>

c. Tesis

Encalada, N. (2018). “Aplicabilidad de los principios de seguridad jurídica e independencia de poderes, en procesos del tribunal contenciosos tributario número 1, del período

2012-2016” (Tesis de grado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador). Recuperado de <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/15024/Tesiscompleta-23-05-2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Espinosa Velasco, S. (2010). “El alcance del principio de legalidad en el sistema administrativo ecuatoriano a la luz de la Constitución del 2008” (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador). Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2273/1/T0944-MDE-Espinosa-El%20alcance.pdf>

Fonseca, J. (2009). “Funciones y límites del principio de legalidad administrativa” (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador). Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/931/1/T781-MDE-Fonseca-Funciones%20y%201%C3%ADmites%20del%20principio%20de%20legalidad.pdf>

Guevara Carrillo, J. (2006). “Motivación de las decisiones de la administración pública en la legislación ecuatoriana” (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador). Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/822/1/T460-MDE-Guevara-Motivaci%C3%B3n%20de%20las%20decisiones%20de%20la%20administraci%C3%B3n%20p%C3%ABblica%20en%20la%20legislaci%C3%B3n%20ecuatoriana.pdf>

Lugo, A. (2013). “LA FUNCIÓN PÚBLICA EN MÉXICO: DE LA SELECCIÓN Y PROFESIONALIZACIÓN EN EL SERVICIO PROFESIONAL DE CARRERA” (Tesis de doctorado, Universidad Complutense de Madrid). Recuperado de <https://eprints.ucm.es/22830/1/T34729.pdf>

Vivar Vargas, M. (2010). “Los efectos temporales de las sentencias del tribunal constitucional” (Tesis de grado, Universidad Austral de Chile). Recuperado de <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2010/fjv855e/doc/fjv855e.pdf>

d. Normativa nacional

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Civil. (Codificación de 24 junio de 2005). RO. 46.

Asamblea Nacional del Ecuador. Código del Trabajo [CT]. (16 de diciembre de 2015). RO. 167.

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico Administrativo [COA]. (07 de julio de 2017). RO. 31.

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico General de Procesos [COGEP]. (22 de mayo de 2015). RO. 506.

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico Integral Penal [COIP]. (10 de febrero de 2014). RO. 180.

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Empresas Públicas [LOEP]. (16 de octubre de 2009). RO. 48.

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica del Servicio Público [LOSEP]. (06 de octubre de 2010). RO. 294.

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador. (27 de abril de 2009). RO. 578.

Constitución de la República del Ecuador [CRE], (2008).

Ministerio del Trabajo. DIRECTRICES PARA EL INGRESO DE LAS Y LOS SERVIDORES PUBLICOS POR EFECTO DE LA APLICACION DE LA DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA DE LAS ENMIENDAS CONSTITUCIONALES. [Acuerdo Ministerial No. 98]. (13 de abril de 2016). RO. 732.

Presidencia de la República del Ecuador. Reformas al Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público [Decreto No. 813]. (12 de julio de 2011). RO. 489.

Presidencia de la República del Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público [RGLOSEP]. (01 de abril de 2011). RO. 418.

Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público. Resolución No SENRES-2004-000081. (09 de julio de 2004). RO. 374.

e. Normativa internacional

Asamblea de las Naciones Unidas. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. (31 de octubre de 2003).

Asamblea de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. (20 de noviembre de 1989).

Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. (10 de diciembre de 1948).

Constitución de la Nación de Argentina [Const.], (1853).

Constitución Política de Colombia [Const.], (1991).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.], (1917).

Organización de Estados Americanos. Convención Interamericana contra la Corrupción. (29 de marzo de 1996).

Organización de Estados Americanos. Convención Interamericana de Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969).

Organización de Estados Americanos. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. (08 de junio de 1999).

Organización de Estados Americanos. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. [Protocolo de San Salvador]. (17 de noviembre de 1988).

Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre la discriminación. [C111]. (25 de junio de 1958).

Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo. [C158]. (22 de junio de 1982).

Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública. [C151]. (27 de junio de 1978).

Organización Internacional del Trabajo. Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. (18 de junio de 1998).

f. Jurisprudencia nacional

Corte Constitucional del Ecuador. (11 de marzo de 2010) Sentencia No. 007-10-SEP-CC. [MP Nina Pacari Vega].

Corte Constitucional del Ecuador. (09 de septiembre de 2010) Sentencia No. 009-10-SIN-CC. [MP Edgar Zarate Zarate].

Corte Constitucional del Ecuador. (16 de noviembre de 2011) Sentencia No. 039-11-SEP-CC. [MP Manuel Viteri Olvera].

Corte Constitucional del Ecuador. (17 de abril de 2012) Sentencia No. 152-12-SEP-CC. [MP Edgar Zarate Zarate].

Corte Constitucional del Ecuador. (08 de mayo de 2012) Sentencia No. 198-12-SEP-CC. [MP Roberto Bhrunis Lemarie].

Corte Constitucional del Ecuador. (21 de junio de 2012) Sentencia No. 227-12-SEP-CC. [MP Hernando Morales Vinueza].

Corte Constitucional del Ecuador. (16 de mayo de 2013) Sentencia No. 0016-13-SEP-CC. [MP Fabián Marcelo Jaramillo Villa].

Corte Constitucional del Ecuador. (30 de mayo de 2013) Sentencia No. 020-13-SEP-CC. [MP Wendy Molina Andrade].

Corte Constitucional del Ecuador. (09 de octubre de 2013) Sentencia No. 080-13-SEP-CC. [MP Alfredo Ruiz Guzmán].

Corte Constitucional del Ecuador. (09 de abril de 2014) Sentencia No. 064-14-SEP-CC. [MP Manuel Viteri Olvera].

Corte Constitucional del Ecuador. (22 de octubre de 2014) Sentencia No. 184-14-SEP-CC. [MP Antonio Gagliardo Loor].

Corte Constitucional del Ecuador. (09 de septiembre de 2015) Sentencia No. 296-15-SEP-CC. [MP Fabián Marcelo Jaramillo Villa].

Corte Constitucional del Ecuador. (24 de febrero de 2016) Sentencia No. 053-16-SEP-CC. [MP Roxana Silva Chicaiza].

Corte Constitucional del Ecuador. (13 de abril de 2016) Sentencia No. 116-16-SEP-CC. [MP Pamela Martínez Loayza].

Corte Constitucional del Ecuador. (01 de junio de 2016) Sentencia No. 175-16-SEP-CC, 2016. [Ruth Seni Pinoargote].

Corte Constitucional del Ecuador. (06 de julio de 2016) Sentencia No. 211-16-SEP-CC. [MP Roxana Silva Chicaiza].

Corte Constitucional del Ecuador. (22 de febrero de 2017) Sentencia No. 048-17-SEP-CC. [MP Marien Segura Reascos].

Corte Constitucional del Ecuador. (24 de febrero de 2017) Sentencia No. 053-16-SEP-CC. [MP Roxana Silva Chicaiza].

Corte Constitucional del Ecuador. (25 de agosto de 2017) Sentencia No. 273-17-SEP-CC. [MP Alfredo Ruiz Guzmán].

Corte Constitucional del Ecuador. (16 de mayo de 2018) Sentencia No. 172-18-SEP-CC. [MP Marien Segura Reascos].

Corte Constitucional del Ecuador. (01 de agosto de 2018) Sentencia No. 018-18-SIN-CC. [MP Alfredo Ruiz Guzmán].

Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo. (26 de agosto de 2010) Expediente de Casación No. 283-2010. [MP Freddy Ordóñez Bermeo].

Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo. (23 de noviembre de 2010) Expediente de Casación No. 400-2010. [MP Freddy Ordóñez Bermeo].

Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Laboral. (14 de marzo de 2012) Juicio No. 43-2008. [MP Rocío Salgado Carpio]. Gaceta Judicial No. CXIII, serie XVIII.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Laboral. (28 de septiembre de 2012) Juicio No. 904-10. [MP Johnny Ayuardo Salcedo]. Gaceta Judicial No. CXIII, serie XVIII.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador. (10 de septiembre de 1958). Gaceta Judicial No. LXI, serie IX.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Tercera Sala de lo Laboral y Social. (10 de abril de 2003) Gaceta Judicial No. CIV, serie XVII.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo. (17 de junio de 2004) Expediente de Casación No. 185. [MP Luis Heredia Moreno].

Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo. (30 de agosto de 2004). Expediente de Casación No. 245. [MP Luis Heredia Moreno].

Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Segunda Sala de lo Laboral y Social. (27 de junio de 2007) Juicio No./Sentencia. [MP Hernán Peña Toral]. Gaceta Judicial No. CVIII, serie XVIII.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Primera Sala de lo Laboral y Social. (15 de julio de 200) Expediente de Casación No. 576-05. [MP Rubén Bravo Moreno].

g. Jurisprudencia internacional

Corte Constitucional de Colombia. (19 de junio de 1992) Sentencia No. T-422/92. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional de Colombia. (13 de agosto de 1992) Sentencia No. C-479/92. [MP José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional de Colombia. (21 de abril de 1994) Sentencia No. C-195/94. [MP Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional de Colombia. (16 de noviembre de 1994) Sentencia No. C-514/94. [MP José Gregorio Hernández Galindo].

Corte Constitucional de Colombia. (22 de octubre de 1996) Sentencia No. C552/96. [MP José Gregorio Hernández Galindo].

Corte Constitucional de Colombia. (21 de noviembre de 1996) Sentencia C-631/96. [MP Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional de Colombia. (19 de marzo de 1997) Sentencia No. C-147/97. [MP Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional de Colombia. (20 de noviembre de 1997) Sentencia No. C-594/97. [MP Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional de Colombia. (04 de febrero de 1998) Sentencia No. C-016/98. [MP Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional de Colombia. (01 de octubre de 1998) Sentencia No. C-540/98. [MP Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional de Colombia. (14 de diciembre de 1998) Sentencia No. T-799/98. [MP Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional de Colombia. (17 de mayo de 2000) Sentencia No. C-563/00. [MP Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional de Colombia. (11 de octubre de 2000) Sentencia No. C-1381/00. [MP Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional de Colombia. (08 de noviembre de 2001) Sentencia No. C-1177/01. [MP Álvaro Tafur Galvis].

Corte Constitucional de Colombia. (01 de noviembre de 2005) Sentencia No. C-1119/05. [MP Alfredo Beltrán Sierra].

Corte Constitucional de Colombia. (13 de diciembre de 2005) Sentencia No. T-1316/05. [MP Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional de Colombia. (27 de agosto de 2009) Sentencia No. C-588/09. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional de Colombia. (02 de septiembre de 2009) Sentencia No. C-614/09. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional de Colombia. (02 de junio de 2010) Sentencia No. C-431/10. [MP Mauricio González Cuervo].

Corte Constitucional de Colombia. (07 de marzo de 2012) Sentencia No. C-171/12. [MP Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional de Colombia. (20 de mayo de 2014) Sentencia No. C-288/14. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional de Colombia. (13 de mayo de 2015) Sentencia No. C-285/15. [MP Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional de Colombia. (17 de abril de 2015) Sentencia No. T-190/15. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. (03 de mayo de 2007) Sentencia No. 1488. XXXVI. [MP Carmen M. Argibay].

