



# **UNIVERSIDAD DE CUENCA**

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social

La regresividad del derecho a la estabilidad laboral de los obreros del sector público a raíz de la supresión del Código del Trabajo de las instituciones públicas

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Magister en Derecho Laboral y Seguridad Social

Autor:

Carlos Andrés Vera Delgado

CI: 0104970785

Director:

Dr. Pablo Andrés Alarcón Peña PhD

CI: 1710255959

**Cuenca, Ecuador**

11-julio-2019



**Resumen:** Este trabajo de titulación tiene como objeto determinar la posible incidencia de carácter regresivo que tuvieron en el derecho a la estabilidad laboral de los obreros del sector público, las enmiendas constitucionales aprobadas en el año 2015, mediante las cuales se suprimió la aplicación del Código del Trabajo en dichas entidades. Para esto, el estudio se enfocará en tres aspectos concretos. Primero, determinar la naturaleza y esencia del derecho a la estabilidad laboral y como el principio de prohibición de regresividad de derechos, conjuntamente con el de progresividad, protegen los derechos constitucionales, y de manera específica el de estabilidad laboral. Segundo, realizar un análisis pormenorizado del dictamen de favorabilidad con el cual la Corte Constitucional aprobó el proyecto de enmiendas constitucionales, identificando y sometiendo a una contraposición argumentativa, las razones por las cuales se concluyó que no existió regresividad de derechos. Y finalmente como tercer punto, realizar un estudio comparativo tanto normativo y empírico del Código del Trabajo y la Ley Orgánica del Servicio Público en cuanto a sus formas de contratación y cesación, a fin de determinar si un régimen brinda una mayor estabilidad laboral que el otro.

**Palabras claves:** Estabilidad laboral. Regresividad. Progresividad. Código del Trabajo. Ley Orgánica del Servicio Público. Enmiendas constitucionales.



**Abstract:** This degree's paper objective is to determinate the possible regressive incidence that the constitutional amendments approved in 2015 by which the implementation of the Worker's Code was eliminated from public institutions, had in working stability rights of public employees on said institutions. To achieve this, the study will focus in three concrete aspects. First, determine the nature and essence of working stability rights and how the non-regressive principle, alongside with the progressive one, can protect constitutional rights, and more specifically, working stability rights. Second, to do a detailed analysis of the in favor decision by which the Constitutional Court approved the constitutional amendments project, identifying and challenging to an argumentative contradiction, the reasons that led to the conclusion that there was no rights regression. Third and finally, to do a comparative study of the law and with empirical evidence, between the Workers Code and the Organic Law of Public Employees regarding its ways of hiring and work termination in order to determinate if one regimen or the other, grants a higher level of working stability.

**Keywords:** Working stability. Regression. Progressivity. Worker's Code. Organic Law of Public Employees. Constitutional amendments.



## Índice del Trabajo

### Contenido

CAPITULO 1 .....	7
El principio de no regresividad de los derechos. Su aplicación como mecanismo de tutela al derecho a la estabilidad laboral.....	8
1.1 El derecho a la estabilidad laboral.....	8
1.2 El principio de prohibición de regresividad de los derechos. Concepto y aplicación.....	10
1.3 El principio de progresividad de los derechos y su conexión con el principio de prohibición de regresividad. Vinculación con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	17
1.4 La prohibición de regresividad en los derechos laborales y la relevancia del componente empírico. ....	19
CAPITULO 2: Las enmiendas constitucionales de 2015. Análisis de las reformas en materia laboral y servicio público.....	23
2.1. El proceso de enmienda constitucional.....	23
2.2 Análisis de pertinencia .....	24
2.3 El alcance de las enmiendas constitucionales en el régimen laboral del Sector público.....	32
2.4 La inconstitucionalidad de las enmiendas .....	34
2.5. La inconstitucionalidad de las enmiendas por su fondo. Análisis del derecho a la estabilidad laboral ante un cambio de régimen jurídico .....	36
2.6 Formas de Contratación en la LOSEP y el Código del Trabajo .....	37
2.7 Garantías de estabilidad en la LOSEP frente al Código del Trabajo.....	39
2.8 Una realidad jurídica en el Ecuador. El uso de los contratos de servicios ocasionales y las garantías de estabilidad de los contratos colectivos.....	44
CONCLUSIONES.....	47
Bibliografía .....	51



## Cláusula de Propiedad Intelectual

---

Carlos Andrés Vera Delgado, autor del trabajo de titulación "La regresividad del derecho a la estabilidad laboral de los obreros del sector público a raíz de la supresión del Código del Trabajo de las instituciones públicas", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, 27 de junio de 2019

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "C.A. Vera", written over a horizontal line.

Carlos Andrés Vera Delgado

C.I.: 0104970785



## Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

---

Carlos Andrés Vera Delgado en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación “La regresividad del derecho a la estabilidad laboral de los obreros del sector público a raíz de la supresión del Código del Trabajo de las instituciones públicas”, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 27 de junio de 2019

---

Carlos Andrés Vera Delgado

C.I: 0104970785



## DEDICATORIA

Quiero agradecer y dedicar este trabajo de investigación a mis padres, por su apoyo y confianza que me han brindado siempre; a mi hermano con su ejemplo motivador; a mis grandes amigos Christian Moscoso Naranjo, Milton Murillo Calle y Sebastián Murillo Calle, de quienes sé que aunque la vida nos lleve por caminos distintos, no dejan de ser incondicionales en su verdadera amistad.

Y por supuesto, a mi Verito. Todo es mejor si estamos juntos.



## CAPITULO 1

### **El principio de no regresividad de los derechos. Su aplicación como mecanismo de tutela al derecho a la estabilidad laboral.**

#### **1.1 El derecho a la estabilidad laboral.**

Iniciando con el desarrollo del presente trabajo de investigación, cabe realizar una delimitación conceptual del derecho fundamental sobre el que se centrará el análisis de la investigación como posible derecho afectado, siendo este el derecho a la estabilidad laboral. Cabe empezar señalando que en la Constitución de la República del Ecuador aparentemente no se encuentra regulado como tal el derecho a la estabilidad laboral como elemento del derecho al trabajo, sin embargo de esto, el mismo es un derecho plenamente reconocido y justiciable como se lo podrá ilustrar aquí.

El artículo 33 de la Constitución del Ecuador contempla que el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, así también, establece que el estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido. Asimismo, el artículo 326 ibídem, en su numeral primero establece que “el Estado impulsara el pleno empleo, la eliminación del subempleo y del desempleo.” Ahora, para poder demostrar la existencia y protección del derecho a la estabilidad laboral es necesario invocar una característica fundamental que el constituyente brindó a los principios y derechos y que consiste en la interdependencia de estos, contemplada en el numeral 6 del artículo 11 de la carta magna. La interdependencia de los derechos y principios Constitucionales es una característica esencial de los mismos y que ya ha sido desarrollada y contemplada no solo a nivel de legislación nacional, sino que se desprende de las características propias de los derechos humanos. Así, Vázquez y Serrano (Recuperado 2019) indican que la interdependencia consiste en que uno o varios derechos están supeditados a la existencia de otros para su realización, o que al menos dependen mutuamente para su ejercicio. Con esta característica de los derechos en mente, se puede afirmar que el derecho al trabajo es un derecho necesariamente interdependiente con otros, entre los cuales se encuentra el derecho a una vida digna contemplado en el artículo 66 numeral 2 de la Constitución que indica: “El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.” Consecuentemente, tomando de lo expuesto que, la constitución contempla el derecho a una vida digna con todos sus componentes antes referidos, y que a su vez la misma norma reconoce que el derecho al trabajo es una fuente de realización personal y económica, necesariamente se desprende que para garantizar ese derecho a una vida digna, el trabajo debe existir de manera constante para poder cubrir estas necesidades fundamentales y evitar una carencia de derechos contemplados en la constitución.

Ahora bien, con el pleno conocimiento que el trabajo es un derecho que necesita estar estable en la vida de una persona para garantizar su dignidad, corresponde al objeto del presente trabajo determinar la forma en la cual los principios de no regresividad y progresividad contemplados en la propia





constitución, buscan proteger este derecho, haciéndose referencia tanto a la protección general, así como de manera concreta al acontecimiento jurídico de las enmiendas constitucionales en materia laboral del año 2015.

Para este fin resulta adecuado enmarcar el concepto de este derecho a la estabilidad laboral y la forma en como el mismo se encuentra reconocido o regulado en el sistema jurídico ecuatoriano. Partiendo de conceptos básicos, de acuerdo a Julio Cesar Trujillo (1986. p. 207) la estabilidad laboral es “el derecho que tiene el trabajador para conservar su puesto hasta cuando adquiriera el derecho a la jubilación (...) sin que sea lícito declararle cesante, a menos que concurran las causas taxativamente determinadas en la ley.” Igualmente, como lo señala Rafael Alburquerque (1989) citado por Elisa Lanas (2015), la estabilidad supone el derecho que goza el trabajador de poder conservar su puesto, pudiendo perderlo solo mediante causas justificadas. En el aspecto normativo, tanto en el Código del Trabajo como en la Ley Orgánica del Servicio Público, la figura de la estabilidad laboral no está contemplada como tal, sin embargo, y como se verá posteriormente en el capítulo tercero, las figuras de contratación de ambos cuerpos normativos por regla general, están orientadas a brindar estabilidad laboral y a evitar las formas precarias de contratación, buscando como lo sostiene la doctrina, generar un trabajo estable, o en su defecto, contemplar indemnizaciones a favor del trabajador cuanto esta relación contractual es terminada unilateralmente.

No obstante de esto, es decir, de las figuras legales que buscan proteger la estabilidad laboral, existe ciertas circunstancias jurídicas en el Ecuador que deben ser tomadas en cuenta al momento de analizar este derecho. El derecho a la estabilidad laboral, como todos los derechos en sí, no es absoluto y puede ser objeto de limitaciones. Así lo ha expresado la Corte Constitucional de manera puntual y clara al indicar que la estabilidad laboral no puede ser tomada como una exoneración del régimen disciplinario contemplado en las leyes laborales, y que la desvinculación de los trabajadores a través de esta figura, no supone una restricción de tal derecho siempre y cuando se hubiere garantizado el debido proceso. (Corte Constitucional, 2015) Adicionalmente, es importante considerar que si bien en los cuerpos normativos del Código del Trabajo y de la Ley del Servicio Público existen figuras que buscan garantizar la estabilidad laboral como se mostrara en el tercer capítulo, a nivel de tratados y convenios internacionales, el Ecuador no es suscriptor del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Terminación de la Relación del Trabajo. Este convenio internacional en sus artículos pertinentes, contempla principalmente la prohibición de poder dar por terminada la relación laboral sin justa causa, así como también la obligación de reconocer recursos judiciales que permitan al trabajador impugnar las decisiones de terminación del contrato de trabajo ante autoridad judicial en caso de que considere injustificado el despido. Ahora, si bien dicho convenio establece tal prohibición, el mismo instrumento también reconoce que la legislación nacional puede reconocer la indemnización a favor de trabajador cuando este hubiere sido despedido de manera injustificada, situación que a pesar de no ser el Ecuador suscriptor de tal convenio, si se encuentra regulado en la legislación nacional como la indemnización de despido intempestivo.



En razón de lo expuesto en este apartado, teniendo en cuenta el concepto, alcance y posibles limitaciones tanto en el derecho interno como en el derecho internacional del derecho a la estabilidad laboral, cabe pasar al estudio del siguiente elemento de la problemática planteada en este trabajo

## **1.2 El principio de prohibición de regresividad de los derechos. Concepto y aplicación.**

Luego de la revisión del derecho a la estabilidad laboral, corresponde entonces realizar un análisis del principio constitucional al cual se hace alusión dentro de la problemática planteada como aquel que supone una protección a tal derecho y cuya inobservancia supondría a su vez la vulneración al referido derecho a la estabilidad y en razón del cual se desarrollará el objeto de la investigación. El principio constitucional abordado principalmente en materia de este trabajo es el principio de prohibición de regresividad de los derechos, su aplicación y forma de protección concreta al derecho a la estabilidad laboral. De manera concreta y puntual, el principio de no regresividad se encuentra establecido en el artículo 11 de la Constitución de la República (CR), en su numeral octavo, inciso segundo, el cual dice: “Sera inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.” De manera conjunta y con bastante interrelación se encuentra en el mismo artículo y numeral citado de la Constitución el principio de progresividad de los derechos, el cual, si bien no es un elemento central de estudio del presente trabajo, será abordado posteriormente y referido necesariamente durante el análisis del principio de no regresividad.

De manera muy breve aunque bastante concreta, Fernando Silva y Emmanuel Rosales (2009) definen a la prohibición de regresividad como un principio que supone que las leyes o actos del poder público no deben empeorar la situación referente a la regulación vigente de los derechos. Los autores además hacen referencia a un aspecto que se verá más adelante y que refiere a que los actos o normas de carácter regresivo tienen una presunción de invalidez o inconstitucionalidad que traslada la carga de prueba al estado respecto de las razones constitucionalmente adecuadas que justifiquen el cambio en detrimento del alcance o amplitud de protección de un derecho.

El principio de no regresividad de derechos no es mayormente desarrollado en la Constitución y como se puede observar del texto citado, es un principio que está contenido en una redacción muy corta. A pesar de esto, el principio de no regresividad no solo es un elemento fundamental del Estado Constitucional de Derechos, sino que forma parte del bagaje teórico del derecho internacional, especialmente en lo referente a los derechos sociales. (Courtis, 2006, p. 3) Considerando esto, el principio de prohibición de regresividad tiene una amplia esfera de estudio por la importancia que este supondría dentro del marco del desarrollo, y por sobre todo, de la protección en el tiempo y en la realidad jurídica de no solo los derechos sociales y culturales sino de todos los derechos contemplados en la Constitución y dentro del control de convencionalidad, entendiéndose por este, la adecuación que debe generarse entre las normas de derecho interno, y los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.

El concepto y redacción que la constitución brinda del principio de no regresividad se puede considerar como bastante simple. El texto constitucional indica muy puntualmente que es inconstitucional



cualquier acción u omisión que menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos, con lo cual aplicando un análisis normativo puro se obtiene que existe una hipótesis contenida en la acción que produzca menoscabo o anulación de derechos, seguida de una consecuencia jurídica que es la inconstitucionalidad. Sin embargo, del análisis que se brindará en este trabajo, se podrá notar que la dificultad que se observaría en este principio es identificar con claridad el alcance que en la realidad tendría el mismo. Efectivamente, y en este sentido, Rodrigo Uprimny y Diana Guarnizo (2008) se han planteado la interrogante de si en realidad se puede construir una dogmática conceptual que permita establecer con un cierto grado de precisión el alcance y protección, sobre todo judicial, que el principio de no regresividad busca proteger. Para fines de este trabajo de investigación, es indispensable buscar establecer el marco de protección que de manera general brinda este principio a los derechos en sí, para de esta forma, poder determinar cómo se vincula concretamente con el derecho a la estabilidad laboral.

En el estudio del principio de prohibición de regresividad, Courtis (2006) indica que puntualmente existen dos formas en las que se puede verificar la regresividad de derechos, formas a las que él las ha denominado como las nociones de regresividad. De esta forma, la primera noción de regresividad se refiere a los efectos que pueda tener una política pública que se hubiese incorporado por un Estado y que esta política pública tuviere como resultados una situación peor o menos favorable a la que existía previo a la misma. Es decir, para que exista esta noción de regresividad debe verificarse un efecto de carácter empírico que permita constatar que con información concreta se ha producido una desmejora en el ejercicio o goce de un derecho. La segunda noción de regresividad se refiere a la aplicación de normas jurídicas. Aquí, el análisis de regresividad se pudiera observar en el alcance de protección que la norma anterior tenía con respecto de la norma actual, situación que se analizaría de forma conceptual mas no de forma empírica como la anterior. Consecuentemente, una norma jurídica puede considerar de carácter regresivo si es que de su mera redacción literal y del alcance que contempla, supone un retroceso o implica beneficios inferiores a la norma jurídica que le ha precedido, sin necesidad incluso de un resultado verificable como en el caso de la primera noción de regresividad.

