



TRABAJO DE CONCLUSIÓN DE CARRERA

Luis Alberto Silva Soria

LA IMPORTANCIA DEL SERVIDOR PÚBLICO EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

**La Estabilidad Laboral del Servidor Público Bajo La Modalidad de
Contratos de Servicios Ocasionales**

UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO
Quito, julio 2011



“LA IMPORTANCIA DEL SERVIDOR PÚBLICO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”

Introducción.

Para iniciar este trabajo de investigación, sobre la Importancia del Servidor Público en la Legislación Ecuatoriana, primero se debe diferenciar quien es el funcionario público y quien es el servidor público a efectos de distinguir sus funciones dentro del aparato estatal, administración que está regulada por la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento (LOSEP), pues, mientras el **Funcionario Público**, según establece la mencionada ley, es aquel que ejerce una función, que se halla excluido de la carrera del servicio público, porque sus servicios están sujetos a libre remoción, de acuerdo a las necesidades de las Instituciones Públicas, se encuentra en la escala de nivel jerárquico superior y **el Servidor Público**, son aquellos que en cualquier forma o título trabajan y prestan sus servicios y cumplen una función específica dentro del sector público, sean de carrera o bajo contrato de servicios ocasionales, actividades que desempeñan al servicio de los intereses generales de la sociedad, recibiendo para ello programas de capacitación y formación con el objeto de responder a las cambiantes condiciones de orden social, económico, político y tecnológico que vive el país, buscando con ello la clave para el desarrollo del estado ecuatoriano. Es así que el señor Presidente Constitucional de la República del Ecuador, Eco. Rafael Correa Delgado, observando la disposición contemplada en el artículo 234¹ de la Constitución de la

1

República del Ecuador, expide el decreto de implementación del programa “Gobierno Por Resultados” (GPR), en todas las instituciones de la administración pública central, institucional y dependiente de la función Ejecutiva.

La ideas, según explicó el mandatario, es “mejorar la eficiencia del Estado que es uno de los grandes desafíos que tiene el país”, según trae a colación la Agencia Pública de Noticias del Ecuador y Suramérica, noticia publicada el 19 de noviembre del 2010.²

De acuerdo con el Decreto Ejecutivo No. 555, suscrito en la localidad de Cariamanga, ubicada en la provincia fronteriza de Loja, el día 19 de noviembre del año 2010, que entró en vigencia en la fecha indicada sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial, es una herramienta metodológica de cumplimiento obligatorio de todas las Instituciones Públicas dependientes de la Función Ejecutiva, a cargo de la Secretaria Nacional de la Administración Pública, con el fin de mejorar, fortalecer y capacitar a más de 400.000 funcionarios de la Administración Pública desde el más alto nivel de gestión hasta el más bajo nivel, por lo que el Secretario de la Administración Pública, Vinicio Alvarado, explicó que el objetivo es “construir un Gobierno eficiente, moderno, que respalde el proceso del mismo.”³

Por lo expuesto, como se demuestra, el verdadero eje de la administración pública, es el Funcionario o Servidor Público ya que su aporte humano, contribuye el

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008;
Art. 234.- *“El Estado garantizará la formación y capacitación continua de las servidoras y servidores públicos a través de las escuelas, institutos, academias y programas de formación o capacitación del sector público; y la coordinación con instituciones nacionales e internacionales que operen bajo acuerdos con el Estado”.*

² <http://andes.info.ec/actualidad/gobierno-por-resultados-gpr>

³ www.ecuadorinmediato.com

permanente funcionamiento eficaz y confiable de la administración pública, buscando que las políticas públicas se concreten en realizar acciones en las distintas materias, por lo cual en términos generales, estos servidores son conocidos como la **Burocracia**, término empleado por Max Weber en el siglo XIX, definiéndola como la organización eficiente por excelencia, llamada a resolver racional y eficientemente los problemas de la sociedad y, por extensión, de las empresas. La organización burocrática está diseñada científicamente para funcionar con exactitud, precisamente para lograr los fines para los cuales fue creada, no más, no menos”.⁴