Anexos

Anexo No. 1: Evolución del Estado en Europa

<i>Fases evolutivas</i>	<i>Metas primordiales</i>	<i>Nuevas instituciones</i>
Del feudalismo al Estado en el Absolutismo	<ul style="list-style-type: none">• Centralización del poder del Estado en un territorio• Aseguramiento de la libertad	<ul style="list-style-type: none">• Asambleas estamentales• Ejércitos permanentes• Administración• Derecho unitario• Moneda unitaria• Unidad de jurisdicción
Estado liberal constitucional	<ul style="list-style-type: none">• Limitación del poder estatal	<ul style="list-style-type: none">• Parlamento como órgano legislativo• Constitución• División (horizontal y/o vertical) de poderes• Derechos fundamentales
Estado democrático de bienestar	<ul style="list-style-type: none">• Participación de los ciudadanos• Garantía de los derechos sociales	<ul style="list-style-type: none">• Derecho de sufragio universal• Partidos y asociaciones políticas• Seguridad social y prestación de servicios

Fuente y elaborado por: Benz, A. (2010). *El Estado moderno. Fundamentos de su análisis politológico*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Anexo No. 2: Características generales del Estado absoluto, legislativo y constitucional

Criterio	Absoluto	Legislativo	Constitucional
Centralidad	Autoridad	Ley	Persona/ Pueblos
Origen de la/s fuente/s normativa/s	Autoridad	Parlamento	Asamblea Constituyente
Límites y vínculo	No existe	Ley	Constitución
Poder <i>referee</i>	Ejecutivo (monarca, presidente)	Parlamento	Jueces constitucionales

Fuente y elaborado por: Ávila Santamaría, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito, Ecuador: Abya Yala.

Anexo No. 3: Características generales del Estado liberal y social

Criterio	Liberal	Social
Sujeto	Individual	Individual y colectivo
Rol del Estado	Pasivo	Pasivo y activo
Obligaciones	Abstención	Abstención y prestación
Naturaleza del Estado	Mínimo	Fuerte
Tipología de derechos	Civiles y políticos	Sociales, económicos y culturales

Fuente y elaborado por: Ávila Santamaría, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito, Ecuador: Abya Yala.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, **TATIANA ESTEFANIA SALTOS HIDALGO C.I. 1725582280** autora del trabajo de graduación intitulado: **“APLICABILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN TUTELAR DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR DESDE EL 2015”** , previa a la obtención del título profesional de **ABOGADA** en la Facultad de **Jurisprudencia**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 14 de febrero de 2019



Tatiana Estefania Saltos Hidalgo
C.I. 1725582280

REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL
IDENTIFICACIÓN Y CÉDULACIÓN

N. 172558228-0

CÉDULA DE CIUDADANÍA
APELLIDOS Y NOMBRES
SALTOS HIDALGO TATIANA ESTEFANIA
LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA
QUITO
SANTA PRISCA
FECHA DE NACIMIENTO 1996-07-10
NACIONALIDAD ECUATORIANA
SEXO MUJER
ESTADO CIVIL SOLTERO




INSTRUCCIÓN SUPERIOR PROFESIÓN / OCUPACIÓN ESTUDIANTE V334312222

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
SALTOS MONTUFAR MILTON LEONEL

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
HIDALGO APOLO ROSARIO DE L

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2017-05-23

FECHA DE EXPIRACIÓN
2027-05-23

001330335

Tatiana Salto
FIRMA DEL CEDULADO






CERTIFICADO DE VOTACIÓN
4 DE FEBRERO 2018

007 JUNTA No. 1725582280

007 - 108 NÚMERO CÉDULA 1725582280

SALTOS HIDALGO TATIANA ESTEFANIA
APELLIDOS Y NOMBRES

PICHINCHA PROVINCIA CIRCUNSCRIPCIÓN
QUITO CANTÓN ZONA, 3
LA CONCEPCION PARROQUIA




REFERENDUM Y CONSULTA POPULAR 2018

CUBADANA (U)

ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED
SUFRAGÓ EN EL REFERENDUM Y
CONSULTA POPULAR 2018

ESTE CERTIFICADO SIRVE PARA TODOS
LOS TRÁMITES PÚBLICOS Y PRIVADOS

Tatiana Salto
F. PRESIDENTA DE LA JRV