Las nociones de regresividad planteadas por Courtis se pueden considerar como acertadas y que constituyen efectivamente las dos formas a través de las cuales pudieran existir lo que nuestra Constitución refiere como cualquier acción u omisión que menoscabe derechos. Sin embargo de esto, como ya se ha dicho, la problemática jurídica en el tema consiste en el alcance del principio e incluso yendo un poco más allá, en la forma en la cual judicialmente se puede ejercer este principio para cumplir con su protección en materia de estabilidad laboral. De esta forma, por una parte cabe la interrogante de cómo pueden actuar los órganos jurisdiccionales en la protección de derechos mediante el principio de no regresividad en aquellas situaciones en las que se requiere una evidencia empírica de un efecto desfavorable de una política pública, y por otra parte, en cuanto a la prohibición de regresividad en el ámbito de normas jurídicas, no sería incorrecto asumir que si bien existen casos en los cuales del mero contenido de la norma se pudiera desprender su carácter retroactivo, también pudieran existir casos en los cuales la norma busque una mayor protección de un derecho determinado pero que su objetivo solo puede ser medido de forma empírica, como se ilustrará en la parte final del presente capítulo..



Dentro de este análisis, y abordando las interrogantes planteadas, Rodrigo Uprimny y Diana Guarnizo (2008) han realizado un estudio en el cual utilizando sentencias de la Corte Constitucional de Colombia (CCC), han recopilado los conceptos y corrientes que dicho órgano jurisdiccional ha utilizado a lo largo de los años en lo referente al principio de no regresividad. En este sentido, la CCC ha aplicado tres tipos de tesis al momento de resolver acerca de situaciones en las cuales se ha discutido la regresividad de derechos, la primera en la cual niega todo tipo de eficacia de este principio; una segunda en la cual la considera como un mandato absoluto; y finalmente una tesis intermedia de protección orientada por el principio de proporcionalidad (Uprimny & Guarnizo, 2008). En uno y otro caso, la CCC al momento de adoptar un criterio, ha motivado sus sentencias utilizando conceptos que pueden ayudar a colaborar en gran forma a identificar correctamente el alcance del principio materia de estudio.

La primera teoría que ha tomado la CCC ha sido la de no considerar eficacia alguna al principio de no regresividad de los derechos, o más bien dicho de otra forma, no limitaba en forma alguna la libertad del legislador de cambiar las normas de ordenamiento jurídico. Para ilustrar este criterio, Uprimny y Guarnizo (2008) toman como ejemplo la sentencia C-168 del año 1995 en el cual la CCC negó la pretensión de un ciudadano que demandó una reforma legal que establecía una condición menos favorable para el acceso a pensiones por vejez. Si bien resulta apropiado indicar que en la demanda no se alegó expresamente la prohibición de regresividad, si se hizo alusión a la condición más beneficiosa de los derechos laborales que implícitamente supone una irreversibilidad de las conquistas del derecho al trabajo. La CCC desechó la demanda utilizando el conocido y clásico criterio de la diferenciación entre derechos adquiridos y meras expectativas del derecho civil, indicando que los derechos solo se consolidan a favor de una persona cuando se ha cumplido con los requisitos facticos del supuesto hipotético de la norma, y que mientras estos no se verifiquen, únicamente existe una mera expectativa que consecuentemente no puede restringir la potestad normativa del legislador.

Considerando que se está realizando un estudio del principio de no regresividad, cabría hacer un análisis de la teoría que se acaba de mencionar a fin de contraponerla frente al principio de no regresividad de los derechos y considerar si las meras expectativas estarían o no en contradicción con tal principio. La CCC en el caso citado, naturalmente tomó un criterio según el cual efectivamente la prohibición de regresividad no puede suponer una inamovilidad de las normas de manera general, y que un derecho únicamente se genera cuando una persona cumple las condiciones establecidas en la propia norma, sin que las meras expectativas estén protegidas constitucionalmente. Cabe entonces preguntarse si el principio de regresividad se encuentra verdaderamente en contraposición con este clásico principio de las meras expectativas que en el Ecuador está incluso regulado normativamente en el Código Civil. Las normas jurídicas en su estructura común contienen una hipótesis que en caso de cumplirse genera una consecuencia jurídica, y para el caso de análisis, se supondría que esa consecuencia va a ser la generación de un derecho a favor de una persona. Naturalmente, no se puede concebir la idea de que el efecto jurídico de la norma se pueda verificar sin el cumplimiento de la hipótesis, situación de la cual deriva el principio de las meras expectativas, es decir, que la existencia de la norma con su hipótesis por sí sola no le brinda ningún derecho al sujeto mientras no se cumplan sus requisitos. Por su parte el principio de no regresividad de derechos supone la prohibición de



cualquier acto, incluso legislativo, que menoscabe el ejercicio de los derechos, consecuentemente prima facie, se pudiera considerar que este principio constitucional si supera el de las meras expectativas en el sentido que, si bien no se puede atribuir un derecho sin el cumplimiento de sus requisitos normativos, la forma en como la norma supone el acceso a tal derecho ya constituye un parámetro mínimo para su acceso, y cambiar este parámetro de una forma desfavorable, afectaría la naturaleza de un determinado derecho. En otras palabras, analizando los conceptos tratados, se pudiera sostener que la mera expectativa efectivamente no constituye el derecho, sin embargo, la expectativa de cómo se accede al derecho no puede por principio ser afectada de forma negativa.

La siguiente corriente de pensamiento acerca del principio de no regresividad de derechos y que es ilustrada por Uprimny y Guarnizo (2008) a través de su estudio de sentencias de la CCC, es aquella en la cual se ha considerado a este principio como una regla absoluta en su aplicación. Bajo este criterio se ha considerado que el principio de prohibición de regresividad se debe entender en el sentido que toda reducción o afectación a los derechos, específicamente derechos sociales, supone una vulneración directa a tal principio, sin que pueda ser afectado ni por el propio legislador, y más aún, sin que sea relevante los motivos o circunstancias que motivaron el menoscabo del derecho. De esta forma, la CCC ha declarado la inconstitucionalidad de normativa que por ejemplo, dispone la reducción de aportes estatales a la seguridad social, o establece regímenes de transición menos favorables en este campo, y si bien se hace referencia a que la Corte no invoca precisamente el principio de no regresividad, claramente se fundamenta en el mismo por considerar que basta constatar que una normativa es menos favorable para que se declare si inconstitucionalidad y siendo lo más importante como ya se dijo, sin que sea necesario por parte de la Corte, hacer un análisis de lo que motivo el cambio normativo por parte de las autoridades.

Dentro de esta línea de pensamiento acerca del principio en materia de estudio, la misma se puede analizar a la luz del ordenamiento jurídico y constitucional del Ecuador para verificar su pertinencia. Bajo esta corriente, se considera al principio de no regresividad de los derechos como una regla absoluta que no requiere más análisis que la verificación de una normativa que denote un menor alcance de derechos respecto de su norma precedente. Si bien la prohibición de regresividad busca blindar el avance progresivo de los derechos, en el caso del Ecuador se puede sostener y argumentar que dicho principio no es una regla inquebrantable. En este sentido, basta con volver a la lectura del inciso segundo del numeral 8, artículo 11 de la Constitución de la Republica y donde como ya se ha indicado encontramos el principio de no regresividad de derechos. Cuando se habla de las acciones u omisiones de carácter regresivo, de manera clara se expresa que habrá inconstitucionalidad como el menoscabo de los derechos sea injustificado. En este sentido, del mero tenor literal del texto constitucional, se puede colegir que el constituyente ha condicionado la inconstitucionalidad de actos regresivos, al hecho de que no exista una justificación constitucionalmente valida. De esta forma y haciendo referencia a conceptos que se tratara más adelante en este trabajo de investigación, en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su numeral segundo se puede encontrar el principio de proporcionalidad como una de las reglas de interpretación constitucional. Esta regla reconoce que pueden existir contradicciones entre principio o normas y que para tal efecto se observara que la medida proteja un fin constitucionalmente valido, sea idónea,





necesaria, y respetando un equilibrio entre la protección y restricción constitucional. Es decir, tanto la Constitución como la ley, reconocen que los principios, así como los derechos, pueden encontrarse en conflicto y que consecuentemente se debe considerar el caso concreto para su análisis, sin que exista en caso alguno, una regla firma o inamovible como la línea de pensamiento que se acaba de describir en líneas anteriores.

Finalmente, y después de haber revisado dos tesis acerca de la aplicación del principio de regresividad que parecerían que no son aplicables al sistema constitucional ecuatoriano, resta mencionar la última línea de pensamiento que Uprimny y Guarnizo (2008) han extraído de la CCC a través de sus sentencias. Luego de las contrastantes posiciones acerca del principio de no regresividad que se han revisado y que han sido consideradas en un determinado momento, se encuentra la tesis de reconocer a este principio su mayor amplitud posible para la protección de derechos, pero sin desconocer las circunstancias económicas y sociales y por lo tanto sin generar un congelamiento absoluto de la norma. De esta forma, bajo esta doctrina se contempla que no toda reducción o disminución del alcance de los derechos es inconstitucional siempre que “se justifique claramente que se trata de una reducción que fue cuidadosamente analizada y que resulta no solo razonable y proporcionada, sino incluso necesaria para alcanzar propósitos constitucionales.” (Uprimny y Guarnizo, 2008. pp 719-720)

Esta última línea de pensamiento que se ha citado aquí parecería ser la más acertada respecto de la aplicación y alcance del principio de no regresividad tanto desde un punto de vista doctrinario después de haber considerado las anteriores contrastantes teorías, así como también a la luz de la norma constitucional que como ya se explicó anteriormente, en su palabra “injustificadamente” contemplaría la posibilidad de acciones regresivas con validez constitucional. Sin embargo, definir el alcance o concepto de lo que se puede considerar como una medida regresivamente justificada conlleva un necesario análisis de lo que la corriente neo constitucional busca proteger. De esta forma, tanto en el texto citado en el párrafo anterior, como en las referencias doctrinales que se harán a continuación, se pueden identificar elementos esenciales respecto de los cuales se analiza la naturaleza de una acción u omisión de carácter regresivo y que más allá de su nomenclatura son concretamente tres: La necesidad de alcanzar un fin constitucionalmente válido; la idoneidad de la medida para conseguir dicho fin; y la proporcionalidad o razonabilidad.

Vázquez (2016) realiza un estudio sobre el test de aplicación no regresividad en el que, analizando igualmente criterios de la CCC, recopila los elementos que dicho órgano judicial ha tomado en cuenta al momento de resolver acerca de acciones judiciales en las cuales se ha invocado la regresividad de derechos. Así, dentro del completo análisis de la corte en el tema de regresividad indica que los componentes del test son “el estudio de la posible regresión, el examen de afectación de los contenidos esenciales del derecho y el análisis de la justificación.” (Vázquez, 2016, p. 167) En este sentido, de los criterios doctrinarios y estudios que se ha hecho sobre la jurisprudencia constitucional, se encuentran algunos elementos necesarios a ser tomados en cuenta al momento de analizar el principio en cuestión de tal forma que se concepto y alcance queden claramente definidos y que si bien, naturalmente deberá ser estudiado frente a cada caso concreto, se puede sin embargo tener lineamientos y bases claras para su aplicación posterior.



El primer elemento de los que se ha mencionado es el estudio de la posible regresión. Vázquez (2016) manifiesta que la CCC ha considerado que una acción u omisión contempla regresividad de derechos cuando se modifica la situación normativa de estos en el sentido de reducir su alcance de protección, recortar los recursos públicos que se destinan para garantizarlo, o cuando en general, se aumente el costo o gravamen para alcanzar un determinado derecho. Indudablemente estos aspectos para efectos del principio de no regresividad corresponden ser evaluados o comparados con los márgenes de protección anteriores a la presunta acción vulneratoria de derechos. El segundo elemento del test de aplicación supone el análisis de la afectación de los componentes principales del derecho. En este aspecto, si bien según el propio autor citado, la jurisprudencia analizada no reconoce una regla clara para este aspecto, razón por la cual restaría aplicar un análisis específico al caso concreto y a cada derecho particular, este aspecto se refiere a lo que comúnmente se conoce como el núcleo duro de los derechos, es decir, los componentes sin los cuales un determinado derecho no pudiera cumplir su finalidad o que sin el mismo se desnaturaliza su existencia en el sentido del aspecto que busca proteger. El último componente del test de aplicación y que resulta el más importante y asimismo de mayor complejidad es el del análisis de la justificación. Una vez que se ha identificado una medida regresiva resta determinar si la misma, aunque por principio sea inconstitucional, tiene sin embargo una justificación que validaría su existencia. De esta forma, surge la obvia interrogante de determinar que suponen o que aspectos se deben observar al momento de considerar si una medida de carácter regresivo es constitucionalmente justificada.

En este tema, Vázquez (2016) continúa con su estudio e indica que la Corte Constitucional Colombiana ha sostenido en sus sentencias que para que exista una debida justificación debe primero existir una discusión a nivel de autoridades sobre el tema en cuestión; luego, determinar que se han analizado las opciones del caso y que se ha optado por aquella que afecta en menor medida el o los derechos involucrados; y finalmente que la medida regresiva sea adoptada con el fin de alcanzar un fin constitucionalmente válido, es decir, promover el ejercicio de otros derechos sociales. Respecto de la discusión bajo un principio democrático previo a la toma de una medida posiblemente regresiva se tratará más adelante cuando se haga referencia específica sobre los derechos laborales, sin embargo, y aunque el autor referido los clasifica de distinta forma, se puede identificar que entre los elementos descritos encontramos la proporcionalidad entendida en el sentido de que la acción regresiva debe ser la menos gravosa y que por lo tanto no afecte en forma desmedida uno o varios derechos, y por otra parte está la necesidad, entendida esta como el objetivo o la razón por la cual se toma la medida y que debe orientarse a la satisfacción de otros derechos constitucionales.

Con respecto a la proporcionalidad como elemento del test de regresividad, esta es una categoría que pudiera resultar bastante subjetiva en virtud que es plenamente válido aseverar que existen una gran variedad de medidas políticas o gubernamentales que se pueden tomar con respecto de un igual número de derechos constitucionales y principalmente sociales. De esta forma a través de los dos ejemplos que se van a citar se podrá tener una idea aproximada de cómo se puede considerar el criterio de la proporcionalidad al momento del estudio de medidas consideradas como presuntamente regresivas. En la sentencia C-931-2004 citada por Uprimmy y Guarnizo (2008, p. 723) la CCC conoció un caso respecto de la acusación de inconstitucionalidad de la ley anual de presupuesto en la cual se



reducía el presupuesto para las universidades públicas. En dicho caso si bien la Corte sostuvo como premisa que las acciones de carácter regresivo son por regla general inconstitucionales, sostuvo que sin embargo pueden existir disminuciones en el grado de protección de un derecho debidamente justificadas por lo cual era pertinente hacer un análisis de tal justificación. En este sentido, la corte considero que si bien existía el parámetro de la necesidad, es decir, buscar cumplir un fin legítimo que en el presente caso era el resguardo de la macro economía a través de aliviar el déficit fiscal, la medida empero resultaba desproporcional por cuanto no se demostró porque tal medida era la única adecuada frente a otras que puedan resultar en una menor afectación del derecho en cuestión, motivo por el cual declaro inconstitucional la ley.

El segundo ejemplo en el cual se puede ilustrar los juicios de valor que se pueden realizar sobre el elemento de la proporcionalidad es acerca de un en el cual la CCC conoció la demanda sobre una ley que congelaba los salarios de los funcionarios públicos con una remuneración superior a los dos salarios mínimos. (Uprimmy y Guarnizo 2008, p. 729) En este caso, la corte de igual forma que en el anterior trabaja bajo la concepción de que las medidas regresivas como el no reajuste de salarios que ya existía anteriormente, es por principio inconstitucional. Sin embargo de esto, e indicando que los derechos no son absolutos, situación idéntica a la de Ecuador, al momento de realizar el análisis de proporcionalidad, el órgano judicial consideró por un lado que, para los trabajadores que percibían una remuneración menor a los dos salarios básicos, su derecho a mantener el poder adquisitivo respecto de la economía era verdaderamente intangible, pero que para aquellos servidores públicos con una remuneración superior a los dos salarios básicos, no resultaba desproporcionada la medida de limitar su poder adquisitivo a través del congelamiento de salarios en virtud que su mejor situación económica permite no afectar sus necesidades básicas y que esto a su vez tiene la contraparte de ayudar a que el estado, con los fondos que obtiene de este ahorro, pueda cumplir obligaciones de carácter social.