El Diccionario Enciclopédico Jurídico de Guillermo Cabanellas define a la Burocracia como: *“forma de organización o estructura organizativa caracterizada por procedimientos explícitos y regularizados, división de responsabilidades y especialización del trabajo, jerarquía y relaciones impersonales. Una segunda característica de las burocracias, particularmente de las de gobierno, es la contratación y asignación o remoción de personal (funcionarios) de acuerdo a criterios explícitos y relevante al desempeño de funciones (es decir, no está relacionada con asuntos personales)”*⁵; por lo que es necesario una forma de organización Estatal racional y estable, con estructura administrativa y de personal que debe contener:

- 1.- Jerarquía de mando
- 2.- Remuneración
- 3.- Autoridad Legal
- 4.- Méritos

⁴ Max Weber – Modelo Burocrático 1889

⁵ CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario Jurídico de Derecho Usual” Editorial: Omeba. Buenos Aires - Argentina. 1.969.

5.- Régimen disciplinario

6.- Capacidad

Por lo que la función esencial del servidor público es la de servir a la ciudadanía dotándole de los mecanismos necesarios para que la población se sienta segura y satisfecha con las directrices de la Administración pública y por ende de sus funcionarios, basados siempre en la premisa de que como trabajadores del estado se deben a la comunidad mediante el cumplimiento de sus deberes, responsabilidades y obligaciones, lo que permitirá que el gobierno cumpla eficientemente con el manejo de los Asuntos públicos y aplicación de sus poderes, para dar solución a los problemas que les afectan directa o indirectamente.

Así Max Weber, identifica los elementos indispensables de un Estado Moderno, los cuales deben tener las siguientes características:

- a. Carácter legal de las normas y de los reglamentos.
- b. Carácter formal de las comunicaciones.
- c. Racionalidad en la división del trabajo.
- d. Impersonalidad en las relaciones de trabajo.
- e. Jerarquía bien establecida de la autoridad.
- f. Rutinas y procedimientos de trabajo estandarizados en guías y manuales.
- g. Competencia técnica y meritocrática.
- h. Especialización de la administración y de los administradores, como una clase separada y diferenciada de la propiedad (los accionistas).

- i. Profesionalización de los participantes.
- j. Completa previsibilidad del funcionamiento.⁶

Por lo mencionado el servidor público, es un funcionario que tiene la tarea de administrador público, ya que a través de él se ejecuta, viabiliza y direcciona el manejo de las diferentes Instituciones Estatales y se realizan las actividades o proyectos en beneficio de la colectividad. Es decir que la función del servidor público esencialmente es la de servir a la población a través de la ejecución de acciones apropiadas para que este pueda realizar todo tipo de gestión encausadas en la legalidad de sus facultades y responsabilidades.

Además los Servidores Públicos, están regidos por el Derecho Administrativo, que es una rama del Derecho público que tiene por objeto la Administración pública entendida como actividad a través de la cual el Estado mediante la Función Ejecutiva, el Presidente de la República, los Ministros de Estado, funcionarios y empleados subordinados tienen la responsabilidad del manejo de los bienes y recursos del Estado, la recaudación de fondos, brindar un servicio público y asegurar el orden jurídico, es por ello que se dice que el Servidor Público es la persona que presta servicios al estado o a la administración pública como empleados o trabajadores del mismo y de sus entidades o en cualquier otra condición que ante la ley les dé tal carácter, es así que el Título III, Cap. II, Políticas Públicas y Servicios Públicos del Art. 85 en concordancia con los Arts. 227, 228 y 229 de la Constitución de la República del Ecuador, establece a la Administración Pública, como un servicio a la colectividad que se rige por los

⁶ Max Weber – Modelo Burocrático 1889

principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

En vista de las expuestas condiciones de orden social, sean estas económicas, políticas y tecnológicas, que vive nuestro país, me permito que se realice una reflexión de principios y conceptos que rigen en la Constitución de la República del Ecuador al momento de ofrecer un servicio público, los cuales son:

- **Eficacia**, procede del término latino "efficacia", que significa virtud, actividad, fuerza y poder para obrar.
- **Eficaz**, del latín efficax, denota lo activo, fervoroso, poderoso para obrar; que logra hacer efectivo un propósito.