Luego de los ejemplos citados que como ya se indicó buscan ilustrar los criterios de valoración que se pueden realizar respecto del componente de proporcionalidad, es importante traer a colación una doctrina bastante interesante nacida de la jurisprudencia estadounidense y que también de una manera similar se encuentra en la jurisprudencia ecuatoriana. Al momento de analizar la proporcionalidad de una medida, la jurisprudencia estadounidense utiliza el criterio de las categorías sospechosas en los casos en los que existan de por medio aspectos como la raza, y en tal supuesto, la medida debe ser proporcionalidad (Uprimny & Guarnizo, 2008) es analizada con mayor rigidez, así como también la estricta necesidad de la acción tomada. Por su parte, cuando existen circunstancias sobre las personas en cuanto a su sexo, por ejemplo, las categorías las denomina como semi sospechosas y en las cuales la medida presuntamente regresiva debe ser considerada al menos útil para el fin propuesto. Por último se identifica un test de proporcionalidad suave referente a categorías neutras y donde se reduce el análisis de la proporcionalidad. (Uprimmy y Guarnizo, 2008)

Este concepto de las categorías sospechosas se configuro igualmente a través del desarrollo jurisprudencial, específicamente a través de la sentencia No 080-13-SEP-CC caso No 0445-11-EP en la cual la Corte Constitucional Ecuatoriana determino que en temas de discriminación existen este tipo de categorías sospechosas cuando se existen actos u omisiones de tratos aparentemente diferentes





sobre personas que pertenecen a grupos de atención prioritaria y que tales acciones no resultan proporcionales ni razonables. Si bien en el tema discutido dentro de la sentencia constitucional referida versaba sobre el derecho a la igualdad y no discriminación, con lo cual se impuso una verdadera inversión de la carga de la prueba en cuanto a la forma de probar la existencia de un trato discriminatorio, resulta por decir lo menos, interesante considerar como la jurisprudencia estadounidense ha vinculado esta situación con la regresividad de derechos, y como respecto del análisis de la proporcionalidad se puede utilizar también el concepto de las categorías sospechosas que asisten y protegen a personas de grupos vulnerables, como un elemento que obligue a establecer un estándar más rígido cuando la posible regresividad de derechos afecte los derechos de tales grupos de personas.

Finalmente, dentro del tema de la justificación que puede existir referente una medida de carácter regresivo, cabe hacer mención a que dicha justificación se base en la falta de recursos del estado. En este aspecto, Vázquez (2016) hace referencia al criterio expresado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 2007 sobre las consideraciones bajo las cuales se puede aceptar una medida regresiva, siendo estas: el nivel de desarrollo económicos del estado; la situación económica actual y sobre todo si se encuentra en periodo de recesión o contracción económica; la existencia de otras necesidades del estado que debe satisfacer con sus recursos económicos; la falta de otras opciones menos gravosas; y por ultimo verificar si se buscó asistencia de organismos internacionales. Ahora, es importante recalcar que, si bien consta que existen parámetros para determinar la justificación de una medida regresiva en razón de la falta de recursos económicos, este continúa siendo solo un aspecto del test de las justificaciones. Como ya se mencionó en un ejemplo citado anteriormente, el buscar aliviar el déficit económico o fiscal del estado a fin de cumplir con sus obligaciones y la protección de derechos en plenamente un motivo valido y necesario para tomar una medida regresiva, sin embargo, este elemento como ya se ha podido observar, continúa vinculado a la proporcionalidad que debe tener la medida regresiva de derechos.

### **1.3 El principio de progresividad de los derechos y su conexión con el principio de prohibición de regresividad. Vinculación con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.**

Una vez que se ha realizado un análisis conceptual y teórico acerca del alcance y elementos que supone el principio de prohibición de regresividad de los derechos, corresponde ahora, en razón de la estrecha vinculación entre uno y otro, hacer una necesaria referencia al principio de desarrollo progresivo de los derechos constitucionales. En primer lugar y a fin de ubicar normativamente el referido principio, se tiene que el artículo 11, numeral 8 de la Constitución Ecuatoriana establece que “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”. Por su parte, la Convención América de Derechos Humanos en su artículo 26 indica que “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas,



sociales y sobre educación, ciencia y cultura”. Finalmente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, más conocido como el Protocolo de San Salvador, en su artículo primero contempla que los estados signatarios de dicho instrumento internacional se comprometen hasta el máximo de sus recursos a tomar medidas que permitan lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el protocolo.

El principio de progresividad de los derechos es comúnmente relacionado de manera cercana con el principio de prohibición de regresividad, intercalados de una forma en la que casi no se pudiera contemplar uno sin la existencia del otro. Del texto constitucional referido en líneas anteriores, incluso se nota que el principio de progresividad se encuentra en el mismo numeral con la prohibición de regresividad, situación que no sería incorrecto afirmar fue establecida de esta forma para la mejor protección de los derechos reconocidos en la carta magna a través de estos dos principios que en no pocas veces van de la mano. La progresividad de los derechos y su prohibición de regresividad son dos principios que se complementan al momento de su aplicación, es así que se pudiera pensar que cada uno supone un candado de seguridad respecto del otro, ya que, la progresividad de los derechos pudiera verse fácilmente afectada si no existiera la prohibición de regresividad, y por su parte, la prohibición de regresividad no tuviera una línea base sobre la cual actuar si es que no se tuviera un desarrollo progresivo de derechos a través del cual se pueda determinar que ha habido avances o retrocesos en la amplitud o protección de los derechos.

Sin embargo de lo indicado, es decir, de esta relación entre los principios en materia, los fines constitucionales hacia los cuales se dirigen cada principio son diferentes y cada uno contiene su bagaje de conceptos y elementos determinantes en su aplicación. Según Vázquez (2016) la diferencia es clara por cuanto la progresividad busca observar si se han adoptado políticas públicas o decisiones que desarrollen el contenido de los derechos por parte del estado; mientras que la prohibición de regresividad está encaminada a analizar la restricción de derechos, independientemente de su grado de avance y con la intención de determinar si el retroceso es justificado. De esta forma, se identifica que el avance de los derechos se caracteriza por ser una obligación de carácter de positivo del estado, en el sentido de adoptar medidas legislación o planes de gobierno que busquen ampliar el alcance del acceso a derechos constitucionales; mientras que la prohibición de retroceso supone un deber de no hacer del estado, entendiéndose por esta, el no realizar actos de cualquier naturaleza que como ya se ha indicado ampliamente, ocasione un menoscabo de los derechos de manera injustificada.

Como ya se citó en líneas anteriores, el principio de progresividad recogido en la constitución del Ecuador, se origina en instrumentos de derecho internacional en los cuales especialmente en materia de derechos económicos, sociales y culturales se ha contemplado el compromiso de los Estados de desarrollar de manera progresiva el acceso a estos derechos. Concordante con esto, el Comité de los DESC de las Naciones Unidas consideró que el desarrollo progresivo de los derechos debe buscar la plena realización de dichos derechos sin perjuicio de que esta es una obligación que no puede considerarse a corto plazo (Vázquez, 2016). A pesar de esta dificultad temporal, el Comité ha sostenido que los estados si tienen la obligación de tomar acciones inmediatas encaminadas para el desarrollo



de los derechos, y que, si bien estas acciones pueden tener efectos a mediano o largo plazo, esto no exime del deber de contemplarlas en todo momento.

Por su parte, Courtis (2006, p. 4) haciendo referencia a las nociones de regresividad sostiene que las mismas se han derivado del concepto de progresividad adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos que en junio de 2005 aprobó las Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador. En este sentido, se hace referencia a que en el artículo 5.1 de dicha norma se contempla que “por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural” (Citado por Courtis, 2006, p. 5). Asimismo, un punto resaltable son los indicadores de progreso que las normas aquí referidas tratan en su artículo 5.2. Estos indicadores de progreso se emplean en el sentido de poder determinar con un grado de objetividad los avances conseguidos desde un punto específico hasta la meta deseada en cuanto a desarrollo de derechos, pudiéndose de esta forma identificar la progresividad alcanzada. Finalmente, se hace referencia a que estos indicadores de progreso contemplados por la Asamblea de la OEA también consideran no solo de forma empírica los avances en el desarrollo de los derechos sino también la propia estructura normativa que permita una mejor configuración del acceso a los derechos.

Es evidente notar que, los instrumentos de derecho internacional que se han mencionado, así como también los análisis de autores que se han considerado en esta revisión del principio de progresividad, contemplan el alcance de este principio dentro del margen de los DESC. Sin embargo, la constitución del Ecuador bajo la corriente neo constitucionalista no establece una jerarquía en cuanto a los derechos, y de esta forma el principio de progresividad, así como todo principio constitucional es aplicable a todos los derechos constitucionales, independientemente de que estos sean de la categoría de económicos, sociales, culturales. En razón de esto, resulta aunque obvio, señalar que de acuerdo al marco constitucional, el desarrollo progresivo de los derechos es aplicable en toda su dimensión, y es así como Nikken (2010) lo señala al sostener que los derechos siempre pueden mejorar su ámbito de protección respecto de aspectos que anteriormente no se gozaban.

#### **1.4 La prohibición de regresividad en los derechos laborales y la relevancia del componente empírico.**

Una vez que se ha revisado el concepto, elementos y el posible alcance que tuviera el principio de prohibición de regresividad, al igual que se ha realizado un breve repaso del principio de progresividad de los derechos y su conexión con el primero, resta a continuación concretar estos conceptos en el tema central del presente trabajo de investigación, mismo que se refiere a incidencia de la regresividad en los derechos laborales y principalmente, en la estabilidad laboral. En tema de regresividad se han observado a lo largo de este capítulo que pueden existir algunos supuestos. Así, se vio que según Courtis la regresividad podía verificarse a través de una política pública o mediante un cambio



normativo. Luego, se observó que cuando efectivamente se determine un menoscabo en los derechos constitucionales en razón de estas acciones, esta regresividad no puede ser considerada de manera absoluta como inconstitucional, sino que corresponde analizar si este retroceso fue o no justificado desde un punto de vista constitucionalidad para lo cual se revisará la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Igualmente, según los conceptos recopilados de Courtis, se tiene que para poder establecer la existencia de una medida regresiva, en cuanto a políticas públicas se requiere información empírica que evidencia el menoscabo en un determinado derecho, mientras que en lo referente a normativa basta con verificar que una nueva regulación contemple disposiciones menos favorables en cuanto al acceso o alcance de un derecho.

Sin embargo de lo expresado, tal como se planteó a inicios de este capítulo, de manera a priori no sería incorrecto considerar que, en materia de derecho laborales, y mas aun en temas de estabilidad laboral, el poder determinar la existencia de una acción u omisión de carácter regresivo mediante cambios en la ley no resultaría tan simple y en la forma como lo asevera Courtis, es decir, no bastaría con la simple comparación entre la norma actual considerada regresiva con respecto de su precedente. Esta aseveración puede encontrar su fundamento en el hecho que, el derecho laboral, como una rama social del derecho tiene implicaciones sociales y económicas que son innegables, de esta forma, si bien una norma puede tener un determinado sentido literal, histórico o teleológico con el cual el legislador lo contemplo, en su verificación real y social pudiera contemplar efectos distintos y que solo de una forma empírica pudieran evidenciarse como regresivos o no. Lo afirmado puede encontrar soporte en el ejemplo citado a continuación.

Uprimmy y Guarnizo (2008, pp. 726 – 727) traen a referencia un caso resuelto por la Corte Constitucional de Colombia respecto de una demanda de inconstitucionalidad sobre una ley que reformaba artículos del Código Sustantivo del Trabajo. De acuerdo a los autores, la ley mencionaba reducía ciertas garantías de los trabajadores con el fin de flexibilizar la legislación laboral y así poder promover el empleo. Entre los aspectos que esta ley modifico, se indica que se contemplaba la posibilidad extender la jornada laboral diurna; reducía las indemnizaciones por despido sin justa causa en los contratos a término indefinido; y entre otros, disminuía también las garantías en los contratos de aprendizaje. Ante esta nueva regulación, la ley fue demandada como inconstitucional por cuanto reducía garantías laborales y desconocía las conquistas laborales que en materia social se habían conseguido a razón del desarrollo progresivo de los derechos.

La CCC en lo principal consideró que, en atención al principio de progresividad de los derechos sociales, conectándolo con la prohibición de regresividad, sostuvo que todo retroceso de derechos debe presumirse inconstitucional, pero que sin embargo estos actos regresivos pueden llegar a ser justificados. En este sentido la corte inició por determinar que el propósito de la ley es el de estimular el empleo, objetivo que es claramente valido constitucionalmente, y que tal fin ha sido determinado a través de un debate democrático del órgano legislativo. Empero, al momento de continuar con su análisis, la CCC “considero que no puede entrar a analizar intensamente la idoneidad o necesidad de las medidas, pues se está en un terreno de enorme incertidumbre empírica” (Uprimmy y Guarnizo, 2008, p. 726). De esta forma, y de manera completamente comprensible, la Corte reconoce el campo



conceptual en el que se encontraba, mismo que solo puede ser determinado con evidencia empírica por cuanto existen varias visiones económicas contrastantes que por un lado consideran que la flexibilización del trabajo es adecuada por cuanto promueve el empleo, mientras que por otro lado existen teorías y líneas de pensamiento que el desempleo ocurre por una verdadera falta de demanda efectiva del mercado laboral. Con estas consideraciones, la CCC fundamentó su criterio para declarar constitucional la ley al sostener que su labor correspondía limitarse a analizar que “las medidas sean proporcionadas, en cuanto a los objetivos perseguidos, al cuidado de los propios debates democráticos y [finalmente] a los sacrificios eventualmente impuestos a los trabajadores” (Uprimmy y Guarnizo, 2008, p. 727).

Del caso que se acaba de ejemplificar se pueden extraer dos situaciones importantes para el estudio del presente trabajo de investigación. La primera es que se ha podido observar que, aunque si bien es solo un caso el que se acaba de citar, existe una línea de pensamiento de cómo tratar los casos en los cuales existe un componente empírico dentro del análisis de una medida regresiva en cuanto a su constitucionalidad, y este es concretamente verificar un principio democrático y por otro lado mirar el siempre necesario parámetro de la proporcionalidad. La segunda y más importante es precisamente evidenciar que no puede negarse que al menos en materia laboral, existe la posibilidad de que exista este componente empírico al momento de determinar el principio de regresividad. Este componente empírico, como se ilustra en el ejemplo, puede suscitarse cuando ya existe una medida regresiva, sin embargo, se necesita determinar si dentro de los elementos de su justificación, el componente de la idoneidad de la medida tomada requiere un análisis o información empírica para comprobar si efectivamente la acción puede conseguir el fin constitucional deseado, en el caso anterior, favorecer el empleo.

Este aspecto empírico, sin embargo, pudiera también estar presente en otro momento. Si bien a lo largo de este primer capítulo se ha tratado el tema del principio de no regresividad en un estudio más enfocado a los componentes de la justificación de una medida potencialmente regresiva, es naturalmente concebible que normativamente pueden existir casos en los que del mero contenido de la normativa no se pueda determinar si en realidad se ha producido una regresividad de derechos, y que para poder establecer esto se requiera un análisis. Es así que en este trabajo de investigación que se centra en el análisis de la incidencia que han tenido las enmiendas constitucionales de 2015 referentes a la eliminación del Código del Trabajo en las instituciones del sector público, se trabaja bajo la premisa de que a fin de determinar si ha existido una regresividad del derecho a la estabilidad de los obreros del sector público se necesita hacer un análisis de dos frentes, tanto uno de carácter conceptual sobre las figuras de régimen laboral y sus componentes de estabilidad, tanto como un acercamiento de carácter empírico que respalde las posibles conclusiones de la revisión y comparación de estas dos situaciones laborales del sector público que son la ley laboral y por otra parte las leyes que rigen exclusivamente la administración pública. Con esta consideración, se desarrollarán los siguientes capítulos.







## **CAPITULO 2: Las enmiendas constitucionales de 2015. Análisis de las reformas en materia laboral y servicio público.**

El objeto central del presente trabajo de investigación, tal como se lo ha detallado en el planteamiento del problema y su subsecuente hipótesis es uno muy concreto y consiste en determinar de qué manera las enmiendas constitucionales del año 2015, mediante las cuales, entre otros aspectos, se eliminó el régimen del Código del Trabajo para los obreros del sector público, inciden de una manera posiblemente regresiva en el derecho a estabilidad laboral de dichos trabajadores. En el primer capítulo, se ha abordado el estudio y análisis de lo que comprende el principio de prohibición de regresividad de acuerdo a la Constitución ecuatoriana, su posible alcance, limitaciones, y la forma en la cual se deberían considerar sus elementos al momento de su aplicación efectiva en el marco jurídico práctico, así como también los factores y posible problemática que se verificaría en materia laboral y estabilidad laboral. En este sentido, una vez que se cuenta con tal análisis, corresponde en el presente capítulo empezar el estudio de lo que se puede considerar es el aspecto medular de este trabajo, esto es, la revisión de la acción, en este caso legislativa, que pudiese contemplar consecuencias regresivas de derechos, y que consiste en las enmiendas constitucionales de 2015 referentes a las modificaciones en materia laboral.