En lo administrativo, la eficacia representa la efectividad y oportunidad en la prestación de servicios o en los pronunciamientos de la administración.

- **Eficiencia**, significa "la virtud y facultad para lograr un efecto determinado"⁴.
Lo cualitativo. En el ámbito de la administración pública, se proclama que las actividades y servicios que la administración pública debe brindar a la sociedad deben ser de óptima calidad, es decir, eficientes.
- **Calidad**, definido como aquel producto o servicio que nosotros adquiramos satisfaga nuestras expectativas sobradamente
- **Jerarquía**, es el orden de los elementos que divide su serie según su valor
- **Desconcentración**, es una técnica administrativa que consiste en el traspaso de la titularidad o el ejercicio de una competencia que las normas le atribuyan

como propia a un órgano administrativo en otro órgano de la misma administración pública jerárquicamente dependiente

- **Descentralización**, puede entenderse bien como proceso (desde lo centralizado) o como forma de funcionamiento de una organización. Supone transferir el poder, (y como tal, el conocimiento y los recursos) de un gobierno central hacia autoridades que no están jerárquicamente subordinadas
- **Coordinación**, En su sentido general, la **coordinación** consiste en la acción de "conectar medios, esfuerzos, etc., para una acción común
- **Participación**, son mecanismos que pretenden impulsar el desarrollo local y la democracia participativa a través de la integración de la comunidad al quehacer político.
- **Planificación**, significa que el estudio anticipado de objetivos y acciones, y sus sustentos contienen métodos, planes y lógica aplicable. Los planes establecen los objetivos de la organización y definen los procedimientos adecuados para alcanzarlos
- **Transparencia**, se utiliza en este caso como medio simbólico para nombrar las características de una persona o Institución que no oculta nada.
- **Evaluación**, proceso que tiene como finalidad determinar el grado de eficacia y eficiencia, con que han sido empleados los recursos destinados a alcanzar los objetivos previstos, posibilitando la determinación de las desviaciones y la adopción de medidas correctivas que garanticen el cumplimiento adecuado de las metas presupuestadas.

En definitiva, el problema que se identifica con el desarrollo de este trabajo investigativo, es de que el servidor público que está sujeto a la contratación ocasional,

no goza de la estabilidad laboral que garantiza la Constitución de la República del Ecuador, ya que los incisos seis y nueve del artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público, viola expresamente lo prescrito en los artículos 229, 325 y numerales dos, tres y cinco del artículo 326 de la Carta Magna.⁷

De tal manera que no se puede hablar de una estabilidad laboral y de derechos irrenunciables e intangibles de los servidores públicos, ya que una ley inferior a la Constitución, mantiene el régimen de contratación ocasional, figura jurídica que atenta a los derechos mencionados, toda vez que el artículo 425 de la norma suprema determina que la Constitución de la República del Ecuador, prevalece sobre cualquier

⁷ **Constitución de la República del Ecuador Art. 229.-** “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables...”.

Art. 325 ibídem.- “El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores”.

Art. 326 del citado cuerpo legal.- “El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: ...
2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario;

3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras;

5. Toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar ...”.

Ley Orgánica de Servicio Público numerales 6 y 9 del Art. 58.- “...Este tipo de contratos, por su naturaleza, de ninguna manera representará estabilidad laboral en el mismo, ni derecho adquirido para la emisión de un nombramiento permanente, pudiendo darse por terminado en cualquier momento, lo cual podrá constar del texto de los respectivos contratos.

En caso de necesidad institucional se podrá renovar por única vez el contrato de servicios ocasionales hasta por doce meses adicionales salvo el caso de puestos comprendidos en proyectos de inversión o en la escala del nivel jerárquico superior.”.

otra del ordenamiento jurídico, de tal forma que una Ley Orgánica no puede estar sobre las disposiciones constitucionales.