### **2.1. El proceso de enmienda constitucional.**

Más allá del contexto político bajo el cual el Ecuador se encontraba en los años 2014 y 2015, el cual fue importante y pudiese considerarse que influyó en el proceso que se va a estudiar, se estima que, para efectos del presente trabajo, resultaría adecuado no referirse al mismo por cuanto aquí se realizará un análisis estrictamente jurídico y constitucional sobre los elementos del acto legislativo en mención. De esta forma, los elementos que se han revisado sobre el principio de regresividad, si bien tienen un componente social evidente en razón del impacto económico que se debe observar en la proporcionalidad de las medidas, el factor político y gubernamental ideológico que pudo estar establecido en aquel entonces no sería relevante para un trabajo que revisará con apego al texto constitucional las acciones tomadas y buscará determinar más allá de conceptos políticos, si las mismas fueron proporcionales y constitucionales tanto en su forma y en su fondo.

El proceso de enmiendas constitucionales inició mediante iniciativa propuesta por la Asamblea Nacional a través de solicitud escrita ante la Corte Constitucional (CC) presentada por la entonces presidenta del órgano legislativo en fecha 26 de junio de 2014. En esta forma, con fundamento en el artículo 441 de la Constitución de la República, en ejercicio de la facultad de iniciativa de enmienda se presenta un proyecto de reforma a la Constitución a fin de que el máximo órgano Constitucional determine el procedimiento adecuado que se debe tomar. Asimismo, la titular del órgano legislativo señaló en su proyecto de reforma las razones por las cuales se solicitada la misma. Dicho proceso de enmiendas constitucionales fue resuelto por la Corte Constitucional mediante Dictamen No 001-14-DRC-CC, Caso No 0001-14-RC en fecha 31 de octubre de 2014.



En el referido dictamen, la Corte Constitucional procede a realizar un análisis tanto en lo correspondiente a la forma, entendiéndose por esta el procedimiento adecuado que se debe observar para llevar a cabo un trámite de enmiendas constitucionales dependiendo de lo que se busque modificar del texto constitucional; y en segundo lugar realiza en análisis sobre el fondo, es decir, sobre los motivos y las justificaciones por las cuales el órgano legislativo ha activado la iniciativa de enmienda a fin de determinar que tales razones no sean contrarias a la propia constitución. A continuación se realizará un análisis lo más detallado posible, acerca del criterio que tomo la Corte Constitucional específicamente respecto de la propuesta de los artículos 10 y 11 del texto de enmiendas que modificaban el régimen del Código del Trabajo en las instituciones del sector público. Se empezará por el análisis acerca del fondo de las propuestas, dejando para el final lo referente a la forma por cuanto acerca de la misma se realizará una observación de amplia relevancia jurídica.

La justificación presentada por el órgano legislativo que propone el texto de enmiendas y que es analizado por la Corte es que, se está buscando eliminar la desigualdad que existe en el régimen laboral en el sector publico debido a la diferenciación entre servidores sujetos a las leyes de la administración pública, y los obreros sujetos al Código del Trabajo, indicando que dicha distinción genera discriminación dentro del personal de las instituciones del Estado. Ahora, si bien la Corte empieza su análisis a través de una pregunta respecto de la forma del proceso, esto es, el procedimiento a través del cual se puede modificar el régimen jurídico de los trabajadores, necesariamente procede a efectuar un estudio acerca del fondo de los derechos que a criterio los legisladores proponentes, se estarían precautelando.

## 2.2 Análisis de pertinencia

La enmienda constitucional propuesta respecto del cambio de régimen jurídico de los obreros del sector publico suponía como ya se indicó, que evidentemente toda persona bajo dependencia laboral de una institución del Estado estaría sujeta únicamente a las leyes que rigen la administración pública, con la salvedad de las personas que ya hubieren ingresado bajo la normativa del Código del Trabajo, misma que eventualmente se eliminaría. En este sentido, existiendo claramente un aspecto relacionado con el derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte Constitucional inicio su análisis de dictamen de pertinencia sobre dicha enmienda, haciendo un estudio y revisión de lo que implica tal derecho. A continuación, se recopilarán los puntos que se han considerado más importantes dentro del razonamiento de la Corte para de manera simultánea, poder comentarlos y determinar si bajo la luz de una lógica jurídica adecuada a la Constitución se pudieran considerar correctos los proporcionales los criterios de la Corte, tanto en lo referente al derecho a la igualdad invocado, así como también respecto de los principios de no regresividad y progresividad materia de este trabajo.

La CC trae a colación varias definiciones de lo que constituye el derecho a la igualdad y no discriminación, haciendo alusión principalmente a instrumentos internacionales, realizando así un control de convencionalidad. Dentro de estas definiciones y criterios, hace especial referencia al aspecto de la desigualdad frente a la discriminación indicando que la igualdad solo es violentada





cuando existe una diferenciación que no tienen una justificación objetiva y razonable, y que dicha justificación tenga una determinada finalidad, así como una adecuada utilización de los medios para dicho fin (Corte Constitucional, 2014. p. 104). Este concepto referente a cómo el derecho a la igualdad puede suponer un trato distinto, concuerda con un criterio que la CC adoptó igualmente en sus resoluciones posteriores al momento de considerar el derecho a la igualdad. Así, en su sentencia No 309-16-SEP-CC, Caso No 1927-11-EP la CC ha sostenido que el derecho a la igualdad y no discriminación contiene cuatro mandatos: Mandato de trato idéntico a destinatarios en situaciones idénticas; mandato de trato diferente a situaciones que no compartan ningún símil; mandato de trato igualitario a destinatarios con similitudes y diferencias, pero siempre y cuando las similitudes sean más relevantes, y; mandato de trato diferenciado a destinatarios con circunstancias de similitudes y diferencias pero que las diferencias sean más relevantes que las similitudes (Corte Constitucional, Sentencia No. 309-16-SEP-CC, Caso No. 1927-11-EP, 2016).

La CC empieza su análisis con el fin de determinar si la diferencia que existe dentro de las personas que laboran en una institución del sector público tiene una justificación razonable o si en realidad no existe tal. Ahora, cabe aquí hacer referencia a una situación importante. La CC indica expresamente que procede a hacer un análisis de razonabilidad a la luz del derecho a la igualdad sobre el contenido de una norma constitucional, esto es, el que los obreros de las entidades del Estado estén sujetos al Código de Trabajo, por lo tanto, se puede considerar aquí que, a razón de la propuesta de enmiendas constitucionales parecería que la CC procedió a realizar una tarea de verificar si una disposición constitucional, podía tener un carácter vulneratorio de derechos y consecuentemente ser inconstitucional. En este aspecto, es importante diferenciar dos situaciones. La Constitución es la norma de jerarquía más alta en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con la salvedad de la denominada jerarquía móvil respecto de derechos humanos que la propia Constitución cede a favor de los instrumentos de derecho internacional, y en este sentido, siendo la Constitución la norma fundamental, de acuerdo a su artículo 84, todo acto normativo, actos del poder público e incluso su propia reforma, debe adecuarse a la misma y no desconocer los derechos existentes. De esta forma, es adecuado identificar que, es distinto el supuesto en el cual se analice que una reforma constitucional no menoscabe el ejercicio de los derechos, de un segundo supuesto que sería el presente, en el cual a razón de una propuesta de enmienda, la CC realiza un análisis del que, al menos en su planteamiento, busca determinar si una disposición constitucional, es en realidad, inconstitucional, situación que parecería ser inadecuada y errónea puesto que, como se verá más adelante, en la sentencia mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad de las enmiendas, la misma Corte Constitucional sostiene que hay imposibilidad de sujetar las disposiciones constitucionales al principio de supremacía constitucional por verificarse una identidad material entre el objeto y el parámetro de análisis.

Habiendo determinado “a priori” que existe la diferenciación entre regímenes laborales dentro del sector público, la CC sostiene:

Un primer elemento a ser observado es la relación laboral en la que se encuentran los destinatarios de la norma. En aquel sentido, se debe manifestar que esta relación implica la



presencia de dos actores: por un lado, el empleador, y por otro, el trabajador o trabajadores, por lo que se puede advertir que el sujeto empleador en la presente relación laboral es el Estado ecuatoriano, mientras los trabajadores del sector público se encuentran diferenciados en cuanto a la aplicación normativa en obreros y servidores públicos, los primeros regidos por el Código del Trabajo y los segundos por la Ley Orgánica de Servicio Público. (Corte Constitucional, 2014, pág. 105)

En este sentido, la Corte Constitucional considera que a fin de aplicar el derecho a la igualdad y no discriminación debe considerar las situaciones paritarias y diferentes de los sujetos involucrados, siendo en el presente caso que la categoría paritaria es el sujeto empleador de la relación laboral, esto es el Estado; y la situación diferenciadora, la división de régimen laboral fundamentada en la realización de actividades físicas o intelectuales. Bajo este análisis, la CC se realiza la interrogante de como existen situaciones laborales distintas a sujetos que están vinculados a un mismo empleador, y llega a la conclusión de que tal diferenciación, es una distinción injustificada por cuanto priva a los trabajadores sujetos al Código del Trabajo de los derechos consagrados para los servidores públicos, y más considerando que en uno u otro caso, el contingente laboral se presta al sector público, es decir, al Estado como empleador.

Es importante como se indicó, realizar aquí un análisis del criterio de la CC. De los antes referidos mandatos referentes al derecho a la igualdad y no discriminación que en años posteriores serian adoptados por la propia Corte Constitucional, se ha podido observar en el tercero y cuarto mandato, que cuando entre los sujetos destinatarios existen similitudes y diferencias, se debe establecer cuál de estas tiene mayor importancia a fin de determinar si corresponde un trato idéntico o diferente. Es más, de la propia consideración de la CC en el dictamen en cuestión, reconoce que el trato diferenciado no vulnera el derecho a la igualdad, si es que este tiene justificación. En este sentido, como se puede ser del texto referido que constituye el criterio de la Corte, el organismo consideró que, si bien hay situaciones paritarias y diferentes, tiene más relevancia la situación paritaria que consiste en que el contingente laboral se presta para el Estado, y que consecuentemente un trato diferenciado no es adecuado y es injustificado.

Sin embargo, parecería que la conclusión a la que llega la CC es equivocada por cuanto no se encuentra respaldada en premisas ni jurídicas ni empíricas. El órgano constitucional toma como principal referente que dentro en las instituciones públicas, todos sus trabajadores y servidores tienen como empleador al Estado, determinando con esto una situación paritaria dentro del personal sujeto a dependencia, luego de lo cual invoca el derecho a la igualdad y no discriminación contemplado en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución y concluye que este trato diferenciado pese a existir un mismo empleador, es injustificado. De esta forma, parecería evidente que no existe una verdadera conexión entre la norma constitucional invocada y el supuesto de hecho que se analiza ya que, como se puede ver del texto del dictamen en sus páginas 105 en adelante, se llega a tal conclusión sin un análisis detallado de como se ha incurrido en una vulneración el derecho a la igualdad y no discriminación que ha conllevado un menoscabo en el acceso a derechos constitucionales, y más aún cuando del propio



criterio de la Corte, se requería revisar las posibles justificaciones que existan para la diferenciación de regímenes laborales dentro de la administración pública.

Efectivamente en este sentido, bajo el propio criterio de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte IDH), cuyas líneas conceptuales fueron usadas al inicio de su dictamen por la CC, al momento de analizar un trato diferenciado se debe observar determinados elementos. Primero, si una situación jurídica entre dos sujetos es relevantemente igual, a fin de identificar si aplican las obligaciones que nacen del derecho a la igualdad y no discriminación; segundo, identificar las posibles justificaciones que serían consideradas legítimas para el trato diferenciado así también como aquellas que estarían prohibidas; y tercero, determinar si la distinción cumple con un test de proporcionalidad. (Pérez, 2016, págs. 38, 39) Cabe entonces revisar lo que la doctrina y las líneas jurisprudenciales internacionales han identificado dentro de cada uno de estos aspectos.

Sobre el primer componente, resultaría acertado afirmar que en pocas situaciones se pudiera encontrar una semejanza completa a fin de determinar el deber de exigir el derecho a igualdad y no discriminación. Consecuentemente, según Uprimny, citado por Pérez (2016), la importancia de las similitudes y diferencias debe fijarse en base a una norma o situación específica para de esta manera no solo llegar a la conclusión de que dos personas o grupo de personas son suficientemente iguales para un trato igual, sino también para identificar si las diferencias son de tal magnitud que requiere una obligación de trato diferenciado en aras de una igualdad material. En el análisis hecho por la CC, se pudo ver que como similitudes se limitó a considerar el tipo de empleador que existe para servidores y obreros, lo cual indudablemente si lo es, sin embargo, respecto de las diferencias existentes, únicamente se puede ver que la CC considero el tipo de trabajo realizado. La CC sostuvo que:

En efecto, quienes realizan actividades físicas, como quienes realizan actividades intelectuales dentro del sector público, asumen un rol de servidores públicos, los mismos que deben observar los principios constitucionales que rigen el servicio público en el país, en la especie, eficacia, eficiencia, calidad, etc.” (Corte Constitucional, 2014, pág. 106).

De esta forma, y con particular importancia como ya se hizo notar anteriormente, se debe observar que la CC considera que el trato diferenciado es injustificado sin analizar todos los elementos que se pudieron haber tenido en cuenta en el presente caso a fin de determinar una pertinencia de trato igualitario, o diferenciado, pero en una forma que garantice igualdad material, mas no como un menoscabo de derechos.

Como segundo elemento dentro de la línea de pensamiento que ha manejado la Corte IDH sobre las obligaciones del derecho a la igualdad se encuentran las justificaciones existentes para la distinción. Pérez (2016) hace referencia a que existen razones que pueden justificar un trato diferenciado, tanto así, que indica que la doctrina ha considerado que el derecho interno puede establecer supuestos en los cuales este estrictamente prohibido un trato diferenciado, de esta forma, el derecho interno de los estados pudiera tratar de forma taxativa o abierta, disposiciones legales que brinden limitaciones a condiciones que puedan suponer un trato diferenciado. Empero, en este punto, respecto del dictamen objeto de revisión, se puede observar que en el presente caso la Corte Constitucional omite



completamente este parámetro por cuanto en ningún apartado parecería poderse encontrar que el órgano de control constitucional haya revisado o considerado alguna posible justificación para la distinción de regímenes laborales que se encuentran en el sector público.

La Corte en su dictamen sostuvo:

Tanto los obreros como las demás personas que prestan sus actividades laborales en el sector público están sujetas a los mismos principios, por tanto, no existe una justificación para una aplicación diferenciadora de la normativa que rige sus relaciones laborales, puesto que todos parten de una misma categoría, servidores públicos. (Corte Constitucional, 2014, pág. 106)

Del texto citado se puede observar que la CC hace alusión a principios que rigen el trabajo en la administración pública, sin embargo no indica cuales son estos, ni los puntualiza en una forma que permita evidenciar su influencia sobre su argumentación, y más aún, lo que resulta de mayor importancia, es que en base a tal alegación, concluye que no existe justificación para el trato diferenciado, conclusión que se alcanza sin verificar antes o hacer mención a un razonamiento que permita establecer que se consideró algún argumento de contraposición. En igual sentido, en líneas siguientes, la CC continua su análisis sosteniendo que:

El concepto de igualdad no significará una igualdad de trato uniforme por parte del Estado, sino más bien un trato igual a situaciones idénticas, pero diferente entre otras situaciones; es decir, dentro del ordenamiento jurídico existen causas previamente establecidas en disposiciones legales que serán aplicables a situaciones concretas presentadas en un supuesto fáctico y/o por actores sociales determinados; empero en el presente caso no existe una justificación razonada que permita mantener una diferenciación en cuanto a la aplicación de la ley entre servidores públicos que realicen actividades físicas –obrerros– y el resto de servidores, más aún cuando ambos se sujetan a los principios de la administración pública. (Corte Constitucional, 2014, pág. 107).

De los textos citados se pueden extraer dos situaciones. La CC señala la existencia de un trato diferenciado e indica que no existen justificaciones para el mismo a pesar de no haber revisado de forma conceptual o empírica la posible existencia de estas. Esta omisión se ve resaltada en el hecho que la Corte reconoce el componente histórico de la división del trabajo físico e intelectual, sin embargo de esto, continúa indicando la falta de justificaciones cuando al menos tomando en consideración dicho elemento histórico, se pudiera considerar acertado que el órgano jurisdiccional hubiese debido al menos consultar la voluntad que tuvo el constituyente para la diferenciación objeto de estudio. La segunda situación que se puede colegir de lo citado, es que la CC, de manera a priori, sin un fundamento de motivación concreto, considera que la diferenciación conlleva en realidad a un menoscabo de los derechos de los trabajadores, sin analizar si contrario a esto, tal diferenciación pudiese suponer una situación tendiente a garantizar una igualdad material en los términos establecidos en el artículo 11, numeral 2, inciso final de la Constitución, es decir, una diferenciación beneficiosa respecto de un grupo de personas en situaciones de desigualdad.

Por último, respecto del tercer elemento que la Corte IDH ha establecido para el cumplimiento del derecho a la igualdad, se puede decir que no se requiere mayor análisis sobre el mismo en el presente



caso ya que como se ha indicado, la CC no habría considerado en su estudio ninguna posible justificación dentro del aspecto del trato diferenciado. De esta forma, resulta imposible aplicar el test de proporcionalidad si es que no se tiene una medida posiblemente justificada respecto de la cual se pueda establecer si responde a criterios objetivos y razonables con su debida proporcionalidad en relación al derecho a la igualdad.

Ahora, considerando que en el presente trabajo de investigación se analiza puntualmente la forma en como las enmiendas constitucionales de 2015 incidieron en la estabilidad laboral de los obreros de las instituciones públicas, resulta especialmente útil dentro de este análisis, la referencia que en este tema realiza la CC. En el dictamen, la Corte Constitucional señala que la distinción genera un perjuicio del reconocimiento de los derechos con relación a aquellos de los que gozan los servidores públicos, y señala como ejemplo la carrera administrativa. En este sentido, indica que mediante dicha carrera administrativa los servidores sujetos a la Ley del Servicio Publico pueden acceder a un desarrollo profesional, técnico y personal.

La carrera administrativa se vincula directamente con la estabilidad laboral ya que, si bien se conecta con otros elementos de los derechos laborales, como la posibilidad de la capacitación y desarrollo profesional, su principal efecto se puede considerar ser la permanencia que esta brinda al servidor público que ha ingresado a la administración publica a través de un concurso de méritos y oposición, la cual solo está condicionada al régimen disciplinario y a otras situaciones muy puntuales de terminación de la relación laboral que se observaran en el tercer capítulo. De esta forma, el derecho a la estabilidad laboral si es considerado por la CC, y aunque hace una referencia breve a esto, es importante notar que mantiene el criterio que efectivamente la diferenciación de regímenes laborales en el sector público, perjudica la estabilidad laboral de los trabajadores en relación a los servidores públicos. Cabe entonces, analizar los aspectos de esta estabilidad que la Corte Constitucional pudo o debió tomar en cuenta.

De las referencias doctrinarias citadas al inicio del capítulo primero, se pudo observar que la estabilidad laboral significa esa garantía de permanencia del trabajador en su cargo, y que en caso de una desvinculación injustificada, se reconozca una indemnización adecuado. Considerando esto, se puede colegir que la CC al momento de hacer referencia a la carrera administrativa, y consecuentemente a la estabilidad laboral, considera que mediante la aplicación de la enmienda constitucional que suprimiría la diferenciación de regímenes, se encontraría velando por la permanencia de los trabajadores en sus cargos.

Sin embargo, si bien la carrera administrativa es una condición propia del servicio público, la CC parecería considerar que esta figura es la única que pudiera garantizar el derecho a la estabilidad laboral, razón por la cual estima que es un aspecto discriminatorio que los obreros no puedan acceder a este derecho. En este punto, cabe contrastar el hecho que, el Código del Trabajo, bajo su contexto social, pese a buscar a un equilibrio entre su objeto social y su impacto en la economía, naturalmente busca garantizar la estabilidad laboral de los trabajadores. Esta situación se verifica con mayor notoriedad a partir de las reformas laborales introducidas a través de la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, en la que se estableció como forma de contrato tipo, el





contrato laboral de tiempo indefinido. Esta reforma normativa, más allá de sus aspectos prácticos, supone directamente una figura que garantiza el derecho a la estabilidad laboral tomando en cuenta que una vez transcurrido el término de prueba que se puede hacer constar dentro de estos contratos, el empleador no puede dar por terminada la relación laboral unilateralmente sin estar sujeto el pago de indemnizaciones de ley.

Conscientemente de lo expuesto, si bien se reconoce que la estabilidad laboral puede tener diferentes circunstancias según las leyes de la administración pública en comparación a las del Código del Trabajo, en cuanto a situaciones de ingreso, permanencia y causales de cesación, mismas que se trataran en profundidad en el tercer capítulo, se puede ver a primera vista, que no solo la carrera administrativa genera estabilidad laboral. De esta forma, y como punto fundamental de la problemática de investigación del presente trabajo, parecería que el argumento de considerar la diferenciación de regímenes injustificada y discriminatoria por parte de la CC en su dictamen bajo la razón del acceso a la carrera administrativa, carece igualmente de fundamentos y de un verdadero análisis que permita concluir si tal como se ha afirmado, los obreros sujetos al Código del Trabajo gozan de una menor estabilidad laboral en relación a los servidores públicos, especialmente en razón del acceso a la carrera administrativa. Con esta puntualización, no está por demás indicar nuevamente que la razón de este trabajo de investigación se justifica por cuanto aquí se buscará determinar adecuadamente, como cambió la estabilidad laboral de los obreros de las instituciones públicas, indicándose si se consiguió un verdadero avance como lo sostuvo la Corte, o si hubo por el contrario, una regresión.

Dentro de los últimos puntos de la parte pertinente de estudio del dictamen de favorabilidad para las enmiendas, y como tema medular, se encuentra el análisis sobre la regresividad de derechos. En esta parte, se podrá ver cómo, la falta de análisis de justificaciones mencionadas anteriormente dentro del deber de aplicación del derecho a la igualdad, así como las consideraciones sobre el supuesto perjuicio o trato discriminatorio para con los obreros del sector público en razón de no poder acceder a la carrera administrativa, se conectan directamente con el análisis que la Corte Constitucional realiza sobre la posible regresividad de derechos. Adicionalmente y en la forma como se ha procedido en este estudio del criterio del órgano jurisdiccional, se revisarán los aspectos no considerados con referencia al principio de no regresividad y que constituyen elementos fundamentales para la problemática e hipótesis de esta investigación.

La Corte Constitucional en este punto sostuvo:

En cuanto a una posible restricción a derechos y garantías constitucionales (...) se ha observado que la regla establecida en el inciso tercero del artículo 229, y en el numeral 16 del artículo 326 comporta un trato diferenciado entre funcionarios que realizan su actividad laboral dentro de la administración pública, debiendo ser superada aquella limitación para garantizar el derecho de igualdad en cuanto a la aplicación de la ley entre obreros y servidores públicos, permitiéndose a través de la modificación constitucional el acceso de las obreras y obreros del sector público a los beneficios y derechos que rigen la carrera administrativa. Por tanto, la propuesta de los asambleístas de eliminar el inciso que genera tal diferenciación contribuye a garantizar derechos constitucionales en la especie un trato igualitario en cuanto a la aplicación



de la normativa a trabajadores dentro del sector público. Por lo expuesto, esta Corte Constitucional considera que la propuesta de modificación del artículo 229 de la Constitución no genera una restricción a derechos o garantías constitucionales. (Corte Constitucional, 2014, pág. 109)

Como ya se ha indicado varias veces en el presente capítulo, a lo largo del dictamen emitido por la Corte Constitucional sobre el proceso de enmiendas, se observa que dentro el marco conceptual del derecho a la igualdad formal y material, dicho órgano jurisdiccional asume que el trato igualitario es la única acción tendiente a garantizar el mencionado derecho. Del texto arriba citado, se desprende como nuevamente la CC concluye que para precautelar el derecho a la igualdad se debe eliminar la diferenciación de regímenes laborales en función del trabajo realizado, a razón principalmente de la imposibilidad de acceso a la carrera administrativa para los obreros. Empero, e igualmente en la forma como ya se ha señalado, la CC habría omitido tomar en cuenta que, las obligaciones nacidas del derecho a la igualdad formal y sobre todo material, no necesariamente y en todo caso van a suponer un trato idéntico para todos los sujetos receptores por cuanto es necesario analizar las circunstancias de similitudes y diferencias a fin de determinar si corresponde un trato igualitario o distinto, y cuando es el segundo, determinar las circunstancias que motivan esa diferenciación, ya sea en razón de una justificación proporcionada para un fin legítimo, o ya sea como una aplicación de medidas tendientes a garantizar la igualdad material. Con este argumento, y habiendo posiblemente limitado el alcance del derecho a la igualdad, la CC señala no evidenciar una restricción de derechos.

Como se revisó en el primer capítulo de este trabajo de investigación, el principio de no regresividad, hermanado con el principio del desarrollo progresivo de los derechos, supone una forma de protección del avance de los derechos, principalmente en el sentido de no menoscabar el acceso o protección que ya se ha alcanzado dentro de un ordenamiento jurídico. Asimismo, se revisó que pese a la existencia de este principio Constitucional, el mismo no es un absoluto y permite excepciones debidamente justificadas, es decir, el poder público si puede en un determinado caso adoptar medidas de carácter regresivas siempre y cuando se cumpla un estricto test conformado por los elementos de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Sin embargo, en el dictamen objeto de análisis, no se podría realizar un estudio doctrinario a la luz de las teorías expresadas en el primer capítulo por cuanto la CC sostiene de plano que no existe ninguna medida que sea de carácter regresivo para los derechos o que restrinja su ejercicio o alcance, razón por la cual naturalmente dicho órgano jurisdiccional no procede a realizar ningún análisis sobre el test de regresividad.

Con esta situación, el objetivo de este trabajo de investigación se concreta directamente en un solo aspecto, el determinar si la eliminación del régimen del Código del Trabajo en las instituciones del sector público mediante el proceso de enmiendas provocó una regresividad en el derecho a la estabilidad laboral de dichos obreros. El análisis del test de regresividad sobre la justificación de la posible medida regresiva deja de ser necesario en el presente caso por cuanto como se ha indicado previamente, la “carga probatoria” en materia de demostrar la necesidad y proporcionalidad que permita justificar una medida regresiva recae en el propio poder público, y siendo el presente caso uno



en el cual directamente se asumió la no regresividad de derechos, en caso de verificarse esta, directamente se consideraría inconstitucional por no existir justificación al respecto.

Si bien en el tercer capítulo se realizará el análisis y comparación tanto teórica como práctica de las figuras legales de los regímenes laborales del Código del Trabajo y de la administración pública a fin de buscar determinar la incidencia en la estabilidad laboral de uno y otro, en el presente capítulo se busca dejar sentado conceptualmente la forma en como el razonamiento de la CC no es suficiente para adecuadamente concluir que el cambio introducido por las enmiendas Constitucionales no genera regresividad de derechos. En este sentido, una vez que ya se habría demostrado como el análisis de la CC sobre el principio de igualdad y no discriminación resulta ser incompleto y consecuentemente erróneo en el fondo, así como también insuficiente para sostener el argumento de la no existencia de regresividad, resta revisar como este no era el único derecho que la Corte debía considerar a fin de resolver sobre la posible restricción de derechos.

De un criterio y línea de pensamiento que sería utilizado poco después por la misma Corte Constitucional que emitió el dictamen en análisis, se ha sostenido que:

Cabe indicar que dado el principio de interdependencia de los derechos, el derecho al trabajo esta inexorablemente relacionado con la materialización de otros derechos constitucionales, como el derecho a la vida digna, vivienda o los derechos de libertad, entre otros; de manera que, el ejercicio pleno del derecho al trabajo, irradia sus efectos respecto a otras actividades ajenas al trabajo como tal (...). (Corte Constitucional, Sentencia No 037-16-SIN-CC, 2016, pág. 17)

Tal como lo establece la propia Constitución y el desarrollo de la jurisprudencia, los derechos son interdependientes unos de otros, significando esto que los actos del poder público que incidan en un determinado derecho pueden a su vez influir en otros. Consecuentemente de esto, el alcance del principio de no regresividad en relación a un acto determinado, se extiende en relación de los otros derechos que pudieran verse afectados. En el presente caso, del texto del dictamen se puede observar que no se ha considerado ni de manera conceptual o empírica, la incidencia de las enmiendas constitucionales en los derechos cercanos al derecho a la igualdad que se ha invocado, pero principalmente en lo referente al derecho al trabajo no solo como tal, sino respecto de sus diferentes componentes. En este sentido, aspectos como la remuneración, libertad de asociación, contratación colectiva, acceso y estabilidad, entre otros, no fueron tomados en consideración por la CC para sustentar su conclusión de no evidenciar una restricción de derechos como consecuencia de la propuesta de enmiendas constitucionales. Por lo tanto, parecería que es erróneo el criterio del órgano constitucional sobre la no restricción de derechos por cuanto el mismo es incompleto al no haber analizado todas las posibilidades de regresividad de derechos.

### **2.3 El alcance de las enmiendas constitucionales en el régimen laboral del Sector público.**





Para poder enmarcar el análisis del objeto de estudio del presente trabajo de investigación acerca de la posible regresividad de derechos a raíz de la aprobación de las enmiendas constitucionales, resulta evidentemente necesario establecer el alcance de dichas enmiendas, es decir, la modificaciones y cambios laborales que se verificaron en virtud de su aplicación. De esta forma, corresponde realizar una revisión del texto constitucional modificado en lo referente al tema laboral del sector público y determinar así el cambio de situación jurídica ocasionado.

La propuesta novena de enmiendas constitucionales, las cuales refieren al tema del régimen laboral en el sector publico consta de dos artículos que modifican el texto de los artículos 229 y 326, numeral 16 de la Constitución; adicionalmente, las enmiendas constan de una disposición transitoria única. La modificación del artículo 229 de la Constitución consistió en la eliminación de su cuarto inciso que establece que “Las obreras y obreros del sector publico estarán sujetos al Código del Trabajo.” Por su parte el cambio de texto propuesto al numeral 16 del artículo 326, agrega la frase “y demás servidores públicos” dentro de la enumeración de funcionarios que se rigen a las disposiciones de la administración pública, y adicionalmente, sustituye la parte que establecía que “Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo” por el texto que dice “Bajo este régimen, los servidores públicos tendrán derecho a la organización para la defensa de sus derechos, para la mejora en la prestación de servicios públicos, y a la huelga de conformidad con la Constitución y la ley. En virtud de que el Estado y la administración pública tienen la obligación de velar por el interés general, solo habrá contratación colectiva en el sector privado.” Finalmente, la ley que introduce las enmiendas constitucionales contiene una disposición transitoria única que contempla: “Las y los obreros del sector público que antes de la entrada en vigencia de la presente Enmienda Constitucional se encuentren sujetos al Código del Trabajo, mantendrán los derechos garantizados por este cuerpo legal. Una vez en vigencia la presente Enmienda Constitucional, las y los obreros que ingresen al sector público se sujetarán a las disposiciones que regulan al mismo.”

En las instituciones del sector público, hasta antes de la vigencia de las enmiendas constitucionales, existía la concurrencia de dos regímenes laborales, por una parte, estaban los servidores públicos sujetos a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa (LOSSCA) que posteriormente sería derogada y reemplazada por la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP); y por otra parte, los obreros sujetos al Código del Trabajo. El factor que suponía la diferenciación para estar sujeto a uno u otro régimen, consistía en el tipo de trabajo que se realizaba en un determinado cargo dentro de la institución, de esta forma y en términos generales, los cargos en los que las actividades intelectuales y/o profesionales tenían preeminencia sobre las actividades físicas se encontraban sujetos a la LOSEP, mientras que los cargos que suponían actividades principalmente físicas, estaban regidos bajo las disposiciones del Código del Trabajo. Para fines de esta clasificación, se establecieron las directrices a través del Decreto 1701 expedido por el entonces Presidente de la Republica en mayo de 2009, en el cual, considerando el contenido del artículo 326 numeral 16 de la Constitución, se determinó que tipos de actividades y cargos pertenecían a un régimen u otro.

Con la modificación del texto de los articulo 229 y 326, numeral 16 de la Constitución en la forma contemplada con las enmiendas constitucionales se produjo un claro efecto en el régimen laboral del



sector público, este fue, la eliminación de la aplicación del Código del Trabajo para con sus obreros, antes sujetos a este cuerpo normativo. De esta forma, en las instituciones del Estado, sin importar ya el tipo de trabajo o actividad que se realice en un cargo, los funcionarios estarán siempre sujetos a las disposiciones de la LOSEP, están ya completamente fuera de lo dispuesto en la ley, la posibilidad de contratar nuevo personal bajo las disposiciones del Código del Trabajo.