En tal virtud, propongo que se deberían derogar los incisos 6 y 9 del artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público, a efecto de que exista armonía con las disposiciones constitucionales enunciadas y no se vulnere los derechos y principios que reza la Ley Suprema.

Que los servidores públicos sujetos a contratación ocasional, superado los 12 meses de contratación, la ley debería estimular al servidor, que por su experiencia laboral adquirida y continua capacitación, tendría el derecho para que la autoridad correspondiente les extiendan en forma prioritaria el nombramiento definitivo, sin que sea necesario el concurso de méritos y oposición, pues se entiende que el funcionario que superó el tiempo de contrato ocasional estaría apto para continuar en sus funciones de forma permanente.

Consecuentemente, se efectuará un análisis jurídico, de la importancia del servidor público en la sociedad ecuatoriana; cuál su problemática, a través del análisis de los aspectos legales, en lo concerniente a sus derechos, obligaciones y estabilidad laboral.

El análisis jurídico de las disposiciones legales, de procesos judiciales que lleguen a determinar la importancia y eficacia del servidor público en el Ecuador, lo

realizaré a través de la formulación de conclusiones y recomendaciones que permitan plantearse soluciones a eventuales vacíos o falencias que puedan presentarse en nuestra legislación vigente, tomando en cuenta siempre las necesidades de la sociedad.

De lo expuesto, se deduce la gran importancia del Tema a ser analizado y la necesidad de un estudio profundo desde el punto de vista jurídico; por lo que queda debidamente justificado el estudio del tema propuesto para esta investigación. Espero que este estudio se convierta en el medio eficaz para comprender a fondo esta problemática social y jurídica.

*A mi amada esposa Andrea,
a mis tiernos hijos y
adorables padres y hermana.*

INDICE

“LA IMPORTANCIA DEL SERVIDOR PUBLICO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”	1
Introducción.	1
CAPITULO I.	15
EL DERECHO PÚBLICO.	15
1.- Generalidades	15
1.1.- El Derecho Público – Concepto y Antecedentes	15
1.2.- Diferencias entre el derecho público y el derecho privado	17
1.3.- Concepto Derecho Administrativo.	17
2.- Origen y evolución del Derecho Administrativo.	22
2.1.- El Desarrollo Histórico del Derecho Administrativo en el Ecuador	24
2.3.- Fuentes del Derecho Administrativo y el ordenamiento jurídico vigente	25
2.3.1.- Clases de fuentes del Derecho Administrativo.-	26
3.- La Administración Pública Ecuatoriana	34
3.1.- El Gobierno y la Administración Pública.	41
La Administración Pública Central	46
La Administración Pública Institucional	49
La Administración Pública Seccional	50
4.- El Acto Administrativo	50
Definiciones legales:	51
Definiciones Doctrinales:	53
CARACTERÍSTICAS DEL ACTO ADMINISTRATIVO	55
5.- Elementos del Acto Administrativo.	56

CAPITULO II	59
EL SERVICIO PÚBLICO	59
1.- Los Antecedentes Jurídicos de la noción del Servicio Público en el Ecuador.	59
2.- El Servicio Público en el Derecho Comparado	66
2.1.- El Servicio Público y el Common Law	74
3.- Los Elementos Jurídicos del Servicio Público.	75
3.1.- Características del servicio público	77
3.2.- Definición del servicio público	77
4.- El Servicio Público en la Legislación Ecuatoriana.	79
3.4.- El servicio público en la Constitución y en la Ley de Modernización	85
3.5.- La noción de servicio público en el Código del Trabajo	87
 CAPITULO III.	 90
EL SERVIDOR PÚBLICO	90
1.- Concepto.	90
2.- La importancia del Servidor Público en la Administración Pública Ecuatoriana	97
2.1.- Los Derechos Del Servidor Público Dentro De La Normativa Jurídica Ecuatoriana.	111
2.2.- Los deberes u obligaciones del Servidor Público dentro de la Normativa Jurídica Ecuatoriana	116
2.3.- Las Prohibiciones del Servidor Público de acuerdo a la normativa Jurídica Ecuatoriana	118
3.- El Servidor o Funcionario Público en el Derecho Comparado	120
4.- Curva Comparativa de Salarios 2011: Sector Público VS Sector Privado	128
5.- Jubilaciones de Las Servidoras y Servidores Públicos desde una Perspectiva Constitucional y Legal al Amparo de la LOSEP	131
6.- La Continuidad Como Carácter Jurídico del Servidor Público	142
7.- Datos Estadísticos Del Crecimiento En La Tasa Laboral Dentro Del Sector Público	145
7.1. Crecimiento de Empleo en el Sector Público	148
 CAPITULO IV.	 151