Adicionalmente existe un aspecto de vital importancia en cuanto a los cambios introducidos por las enmiendas constitucionales. En la propuesta de las referidas enmiendas, las cuales fueron puestas a consideración de la Corte Constitucional para su dictamen previo de constitucionalidad y en relación al procedimiento que se debía tomar, la propuesta de modificación al artículo 326 numeral 16 contemplaba únicamente la eliminación de la frase “Aquellos que no se incluyan en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo”. Sin embargo, en el artículo 9 de las enmiendas constitucionales aprobadas por la Asamblea Nacional, el mencionado texto no solo se suprimió sino que fue sustituido por aquel que ya se ha citado en párrafos anteriores y con el cual expresamente se prohibió la contratación colectiva en las instituciones públicas. Esta situación conlleva dos aspectos fundamentales para el presente trabajo de investigación. El primero, es que esta situación no fue considerada por la CC en su dictamen a fin de que pueda determinar si dicha propuesta de modificación suponía una restricción de derechos, aspecto que se puede considerar hubiese influido en la conclusión de la Corte de no evidenciar tal regresividad; y segundo, la proscripción de la contratación colectiva en el sector público, será un aspecto que será analizado en el tercer capítulo de este trabajo por cuanto, aun de manera a priori, no es incorrecto sostener que el derecho a la contratación colectiva es uno de vital importancia dentro de los derecho laborales y consecuentemente, puede su modificación incidir en el derecho a la estabilidad laboral de los servidores públicos que previo a las enmiendas, habrían sido considerados obreros sujetos al Código del Trabajo.

## **2.4 La inconstitucionalidad de las enmiendas**

Finalmente, para concluir con el presente capítulo, resta hacer mención a un connotativo acontecimiento jurídico que tuvo lugar poco antes del inicio de este trabajo de investigación y que fue la declaratoria de inconstitucionalidad de las enmiendas constitucionales aprobadas en diciembre de 2015. Mediante sentencia No 018-18-SIN-CC de fecha 01 de octubre de 2018, acepta las demandas de acción pública de inconstitucionalidad números 0102-15-IN, 0006-16-IN y 0008-16-IN acumulados, declara la inconstitucionalidad por la forma de las enmiendas a la Constitución de la República del Ecuador aprobadas por la Asamblea Nacional en fecha 03 de diciembre de 2015 excepción de las enmiendas que modificaron los artículos 114 y 144. Aunque no resulte necesario para el objetivo principal del presente trabajo de investigación se hará a continuación una breve referencia del criterio bajo el cual la CC resolvió aceptar dichas acciones públicas de inconstitucionalidad en contra de las enmiendas constitucionales.

La CC empieza la ratio decidendi de su sentencia haciendo referencia a que en atención al artículo 106 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el control posterior que



se puede realizar a las enmiendas constitucionales pueden ser hechas únicamente por vicios de forma y procedimiento, mas no por el fondo. Sostiene la Corte que esta limitación contemplada en la ley no carece de sentido y que a su criterio existen dos razones que lo justifican. La primera dice ser la “imposibilidad de aplicar el principio de supremacía constitucional – justificación para el control constitucional general – como base para sostener el examen de constitucionalidad de una norma propia de la constitución.” (Corte Constitucional, 2018, pág. 69) La segunda razón que considera adecuada para la exclusión del control posterior por el fondo de las enmiendas, corresponde a la situación de que tanto el proceso de reforma, cambio o enmienda de la constitución ya tiene un control previo. En este sentido, indica la Corte que mediante dicho control previo de constitucionalidad, siendo en el caso pertinente, la emisión de su dictamen, ya se realizó un control de constitucionalidad respecto del fondo del contenido de las enmiendas, motivo por el cual, la ley no contempla un control posterior en este mismo sentido.

Habiendo consecuentemente establecido que lo que corresponde es un control de las enmiendas por posibles vicios de forma y procedimiento, la CC procede a analizar efectivamente el trámite que la Asamblea Nacional dio para la aprobación de estas enmiendas. En esta forma, se revisa en la sentencia en mención, que la Asamblea Nacional efectivamente cumplió con el trámite establecido en los artículos 441 y 442 de la Constitución para el proceso de enmiendas, esto es, los dos debates intermediados con un año de diferencia. Igualmente se revisa y verifica que la aprobación de las enmiendas tuvo el voto favorable de más de las dos terceras partes de los asambleístas. Sobre esta votación y aprobación, sin embargo, la Corte realiza ciertas puntualizaciones.

La CC observa que la votación de las enmiendas constitucionales fue realizada en bloque y no de manera individualizada, es decir, no se aprobó mediante una votación de cada uno de sus artículos con sus reformas, sino de todo el proyecto legislativo. La CC si bien reconoce en este aspecto que no existe una disposición normativa expresa de la forma en cómo se debe proceder y aprobar la votación para el caso de enmiendas constitucionales, considera en su sentencia que “la Asamblea Nacional efectuó una votación en bloque, inobservando no solo el principio de deliberación democrática, sino que además prescindiendo de la esencia del principio de rigidez constitucional.” (Corte Constitucional, 2018, pág. 96) Consecuentemente de esta consideración, la Corte a su vez sostiene que ante la falta de normativa, a fin precautelar los mencionados principios de democracia y rigidez, correspondería aplicar por analogía lo contemplado en el artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucionales respecto de la forma en cómo se presente la propuesta de votación de reforma a la ciudadanía, la cual es de forma individualizada y no en bloque.

Con este razonamiento, la CC determina en su sentencia declarar la inconstitucionalidad de las enmiendas aprobadas en 2015 por vicios en su forma y procedimiento. Adicionalmente de esto y como punto importante de la sentencia, la Corte dicta una regla jurisprudencial obligatoria en la cual establece que, para los procedimientos de enmiendas constitucionales, está prohibida la votación en bloque.

Ahora, tomando en cuenta este acontecimiento jurídico que se ha mencionado, esto es, la declaratoria de inconstitucionalidad de las enmiendas, surge de forma evidente respecto de la finalidad, relevancia



y pertinencia útil del presente trabajo de investigación, la siguiente pregunta: ¿Por qué resultaría aun necesario o relevante analizar la incidencia de regresividad de las enmiendas constitucionales en el derecho a la estabilidad laboral, si es que estas enmiendas ya fueron expulsadas del ordenamiento jurídico constitucional?

La respuesta a esta pregunta tendría dos justificaciones que se estiman son de relevancia. Por una parte, se ha podido observar que la declaratoria de inconstitucionalidad de las enmiendas ha sido determinada en virtud de vicios de forma y de procedimiento, sin embargo, respecto del fondo de las mismas, este ha sido un aspecto no tratado. Si bien la Corte justifica este hecho en base a una limitación normativa a la cual se ha hecho referencia, y más allá del hecho de que las enmiendas ya hayan sido declaradas inconstitucionales, no se puede dejar de lado que la entonces Corte Constitucional ha emitido un criterio a través de su dictamen en el cual estimó de manera expresa que las modificaciones que introdujeron dichas enmiendas no suponían restricción o regresividad de derechos, situación que pese al contexto jurídico actual, significa la existencia de un criterio jurisprudencial del máximo órgano de interpretación constitucional que en su fondo no ha sido cambiado. En este sentido, si bien la propia CC determinó que solo los precedentes jurisprudenciales designados como obligatorios tienen un carácter erga omnes, esto no incide en el hecho que, para el tema concreto de determinar una regresividad en el derecho a la estabilidad laboral de los obreros por un posible cambio de régimen a las leyes del sector público, así como también respecto del derecho a la igualdad y no discriminación que fue abordado por la Corte en su dictamen, existe aún dicha línea de pensamiento y criterio jurisprudencial emitido. Consecuentemente, cabe aun y resulta relevante determinar si contrario a tales precedentes jurisprudenciales, existió o no una restricción de derechos.

Como segunda justificación, y aunque la misma excede el objeto principal de este trabajo, se encuentra la situación de que las enmiendas constitucionales estuvieron vigentes durante un periodo de tiempo de casi tres años, en este tiempo, específicamente en el tema laboral en cuestión, se eliminó efectivamente de las instituciones del sector público el ingreso de nuevos trabajadores a través del régimen del código del trabajo. En este sentido, en las instituciones del Estado pueden existir funcionarios que están sujetos a la Ley Orgánica del Servicio Publico pero que, de no haber existido dichas enmiendas, hubiesen ingresado a laboral bajo las disposiciones del Código del Trabajo en virtud de sus actividades y funciones. Por lo tanto, en caso de que este trabajo de investigación puede determinar la existencia de una regresividad de derechos de los obreros en cuanto a su estabilidad laboral, existiría un vacío jurídico respecto de cómo solventar este particular con referencia a los funcionarios que ya ingresaron al sector público durante el periodo de vigencia de las enmiendas constitucionales, situación ante la cual, en las conclusiones de esta investigación, se podrá proponer alguna posibilidad de solución jurídica. Esta determinación de una posible regresividad, se concretará a través del análisis que se realizará en el siguiente capítulo.

## **2.5. La inconstitucionalidad de las enmiendas por su fondo. Análisis del derecho a la estabilidad laboral ante un cambio de régimen jurídico**



Dentro del objetivo general del presente trabajo de investigación, toda vez que se ha revisado el concepto y alcance de los principios constitucionales de prohibición de regresividad y su conexión con el principio de desarrollo progresivo de los derechos, así como también se ha realizado el análisis y revisión de propiamente el acto jurídico respecto del cual se ha fundamentado la hipótesis de una posible situación inconstitucional, esto es, las enmiendas constitucionales de 2015, resta en el presente capítulo proceder con un estudio comparativo de los dos regímenes laborales sobre los cuales se ha discutido la mayor o menor estabilidad laboral que brindan a los obreros del sector público. Para realizar este fin, se considera pertinente un análisis tanto normativo de los aspectos pertinentes a las garantías de estabilidad, formas de contratación, y causales de cesación contempladas tanto en la Ley Orgánica del Servicio Público, así como en el Código del Trabajo. Adicionalmente, además de los aspectos puramente normativos, se revisarán situaciones que se las pueden llamar, socio-jurídicas, las que, acompañadas de información empírica, pueden evidenciar la forma en como uno u otro régimen influye en los derechos a la estabilidad laboral. Con esta información, se espera obtener una imagen clara sobre si, el cambio de régimen de los obreros del sector público del código del trabajo a la LOSEP, supuso o no, una regresividad en su derecho a la estabilidad.

## **2.6 Formas de Contratación en la LOSEP y el Código del Trabajo**

Se empezará de esta forma, revisando las figuras legales mediante las cuales una persona puede vincularse a una institución del sector público bajo los dos regímenes. Iniciando por el régimen del sector público, cabe previamente hacer una breve referencia doctrinaria a los conceptos que se han sostenido sobre el tema considerando que la naturaleza y origen del empleo público difiere en gran magnitud del carácter social del derecho laboral común, nacido históricamente de la revolución industrial. Así, Jorge Fernando Ruiz (2016) señala que “Cuando las personas físicas se incorporan al empleo público (...) se origina una relación jurídica entre el Estado y su funcionario o empleado, cuya naturaleza no ha logrado un consenso en la doctrina”. (p. 304) En este sentido existen líneas de pensamiento doctrinario que entre las más aceptadas, esta aquella que considera al empleo público como un contrato administrativo según lo expresa Rennella (2005) citada por Ruiz (2016). Por su parte, también se ha sostenido que la naturaleza jurídica de la relación del servidor público si es propiamente la de un contrato laboral por cuanto constituyen derechos sociales sujetos a reivindicación y de protección (Urbina, 1978). Finalmente, una teoría que parecería ser la más simple pero la más adecuada, es la teoría legalista que sostiene más allá de las razones o circunstancias, la relación generada entre el estado y el servidor, será aquella que la ley determine en un momento u otro. (Ruiz, 2016)

Con lo expuesto y ya entrando en análisis, más allá de ciertos requisitos propios que se establecen para el acceso al sector público como son por ejemplo el no encontrarse en mora con el estado, situaciones de nepotismo, o el haber sido sujeto al régimen disciplinario con sanciones de destitución, la Ley Orgánica del Servicio Público contempla tres figuras concretas mediante las cuales una persona puede prestar sus servicios lícitos y personales a una institución del estado. La primera es la





expedición mediante una acción de personal de un nombramiento, el cual si bien tiene diferentes clasificaciones que se verán más adelante, habilita en todo caso para el ejercicio de un cargo público. La segunda figura consiste en el contrato de servicios ocasionales, y la tercera, el contrato de servicios profesionales. Sobre este último no corresponde profundizar en su revisión ya que, si bien se encuentra contemplado en la LOSEP, este no genera una relación de dependencia entre la persona y la institución pública, y al tener una naturaleza civil, no supone garantías de estabilidad laboral.

En cuanto a los nombramientos, el artículo 17 de la LOSEP y de su reglamento, establece los cuatro tipos de nombramiento que se pueden emitir, siendo estos el nombramiento definitivo, el nombramiento provisional, de libre nombramiento y remoción, y de periodo fijo. El primero se emite únicamente para el personal que ha ingresado a través del sistema de selección, esto es, haber sido declarado ganador del concurso de méritos y oposición y haber superado el periodo de prueba contemplado en el literal b.5 del propio artículo 17 de la ley. Por su parte el nombramiento provisional puede ser otorgado a una persona que no ha ingresado bajo el sistema de selección de personal pero exclusivamente para ejercer un cargo bajo ciertos supuestos, siendo estos:

1. Para ocupar el cargo de un funcionario suspendido o destituido hasta la emisión del fallo judicial que confirme o declare la nulidad del acto administrativo sancionatorio.
2. Para ocupar el cargo de un funcionario que se encuentre en uso de las figuras de licencias o comisión de servicios con o sin remuneración.
3. Para funcionarios de las escalas del jerárquico superior, y
4. Nombramiento provisional de prueba expedido a favor de la persona que ha ingresado o ha ascendido en el sector público mediante el sistema de selección de personal, durante el periodo de prueba respectivo.

Asimismo, el nombramiento denominado de libre nombramiento y remoción es el que se confiere a funcionarios que ocupan cargos de dirección estratégica o administrativa dentro de una institución del Estado; y finalmente se encuentra el nombramiento de periodo fijo que se otorga a favor de cargos que por mandato legal están sometidos a un tiempo determinado, como son por ejemplo el de las autoridades de elección popular.

Como ultima forma de contratación contemplada en la LOSEP y que resulta de especial relevancia para el objetivo de este trabajo, es aquella que se encuentra en su artículo 58, y que son los contratos de servicios ocasionales. Este tipo de contratos están establecidos para cubrir necesidades no permanentes de las instituciones públicas siempre y cuando exista partida presupuestaria y disponibilidad de fondos. Además, mediante esta figura se establece relación de dependencia entre la administración y el sujeto contratado, teniendo este los mismos derechos y beneficios económicos que el personal administrativo de carrera, como son remuneración, decimos, vacaciones, horas suplementarias, entre otros; con excepción de las indemnizaciones por supresión de partida, así como tampoco tiene derecho a las licencias y comisiones de servicios con o sin remuneración. Sin embargo de esto, es importante destacar que el personal con contrato de servicios ocasionales no ingresa a la



carrera administrativa, con lo cual, y constando de manera expresa en la ley, no se genera en forma alguna un derecho de estabilidad laboral, salvo situaciones muy puntuales que se analizarán con mayor detenimiento en el siguiente subcapítulo referente a las garantías de estabilidad de uno y otro régimen.

En cuanto al Código de Trabajo, el mismo contempla varias formas de contratación a las cuales cabe hacer referencia y las debidas aclaraciones de cómo se verifican dentro de las instituciones del sector público. El artículo 11 de Código del Trabajo determina la clasificación del contrato de trabajo, pudiendo este ser: expreso o tácito; a sueldo, jornal, en participación o mixto; por tiempo indefinido, de temporada, eventual y ocasional; por obra cierta, por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio, por tarea o destajo; y, de grupo, por equipo o individual. Como se puede ver, existen varias figuras de contratación bajo este régimen, las cuales tienen condiciones particulares contempladas en la ley, sin embargo, en las instituciones del sector públicos, pese a existir el régimen del Código del Trabajo, no todas estas formas de contratación son aplicables debido a la normativa que envuelve a las entidades del Estado.

En este sentido, brevemente se puede indicar que en instituciones públicas no se aplican los contratos tácitos o verbales por cuanto las Unidades Administrativas de Talento Humano están obligadas a un registro formal de los contratos, además de que cada en cada contrato debe existir certificación presupuestaria según lo ordena El Código Orgánico de Planificación y Finanzas. Asimismo, el contrato en participación o mixto es evidentemente inaplicable por cuanto las entidades del estado no tienen fines de lucro; igualmente los contratos de temporada son propios del régimen privado pues están sujetos a la condición de una demanda mayor de producción esporádica, o por contrataciones cíclicas de naturaleza discontinua, situación que no corresponde a las actividades o servicios públicos prestados por el estado. Por su parte, los contratos de obra quedan proscritos en virtud que las instituciones públicas para la contratación de bienes, obras o servicios deben observar las normas y procedimientos del sistema nacional de contratación pública. Finalmente, los contratos por grupo o equipo no son aplicables en tanto que las instituciones del sector publico operan bajo un manual orgánico institucional, en el cual los cargos y puestos existentes son de carácter individual, mas nunca pudiendo aplicarse en grupo. Bajo estas consideración, y sin perjuicio de las modalidades específicas de trabajo contempladas en el mismo código, que contiene determinadas circunstancias particulares para cada trabajo como en el caso de artesanos, trabajo a domicilio, transportistas, corredores de bienes, entre otros, se puede determinar que en las instituciones del sector público, respecto de trabajadores sujetos a este régimen, existirían las modalidades de contratación del contrato expreso escrito tipo a tiempo indefinido, el ocasional y el contrato eventual.

## **2.7 Garantías de estabilidad en la LOSEP frente al Código del Trabajo.**

Una vez que se ha identificado las formas de contratación que se encuentran en la Ley Orgánica del Servicio Público, así como en el Código del Trabajo en lo referente a las instituciones del estado, corresponde ahora tratar y revisar el aspecto central y fundamental del presente trabajo de



investigación. De esta forma, si la pregunta de investigación planteada hace referencia a la incidencia en el derecho a la estabilidad laboral de los obreros del sector público a raíz de las enmiendas constitucionales de 2015, las cuales significaron el cambio de régimen de Código de Trabajo a LOSEP, resulta evidentemente necesario, analizar cuáles son las garantías de estabilidad que contempla cada cuerpo normativo, para de esta manera identificar, si un régimen supone una mayor o menor estabilidad laboral, y como se vio está afectada en razón de la transición aquí referida. Siendo así, en este apartado se tendrá como objetivo específico, detallar las disposiciones normativas referentes a la estabilidad laboral así como las causales de terminación de la relación laboral.

Empezando por el Código del Trabajo, como ya se ha hecho referencia antes, a partir de la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, la modalidad típica del contrato de trabajo es el contrato indefinido, es decir, el contrato de trabajo ya no está sujeto a un plazo determinado con lo cual no se termina en razón del tiempo. Con esta reforma introducida por la indicada ley en el año 2015, el Código del Trabajo evidentemente generó una mayor estabilidad para los trabajadores, específicamente en el sector público para los obreros, puesto que el contrato de trabajo que previamente si bien podía ser de carácter indefinido, también podía ser sujeto a un plazo de dos años y solamente en caso de no terminarse en este plazo se convertía en indefinido. Consecuentemente, a primera vista de la normativa existente, se consideraría adecuado sostener que el Código del Trabajo contempla una plena estabilidad laboral de los trabajadores.

Ahora, si bien existe una figura contractual de carácter indefinido, existen aspectos normativos que conviene revisar y que se pudieran considerar que inciden en esta estabilidad laboral. En este sentido está el periodo de prueba establecido en el artículo 15 del Código y que puede hacerse constar en todo contrato laboral, el mismo puede tener una duración de hasta noventa días por una sola ocasión con el mismo trabajador, y en este periodo, cualquier de las partes, puede dar por terminado la relación laboral de manera unilateral y sin generarse derecho a indemnizaciones.

Asimismo, las situaciones jurídicas más evidentes que afectan a la estabilidad laboral y que de igual manera se revisadas con respecto de la LOSEP, son las causales para la terminación del contrato individual de trabajo. El artículo 169 establece estas causas de culminación del contrato, sin embargo, para fines de este trabajo, cabe hacer referencia a aquellas que no dependen de la voluntad del trabajador, así como tampoco que sean propias de caso fortuito o fuerza mayor y que sean aplicables a las instituciones del sector público. En este sentido, como figura de terminación de la relación laboral por parte del empleador se encuentra el trámite conocido como visto bueno cuyo procedimiento se encuentra regulado en el artículo 621 del cuerpo legal en mención y que opera por las causales establecidas en el artículo 172. Este procedimiento, tramitado ante un inspector del trabajo del domicilio del trabajador, puede tener dos efectos, el primero consiste en que, en caso de concederse el visto bueno y sin perjuicio de una posible impugnación del mismo en sede judicial, permite al empleador terminar la relación laboral sin tener que cancelar otro rubro que no sea la liquidación de valores de derechos pecuniarios a favor del empleado; y un segundo efecto, que en caso de que la solicitud sea negada, faculta al trabajador para retornar a su puesto de trabajo, o terminar la relación laboral con derecho a una indemnización que se verá más adelante.





Por otra parte, e igualmente haciendo hincapié en que la modalidad tipo del contrato de trabajo es indefinida, existe un aspecto fundamental que revisar y este es que, aunque no se encuentre establecido de manera expresa en el mencionado artículo 169 sobre las causas de terminación del contrato, el Código del Trabajo reconoce que jurídicamente existe una forma adicional de terminación del contrato de trabajo de manera unilateral por parte del empleador y sin justa causa, misma que se conoce como el despido intempestivo. El artículo 188 del Código determina las indemnizaciones a las que el trabajador tiene derecho cuando el empleador le despidiera intempestivamente, estableciéndose uno u otro monto dependiendo del tiempo del servicio del trabajador. Asimismo, el artículo 233 establece una prohibición de despido durante el proceso de negociación de contrato colectivo, indicándose que en caso de realizarse, se deberá reconocer una indemnización de doce meses de sueldo además de lo reconocido en el artículo 188. Consecuentemente, un empleador puede dar por terminada la relación laboral con un trabajador mediante el despido, y aunque este sujeto al pago de indemnizaciones, esta situación no evita la separación y cesación de funciones del trabajador. La única limitación en la ley frente a la figura del despido es la establecida en el artículo 195.1 del Código, esto es, el despido ineficaz, según la cual es considerado ineficaz el despido realizado a mujeres embarazadas y a favor de dirigentes sindicales, con lo cual a través del trámite establecido, se procede con el reintegro inmediato del trabajador despedido con un reconocimiento adicional de las remuneraciones no percibidas así como también entendiéndose por no interrumpida la relación laboral.

De lo expuesto aquí, se puede colegir que el Código del Trabajo efectivamente contiene disposiciones y está orientado a garantizar la estabilidad de los trabajadores, quienes sin perjuicio del régimen disciplinario al cual tiene la obligación de adecuarse, gozan de figuras legales que aseguran su permanencia en labores. Empero, considerando la existencia de la forma de terminación del contrato individual a través del despido, se puede evidenciar que en el Ecuador la legislación contempla lo que en doctrina se ha denominado como la estabilidad laboral flexible o no absoluta, esto es, no existe una inamovilidad completa para el trabajador, sino que la estabilidad laboral se protege a través del establecimiento de sanciones económicas al empleador cuando este terminare la relación laboral unilateralmente, pero que sin embargo, no se restringen dicha posibilidad, con la única excepción del caso de las mujeres embarazadas y dirigentes sindicales como se ha indicado.

Corresponde ahora revisar las garantías de estabilidad establecidas en la Ley Orgánica del Servicio Público respecto de las formas de contratación que se revisó en el apartado precedente. El artículo 81 de la LOSEP dispone que se establece la carrera administrativa como el medio para establecer la eficiencia en el sector público garantizando la estabilidad de los servidores idóneos. Asimismo el artículo 86 contempla que los requisitos para el acceso a la carrera administrativa son tres: Cumplir con los requisitos legales y reglamentarios para el desempeño del puesto, entre los cuales están los dictaminados en el artículo 5 de la misma ley, así como también el cumplimiento de los aspectos técnicos del perfil del cargo; segundo, haber sido declarado ganador del concurso de méritos y oposición; y, haberse posesionado en el cargo. En este sentido, una persona al cumplir estos requisitos, acceso al servicio público como servidor de carrera confiriéndosele primeramente un nombramiento de prueba y en caso de no existir una evaluación de desempeño, o una deficiencia en el resultado de la misma, se procede con el respectivo nombramiento permanente o definitivo. Este



nombramiento de acuerdo al artículo 89 literal a) garantiza la estabilidad en el cargo, pudiendo ser destituido únicamente por las causas determinadas en la ley.

Las causales de destitución se encuentran contempladas en el artículo 48 de la misma ley, en dicho artículo, constan 16 causales de destitución, sin perjuicio de que el literal j) a su vez remite y determina como causales de destitución el incumplimiento de los deberes constantes en el artículo 22 así como el incurrir en las prohibiciones del artículo 24. La destitución es una sanción de carácter administrativo que debe ser impuesta siguiendo previo el cumplimiento del proceso de sumario administrativo que se tramita ante un inspector del trabajo de acuerdo a la normativa pertinente. La resolución administrativa que impone la sanción de destitución puede ser impugnada en sede administrativa y en caso de determinarse que el acto administrativo sancionador es nulo, corresponde la restitución de las remuneraciones no percibidas por el servidor.

La destitución sin embargo, es solo una de las causas de cesación de un servidor público, así, el artículo 47 establece cuales son estas. De igual forma cómo se revisó el Código del Trabajo, resulta pertinente hacer referencia a las formas de terminación de la relación laboral que no involucren la voluntad del servidor en este caso. En este sentido, adicional a la destitución se encuentra: la declaratoria judicial de incapacidad absoluta o permanente; la pérdida de los derechos de ciudadanía mediante sentencia ejecutoriada; la remoción para los servidores que no pertenecen a la carrera administrativa; la revocatoria del mandato; y, por supresión de puesto. Esta última causal de cesación merece especial referencia por cuanto dentro de la administración pública pudiera ser considerada como la única forma de terminación unilateral de la relación laboral.

Efectivamente, las instituciones del sector publico pueden suprimir puestos según lo contemplado en el artículo 60 de la LOSEP, supresión que puede responder a causas técnicas, funcionales y/o económicas, debiéndose contar en todo caso con la intervención del Ministerio del Trabajo y Servicio Público, así como con el Ministerio de Finanzas. Mediante la supresión del cargo se elimina la partida presupuestaria lo cual supone consecuentemente la cesación de funciones del servidor que ocupada dicho cargo como servidor de carrera. Existe a esta situación una excepción establecida en el mismo artículo 60 de la ley que prohíbe la supresión de puestos ocupados por personas con discapacidad o para quienes tengan personas discapacitadas a su cuidado. De esta forma, si bien la disposición general primera de la LOSEP, establece que la supresión de cargo otorga al funcionario el derecho a recibir la misma indemnización contemplada en el artículo 129, esta forma de cesación constituye un mecanismo mediante el cual el estado, como ente empleador, puede dar por terminada la relación laboral de manera unilateral mediante la expresión de su voluntad en un acto administrativo.

Respecto de los nombramientos provisionales, de libre nombramiento y remoción, y de plazo fijo, estos no representan verdaderamente ningún tipo de garantía de estabilidad permanente por cuanto estos nombramientos no suponen el ingreso del servidor a la carrera administrativa, y son únicamente expedidos bajo las condiciones expresamente detalladas en la ley, por lo cual, cumplida la misma, procede la terminación del nombramiento y la consecuente separación del funcionario de la administración pública. Se podría sostener únicamente que estos nombramientos revistes cierta confianza sobre su vigencia mientras dure la condición bajo la cual fueron emitidos, como en el caso



de los de plazo fijo, o los provisionales dentro de la planificación hasta que se lleve a cabo un concurso de méritos y oposición.

Por último, y debido a la importancia que tendrá en el siguiente subcapítulo, se ha dejado para el final la revisión de las garantías de estabilidad que se pueden encontrar en el contrato de servicios ocasionales. Como ya se indicó previamente, estos contratos se encuentran regulados en el artículo 58 de la LOSEP, donde constan las circunstancias que rigen a los mismos, las situaciones en las que se pueden realizar estos contratos y los derechos de los funcionarios bajo esta figura. En igual sentido, el artículo 143 del Reglamento de la LOSEP regula estos contratos, indicando también de manera expresa que los mismos no generan ningún tipo de estabilidad laboral así como tampoco derechos de indemnizaciones de supresión de partidas, compensaciones por jubilación, comisiones de servicios, entre otras. Ahora, si bien se tiene claro que estos contratos no significan estabilidad en la forma de la carrera administrativa, las disposiciones reglamentarias van aún más allá respecto de la situación de limitación de estabilidad de estos contratos.

El artículo 146 del reglamento contempla las causales de terminación de los contratos de servicios ocasionales, entre las cuales, para fines del análisis de estabilidad, resalta notablemente la contemplada en el literal f) que dice: "Por terminación unilateral del contrato por parte de la autoridad nominadora, sin que fuere necesario otro requisito." De esta disposición normativa, se desprende que los contratos de servicios ocasionales no solo carecen de estabilidad laboral en razón de su limitación en el tiempo y su imposibilidad de ingreso a la carrera administrativa, sino que también existiría una absoluta precarización de la estabilidad por cuanto la ley faculta que las instituciones del sector público puedan dar por terminado este contrato en cualquier momento, sin justificación requerida, y sin derecho a ningún tipo de indemnización a favor del funcionario. Las únicas limitaciones para la terminación de estos contratos que existen son las conocidas como garantías de estabilidad reforzada a favor de las mujeres embarazadas y personas con discapacidad. En este sentido, a través de resoluciones emitidas por la Corte Constitucional, como es el caso de la Sentencia No 309-16SEP-CC, Caso No 1927-11-EP, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 58 de la LOSEP modificando en aquel entonces su texto al agregar que el contrato de servicios ocasionales para las mujeres embarazadas deberá extenderse hasta el final del año fiscal en el cual termine el periodo de lactancia. Adicionalmente, en la misma sentencia se declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 146 del Reglamento a la LOSEP en el sentido de que en el caso de mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, el contrato de servicios ocasionales no puede terminarse en aplicación de la causal del literal f, esto es, la voluntad unilateral de la administración pública.

De lo expuesto, y salvo las referidas excepciones de estabilidad reforzada, se ha podido evidenciar que normativamente, los contratos de servicios ocasionales establecidos en la LOSEP, carecerían completamente de una garantía de estabilidad laboral, situación que como se ha indicado suponen especial importancia para el objetivo del presente trabajo en razón de la información que se revisara en el siguiente apartado.



## **2.8 Una realidad jurídica en el Ecuador. El uso de los contratos de servicios ocasionales y las garantías de estabilidad de los contratos colectivos.**

Una vez que se ha realizado un análisis normativo de las garantías de estabilidad que se verifican y existen en los regímenes jurídicos del Código del Trabajo y de la Ley Orgánica del Servicio Público, se ha podido obtener conceptos claros así como identificar situaciones que permitirían llegar en el capítulo final de este trabajo, a conclusiones acerca de la posible regresividad de derechos en cuanto a la estabilidad de los obreros del sector público. Empero, complementando la revisión legal que se ha realizado, existe un aspecto fundamental que se ha verificado en la realidad jurídica del Ecuador y que es determinante para el objetivo general del presente trabajo por cuanto afectaría directamente la naturaleza de estabilidad laboral en el sector público. La situación a la que se hace referencia corresponde a la utilización de los contratos de servicios ocasionales.

Como se pudo ver en el subcapítulo anterior, salvo los casos especiales de estabilidad reforzada, los contratos de servicios ocasionales contemplados en la LOSEP constituyen una verdadera forma precaria de contratación laboral por cuanto brindan una garantía de estabilidad prácticamente nula al ser contratos que pueden terminarse en cualquier momento de manera unilateral por parte de la administración pública y sin derecho a indemnización. Si bien de acuerdo a la propia normativa, son contratos que precisamente tienen la finalidad de suplir necesidades emergentes y no permanentes en la administración pública y que no pueden superar un porcentaje del veinte por ciento del total de funcionarios en la institución, la realidad jurídica ha demostrado ser muy lejana a esto. Es así que, hasta enero de 2018, se constató la existencia de noventa y dos mil trescientos cuarenta y un (92.341) funcionarios con contratos de servicios ocasionales, perteneciendo veinte y ocho mil setecientos setenta y dos (28.772) al sector de la salud, y en segundo lugar el Ministerio de Educación con veinte y siete mil doscientos ochenta y siete (27.287) servidores contratados bajo esta modalidad. A esto se suma que en estas cifras no están incluidas las empresas públicas, los Gobiernos Autónomos Descentralizados, los Organismos Financieros Públicos, el ISSFA, ISSPOL ni el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. (El Telégrafo, 2018)

Como último dato actualizado, el Ministerio del Trabajo reportó que para fecha 26 de junio de 2018, la cantidad de contratos de servicios ocasionales es de aproximadamente setenta mil. (El Telégrafo, 2018)

Por otra parte, en referencia a las garantías de estabilidad contempladas en el Código del Trabajo, existe un factor fundamental que incide en este aspecto y que asimismo, si bien no es una situación que se la pueda encontrar específicamente determinada en la ley, se refleja sin embargo en la realidad jurídica del Ecuador como se podrá ver a continuación. El factor al cual se hace referencia es la contratación colectiva contemplada en el código del trabajo y a través de la cual y mediante los procedimientos legales, los obreros pueden alcanzar mejoras en cuanto a sus derechos tanto individuales como colectivos. Siendo así, la contratación colectiva incide en el objeto de estudio de este trabajo ya que una práctica que se puede considerar muy común, y más aún, verificable en casi todos los casos de contratación colectiva, son las cláusulas de garantías de estabilidad laboral.