RESPONSABILIDADES Y SANCIONES A LOS SERVIDORES PÚBLICOS POR INCUMPLIMIENTO A LA NORMA LEGAL	151
1.- La Responsabilidad del Servidor Público dentro de la normativa legal de La Ley Orgánica del Servicio Público LOSEP	154
2.- Responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos.	159
3.- Las Sanciones Administrativas de los Servidores Públicos.	163
3.1.- Las Sanciones Administrativas	163
3.2.- Las Sanciones Disciplinarias.	164
3.3.- La Potestad Administrativa	167
3.4.- Derecho Disciplinario	167
4.- La Responsabilidad Civil de los Servidores Públicos.	169
4.2.- Clasificación de las Responsabilidades Civiles	174
5.- La Responsabilidad Penal de los Servidores Públicos.	175
CAPITULO V	178
LA ESTABILIDAD LABORAL DEL SERVIDOR PUBLICO QUE SE ENCUENTRA BAJO LA MODALIDAD DE CONTRATO DE SERVICIOS OCASIONALES	178
1.- Contrato De Servicios Ocasiones en el Sector Público	183
2.- La Acción de Protección en los Contratos de Servicios Ocasiones	189
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	194
CONCLUSIONES	194
RECOMENDACIONES	195
BIBLIOGRAFÍA.	198
BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL	198
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA	201

CAPITULO I.

EL DERECHO PÚBLICO.

1.- Generalidades

1.1.- El Derecho Público – Concepto y Antecedentes

El **Derecho público** “...es la parte del ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre las personas y entidades privadas con los órganos que ostentan el poder público cuando estos últimos actúan en ejercicio de sus legítimas potestades públicas (jurisdiccionales, administrativas, según la naturaleza del órgano que las ejerce) y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, y de los órganos de la Administración pública entre sí, se podría decir también que el Derecho Público es el derecho aplicable a todas las relaciones humanas y sociales en las cuales el Estado entra en juego”⁸.

El derecho público es la rama del derecho que se encarga de regular las relaciones entre las personas y las entidades privadas con los órganos que ejercen el poder público, siempre que éstos actúen en ejercicio de sus legítimas potestades públicas y según lo que la ley establezca. En otras palabras, el derecho público es el

⁸ MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, quinta edición.

ordenamiento jurídico que regula los vínculos de subordinación y supra ordenación entre el Estado y los particulares, en el caso de las relaciones entre los órganos estatales, las relaciones pueden ser de subordinación, supra ordenación o coordinación.

La característica del derecho público, tal como lo señala el prestigioso autor jurídico Julio Rivera, es que sus mandatos no se encuentran sujetos a la autonomía de la voluntad que pudiesen ejercer las partes ya que regulan derechos que hacen al orden público y deben ser acatados por toda la población, así como manifiesta que la seguridad jurídica en el derecho público está dada por el principio de legalidad, que implica que el ejercicio de las potestades debe sustentarse en normas jurídicas determinadas por un órgano competente y por las materias que se encuentran bajo su jurisdicción”.⁹ Es decir que toda la función administrativa de un Estado se rige por el derecho público, así el principio de legalidad que rige al mismo es distinto del cual nos encontramos sometidos los administrados, los administrados nos regimos por derecho privado en el cual se está permitido hacer todo aquello que no este prohibido por la ley, que no atente contra la moral o las buenas costumbres, concepción que en el derecho público cambia, así los funcionarios públicos están sometidos al fiel acatamiento del ordenamiento jurídico ya que aquellos que se encuentran sometidos a este régimen están facultados a hacer únicamente todo aquello que se encuentre señalado o preestablecido en la ley.