En este sentido, si bien la contratación colectiva en las instituciones del sector público está limitada de acuerdo a las disposiciones del artículo 224 del Código del Trabajo respecto de los beneficios o privilegios que se puedan alcanzar, así como también en atención al contenido del decreto ejecutivo 1701, y los mandatos constituyentes 2, 4 y 8, esto no excluye, sin embargo, la inclusión de estas cláusulas de estabilidad laboral. De esta forma, como ya se mencionó en el subcapítulo anterior, salvo los casos de la figura del despido ineficaz, el empleador siempre puede dar por terminada la relación laboral de manera unilateral y sin causa justa, hecho ante el cual se genera la obligación de indemnización. Esta indemnización es la consecuencia que se configuraría la forma en la cual se protege hasta un cierto punto la estabilidad laboral en el Código del Trabajo. Dicha indemnización supone esta protección a la estabilidad laboral por cuanto actúa primero como un elemento disuasivo para la terminación de la relación laboral por el impacto económico para el empleador, así como también asegura la subsistencia durante un tiempo del trabajador frente al acontecimiento de la terminación de la relación laboral. Con estas consideraciones, cabe revisar mediante ejemplos concretos y reales, la forma como la contratación colectiva en el Ecuador estipula las garantías de estabilidad laboral y la configuración de indemnizaciones por despido.

El noveno contrato colectivo de la Universidad de Cuenca, institución de Educación Superior Pública con domicilio en la ciudad de Cuenca - Azuay, en su artículo 11 estipula las indemnizaciones a las que estaría obligada a cancelar la entidad si despidiere de forma intempestiva a un trabajador. Así, la indemnización consiste en el pago de noventa y cinco remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado para los obreros que hubieren laborado para la Universidad entre tres hasta diecinueve años; y aquellos que hayan laborado desde veinte años en adelante, una indemnización de doscientas diez remuneraciones básicas unificadas.

El décimo primer contrato colectivo del Ministerio de Salud Pública, cartera de estado con sede en Quito – Pichincha, contempla en su cláusula cuarta que en caso de terminación de la relación laboral por decisión unilateral de la entidad, esta pagará al trabajador además de las indemnizaciones contempladas en el Código del Trabajo, una cantidad de siete meses de remuneración unificada por cada año de servicio y el cien por ciento de la remuneración unificada mensual por el tiempo de la estabilidad pactada en el mismo contrato colectivo, esto es, cinco años, dejándose como salvedad que estos montos en ningún caso podrán superar los límites establecidos en los mandatos constituyentes 2 y 4.

Asimismo, el acta de prórroga del décimo cuarto contrato colectivo del GAD Municipal de Paute, provincia del Azuay, en su artículo 12 estipula las indemnizaciones que corresponderían a los trabajadores en caso de que la entidad diere por terminada la relación laboral. Para este efecto dicho contrato consta de una tabla según la cual de acuerdo al número de años de labores, le corresponde un determinado número de remuneraciones básicas unificadas, desde un número de cincuenta remuneraciones hasta trescientas.

En otro ejemplo, el vigésimo contrato colectivo del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito en su artículo 10, inciso tercero, contempla que la entidad pública pagará a los trabajadores por concepto de despido una indemnización de ocho años de remuneración de aquella que el trabajador estuviere



percibiendo, siempre y cuando dicho monto no exceda lo limite establecidos en el mandato constituyente número 4.

Finalmente, cabe citar el caso del contrato colectivo vigente con el propio Ministerio del Trabajo. Dicho contrato, en su artículo 13 contempla la garantía de estabilidad pactada para sus obreros corresponde a una indemnización equivalente a los tres años de estabilidad, esto es, la remuneración que correspondiera por todo este tiempo, y como se ha visto en ejemplos anteriores, igualmente limitada por el monto máximo del mandato constituyente 4.





## CONCLUSIONES.

Para poder establecer las conclusiones del presente trabajo de titulación, corresponde revisar si después del estudio e información recabada se puede verificar el objeto de la investigación, esto es, determinar de qué forma las enmiendas constitucionales del año 2015 que suprimieron de las instituciones del sector público la aplicación de Código del Trabajo, incidieron de una forma posiblemente regresiva en el derecho a la estabilidad laboral. Para dar respuesta a esta interrogante, se realizó un análisis centrado en tres puntos principales, por una parte, determinar el concepto, alcance y limitaciones del derecho a la estabilidad laboral; luego, analizar el ámbito de protección del principio de no regresividad en derechos de manera general para posteriormente poder conectarlo o adaptarlo en protección dentro de la estabilidad laboral; y por otra parte, se realizó un análisis acerca de las enmiendas constitucionales de 2015 conjuntamente con el dictamen de pertinencia emitido por la entonces Corte Constitucional, incluyendo principalmente, el estudio sobre la declaratoria mediante sentencia de su inconstitucionalidad, y la revisión o comparación de los aspectos normativos, prácticos y concretos de los dos regímenes laborales que existen en la administración pública y principalmente en cuanto a las garantías de estabilidad. Sin perjuicio de los resultados, cabe señalar que este trabajo se guio bajo la hipótesis de que dichas enmiendas constitucionales si habrían generado una regresividad en cuanto al derecho a la estabilidad laboral.

Con lo expuesto, corresponde indicar los resultados obtenidos de la investigación. En el primer capítulo se constató que el derecho a la estabilidad laboral se concibe como un derecho originado del derecho a una vida digna bajo la característica de la interdependencia de los derechos constitucionales. Se observó asimismo, que si bien tal derecho busca un fin social humano en la vida del trabajador, el mismo no está exento de limitaciones tanto sea por la terminación de la relación laboral con derecho a indemnización, tanto sea por la aplicación de regímenes disciplinarios. Por su parte, se constató que el principio de no regresividad de derechos es un principio protector de los derechos que de manera conjunta con su desarrollo progresivo, busca evitar posteriores acciones que menoscaben cualquier tipo de derecho ya reconocido. No obstante de lo cual, claramente se evidenció que la prohibición de regresividad no es de todas formas un absoluto y que se bien por regla general las acciones de carácter regresivo son inconstitucionales, pueden existir justificaciones que validen su constitucionalidad. Finalmente en dicho apartado, se habría determinado que, en materia laboral, el principio de prohibición de regresividad se vería sometido a un análisis sui generis por cuanto, el simple análisis normativo pudiera no ser suficiente para establecer si las acciones en este campo pueden tener o no efectos regresivos, esto en virtud que, se ilustra como pueden existir casos en los que existe un aspecto empírico que debe analizarse y que es incluso anterior a los elementos del test de regresividad como son la proporcionalidad, necesidad e idoneidad.

En el segundo capítulo, el análisis del dictamen de favorabilidad emitido por la Corte Constitucional previo al proceso de enmiendas, reveló que dicho órgano de control constitucional habría incurrido en



omisiones y consecuentes errores en su estudio de las enmiendas ya que por una parte, se pudo ver que habría existido un incompleto análisis del derecho a la igualdad y no discriminación, lo cual no permitió establecer su correcto alcance respecto de la situación laboral de los obreros del sector público, especialmente en referencia a su estabilidad laboral contemplada en el Código del Trabajo, frente a la de la carrera administrativa a la cual varias veces la Corte hizo alusión; por otra parte, y con especial relevancia para la materia de investigación, se constató que la Corte Constitucional determinó y llegó a la conclusión de no evidenciar una restricción de derechos tanto de manera general como en cuanto a estabilidad laboral, sin tomar en consideración un verdadero fundamento ni jurídico conceptual, pero por sobre todo, sin un análisis empírico de los posibles efectos del cambio normativo que se estaba realizando.. En razón de esto, se verifico de manera concordante con las conclusiones del primer capítulo, que la Corte Constitucional calificó erróneamente de no regresivas las enmiendas por cuanto en materia laboral, y específicamente de estabilidad laboral, no es ni pudiese ser suficiente el análisis puramente normativo de la modificación legislativa, sino también el análisis empírico correspondiente, tal como se demostró en el estudio que se realizó sobre los efectos de las enmiendas y lo que represento ya en la realidad practica y jurídica del Ecuador, el cambio de régimen entre el Código del Trabajo y la Ley Orgánica de Servicio Público en cuanto a las garantías de estabilidad laboral y en las cuales resultó evidente mirar que este derecho goza de mayor protección el Código del Trabajo, norma en la que se puede garantizar aún más la estabilidad laboral gracias a la figura de la contratación colectiva, mientras que por su parte la LOSEP, no solo no cuenta con dicha figura, sino que además contempla una forma bastante precaria de contratación que son los contratos de servicios ocasionales, y que de manera específica en el Ecuador, y durante la época de vigencia de las enmiendas constitucionales, fue una figura utilizada de manera excesiva e incluso ilegal, constatándose así, una acción regresiva de derechos.

Con estos elementos, considerando que, a pesar que los regímenes jurídicos analizados cuentan con formas de proteger o asegurar el derecho a la estabilidad laboral, el cambio de régimen del Código del Trabajo a la Ley Orgánica de Servicio Público, significó que obreros del sector público ya no cuenten con la posibilidad de acceder a la contratación colectiva, así como también estar sujetos a un régimen en el que existe y que utilizo constantemente un mecanismo precario de contratación laboral, en este trabajo de investigación se concluye que el cambio de régimen de los obreros del sector público a raíz de las enmiendas constitucionales de 2015, tuvo un efecto regresivo y por lo tanto inconstitucional en cuanto a su derecho a la estabilidad laboral.

Como ya se expresó en el capítulo segundo, el resultado obtenido aquí justifica su relevancia jurídica debido a que el razonamiento y motivación bajo el cual la Corte Constitucional aceptó el proceso de enmiendas constitucionales no fue invalidado ni declarado inconstitucional por su fondo sino por su forma, razón por la cual en caso de que el presente tema se llegará a presentar nuevamente a consideración de este órgano, cabe cubrir la falencias y situaciones que este trabajo pudiera haber identificado.

Adicionalmente, otra de las conclusiones importantes determinadas en este trabajo, es la que en razón de su desarrollo, se identificó en el primer capítulo. En base al estudio jurisprudencial así como también



de la evidencia empírica se ha podido observar y concluir que el principio de prohibición de regresividad de derechos en materia laboral, tiene un componente sui generis al momento de su análisis de aplicación, tanto al momento de la aplicación de su test de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, pero más aún y posiblemente con más importante, al momento de en primera instancia, determinar si una acción o medida tiene o no efectos regresivos. Esto en razón que ya sea mediante actos normativos o políticas públicas, en materia laboral necesariamente existe un efecto empírico que requiere un análisis más profundo, lo cual a su vez se justifica en su importancia en virtud que la simplificación de este elemento fue el fundamento de la Corte Constitucional para omitir realizar un verdadero test de regresividad en su dictamen sobre las enmiendas constitucionales en materia laboral.

Finalmente, y aunque puede ser un aspecto fuera del margen del objetivo general, es pertinente realizar una tentativa de propuesta acerca de la situación jurídica de las personas que durante la vigencia de las enmiendas constitucionales, ingresaron a laborar en instituciones del sector público, pero que aunque ocupando cargos correspondientes a los de obrero, se vincularon mediante las disposiciones de la LOSEP. Es evidente constatar que la sentencia referida en el segundo capítulo mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad de las enmiendas, invalida las mismas desde tal momento y no de una forma retroactiva desde su aprobación, además que no se hace referencia alguna a estas situaciones jurídicas que se han verificado mientras existieron las enmiendas. En este sentido, considerando que en una institución pública pudieren existir dos funcionarios con cargos similares pero actualmente sujetos a dos regímenes distintos, en razón de si se vincularon antes o durante la vigencia de las enmiendas, parecería adecuado, resolver dicha situación.

Ahora, este análisis no carece de complejidad e incluso puede ser materia de otro trabajo de investigación por cuanto en la administración pública, se encuentran limitaciones legales en cuanto a techos de salarios de los obreros sujetos al Código del Trabajo que pueden ser inferiores a las escalas remunerativas de la LOSEP, motivo por el cual un simple cambio de régimen no es aplicable por cuanto dichas remuneraciones excederían los toques, además de los beneficios que se incorporarían en razón del contrato colectivo. Esto a su vez supondría naturalmente que debiendo ajustarse la remuneración, se afectaría unilateralmente un derecho adquirido. Consecuentemente, a manera de propuesta que sin duda requiere una mayor profundidad, y considerando el enfoque del derecho a la estabilidad laboral que se ha tratado en el presente trabajo, se deja como propuesta que legalmente se faculte a los obreros sujetos a la LOSEP bajo cualquier forma de contratación, especialmente de servicios ocasionales, la alternativa de solicitar voluntariamente su cambio de régimen al Código del Trabajo, con lo cual si bien puede existir una variación en remuneración, supondría como lo ha demostrado este trabajo, una mayor estabilidad laboral.

Evidentemente para esta propuesta requeriría en la práctica un mecanismo jurídico que la permita viabilizar. Para esto, la forma más apropiada y legalmente procedente sería la promulgación de una ley por parte del órgano legislativo en la cual se confiera esta posibilidad de cambio de régimen para los obreros del sector público. Con esto, se garantizaría que esta decisión obedezca a un debate democrático que analice los puntos de vista de los representantes de los electores y principalmente la



forma en la cual se puede enmendar la afectación al derecho a la estabilidad laboral que los obreros del sector público habrían sufrido al momento de vincularse a una institución del sector público durante el periodo de vigencia de las enmiendas.



## Bibliografía

- Corte Constitucional. (2014). Dictamen No 001-14-DRC-CC, Caso No 0001-14-RC.
- Corte Constitucional. (2015). Sentencia No. 246-15-SEP-CC. Caso No 1194-13-EP.
- Corte Constitucional. (15 de junio de 2016). Sentencia No 037-16-SIN-CC. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Corte Constitucional. (2016). Sentencia No. 309-16-SEP-CC, Caso No. 1927-11-EP.
- Corte Constitucional. (2018). Sentencia 018-18-SIN-CC, Casos 0099-15-IN, et al. Quito, Ecuador.
- Courtis, C. (2006). *Ni un paso atras, la prohibicion de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto.
- El Telegrafo. (27 de junio de 2018). *eltelegrafo.com.ec*. Obtenido de <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/4/contratos-ocasionales-freno-estado-ecuador>
- Fernandez Ruiz, J. (2016). *Derecho Administrativo*. Ciudad de Mexico: Instituto Nacional de Estudios Historicos de las Revoluciones de Mexico.
- Lanas Medina, E. (2015). Reformas alCodigo del Trabajo Introducidas por la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. *Revista de Derecho No 24 UASB* , 5-22.
- Perez, E. (2016). *La Igualdad y no Discriminacion en el Derecho Interamericano de los Derechos Humanos*. Mexico: CNDH.
- Silva García, F., & Rosales Guerrero, E. (2009). Derechos Sociales y Prohibicion de Regresividad: El caso ISSTE y su voto de minoria. Recuperado de: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx): Cuestiones Constitucionales.
- Trueba Urbina, A. (1978). *Nuevo Derecho procesal del trabajo*. Mexico: Porrúa.
- Trujillo, J. (1986). *Derecho del Trabajo*. Quito.
- Uprimny, R., & Guarnizo, D. (2008). La Prohibicion de Regresividad y la Proteccion de los Derechos Sociales: Un enfoque desde la Jurisprudencia Constitucional Colombiana. En E. Ferrer Mac-Gregor, & A. Zaldivar Lelo de Larrea, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional* (págs. 709-746). Mexico: Marcial Pons.
- Vazquez, D. (2016). *Test de Razonabilidad y Derechos Humanos: Instrucciones para Armar*. México: UNAM.
- Vazquez, L., & Serrano, S. (s.f.). *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicacion practica*. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7.pdf>