También se ha definido al Derecho público como la parte del ordenamiento jurídico que regula las relaciones de supra ordenación y de subordinación entre el Estado y los particulares y las relaciones de supra ordenación, de subordinación y de coordinación de los órganos y divisiones funcionales del Estado entre sí.

⁹ RIVERA Julio, El Derecho Público

Derecho Público es el conjunto de preceptos jurídicos destinados a la tutela o defensa del ser humano y al cumplimiento de los intereses generales de la comunidad.

1.2.- Diferencias entre el derecho público y el derecho privado

- Mientras que en el Derecho Público predomina las normas de corte imperativo u obligatorio, en el Derecho Privado se hace prevalecer la “autocomposición”¹⁰ de los intereses en conflicto (... forma de solución de conflicto de relevancia jurídica que proviene de la voluntad de las propias partes involucradas en el conflicto, mediante un acuerdo o transacción. También puede ser que la solución provenga de una sola de las partes, pero sin imponerse sobre la otra...); y las normas de corte dispositivo (normas que actúan en el caso de no haber acuerdo o disposición contractual previa entre las partes implicadas).
- Los sujetos en el Derecho Privado se suponen relacionados en posiciones de igualdad, al menos teórica. La típica relación de Derecho Público, en cambio, suele venir marcada por una desigualdad derivada de la posición soberana con que aparece revestido el o los organismos públicos (poderes públicos) que en ella interviene.
- Se dice que las normas de Derecho privado tienden a favorecer los intereses particulares de los individuos, mientras que en las normas de Derecho Público estarían presididas por la consecución de algún interés público.

1.3.- Concepto Derecho Administrativo.

¹⁰ Faustino Cordón, Español, autor “Introducción al Derecho Procesal”, 2ª ed., Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1995, Pag. 12.

Es importante señalar que si bien un concepto no delimita ni abarca todo el objeto de la disciplina, constituye sin duda un elemento clave para articular esos otros aspectos de relieve para un global entendimiento de esta rama jurídica como es el Derecho Administrativo.

Para Manuel Díez, citado por Manuel Ossorio, el Derecho Administrativo es definido como "el complejo de principios y normas de Derecho Público interno que regula la organización y la actividad de la administración pública".¹¹, es decir que el Derecho Administrativo es aquella rama jurídica que se encarga de **dirigir** o **sistematizar** las relaciones jurídicas sociales entre las Instituciones públicas (Estado, municipalidades, los ministerios, etc.) y los particulares.

Para Villegas Basavilbaso el Derecho Administrativo "es un complejo de normas y principios de Derecho Público interno que regula las relaciones entre los entes públicos y los particulares o entre aquéllos entre sí, para la satisfacción concreta, directa o inmediata de las necesidades colectivas, bajo el orden jurídico estatal"¹²

¹¹ OSORIO Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Edición No. 21, Buenos Aires Argentina, año 1994

¹² VILLEGAS, Basavilbaso, Derecho Administrativo, Editorial Trillas, Pag. 19

⁵ GRANJA GALINDO, Nicolás, Fundamentos del Derecho Administrativo, Editada por la Universidad Central, Quito 1992 Pag. 33

Para Granja Galindo "El Derecho Administrativo es aquella rama del Derecho Público que regula la actividad del Estado y de los organismos públicos entre sí, y con los ciudadanos, para el cumplimiento de los fines administrativos."¹³

Se argumenta también que es un "conjunto de órganos e instituciones jerárquica o funcionalmente subordinados y coordinados de acuerdo con la Ley, que tiene como misión constitucional el asegurar las prestaciones públicas necesarias para el desarrollo de la vida en común".¹⁴

Se define también como la "Actividad del Estado, encaminada al cumplimiento de las leyes y fomento de los intereses públicos. Para realizar tales fines dispone de órganos centrales, provinciales y locales".¹⁵

En el escenario jurídico, "El Derecho proporciona, a la administración, la estructura jurídica indispensable para que cualquier organismo social pueda ser administrado. La administración, a su vez da al Derecho la eficacia jurídica de sus normas, sobre toda aquellas que directamente tienden a la organización de la sociedad"¹⁶. Es decir que lo que importa principalmente al Derecho: son los derechos; a la Administración de los resultados; el Derecho a la libertad y la seguridad, en tanto que la Administración fomenta la eficacia y rapidez y el estancamiento.

¹⁴ MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, quinta edición. Pag. 58

¹⁵ GRANJA GALINDO, Nicolás, Fundamentos del Derecho Administrativo, Editada por la Universidad Central, Quito 1992 Pag. 33

¹⁶ GRANJA GALINDO, Nicolás, Fundamentos del Derecho Administrativo, Editada por la Universidad Central, Quito 1992

“El Derecho Administrativo, constituye un instrumento indispensable que permite conocer y comprender la organización, administración y actividad del Estado, encaminada a la satisfacción de las necesidades de los miembros del mismo”¹⁷.

“El Derecho Administrativo es aquella rama del Derecho público que regula la actividad del Estado y de los organismos públicos entre sí, y con los ciudadanos, para el cumplimiento de los fines administrativos”¹⁸.

“El Derecho Administrativo es una rama del Derecho Público Interno (éste es público porque no existe lucro, e interno porque es diferente del internacional) y está compuesto por normas jurídicas que regulan la actividad administrativa del Poder Ejecutivo y la actividad materialmente administrativa del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y de los entes públicos no estatales”¹⁹.

A mi criterio, el Derecho Administrativo es el conjunto de normas jurídicas que rigen sobre la administración pública, la estructura del Estado, sus órganos y funciones, las acciones y recursos relacionados con la función pública, cuyo objeto es trascender a las Administraciones Públicas y situarse en la naturaleza administrativa de las actuaciones de entidades que gozan de privilegios, constitucional o legalmente reconocidos y cuyas actuaciones están orientadas a la satisfacción del interés general.

¹⁷ MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, quinta edición, Pag. 61

¹⁸ MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, quinta edición, Pag. 62

¹⁹ ACOSTA ROMERI Miguel, Teoría General del derecho Administrativo, Edición Octavo, Editorial Porrúa México, 1988, Pag. 76

La tarea del derecho administrativo es arbitrar los cauces jurídicos necesarios para la defensa de los derechos colectivos, asegurando la realización de los intereses comunitarios por medio de los Servicios Públicos.²⁰

La esencia del Derecho administrativo radica en la defensa de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, y ésta a su vez la racionalización del ejercicio del poder público en beneficio de la colectividad, cuyas normas confieren poderes a la Administración pública que la sitúan en posición de supremacía sobre los particulares.²¹

La posición de supremacía tiene su contrapartida, pues el Derecho administrativo impone límites y condiciones estrictas para el ejercicio de las potestades y prerrogativas de la Administración. No sólo atribuye poderes a la Administración sino que reconoce también derechos a los ciudadanos en sus relaciones con la Administración. En un Estado de Derecho la legislación administrativa es igualmente garante de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.²²

El Derecho administrativo impone a la Administración una vinculación más fuerte a la ley. Los gobernantes y administradores públicos, están obligados siempre a perseguir los intereses generales, en los términos establecidos por la ley y el resto de las normas jurídicas. Incluso cuando la ley atribuye a la Administración una amplia capacidad de decisión o de iniciativa para el cumplimiento de sus fines, los gobernantes

²⁰ ACOSTA ROMERI Miguel, Teoría General del derecho Administrativo, Edición Octavo, Editorial Porrúa México, 1988, Pag. 80

²¹ ACOSTA ROMERI Miguel, Teoría General del derecho Administrativo, Edición Octavo, Editorial Porrúa México, 1988

²² ACOSTA ROMERI Miguel, Teoría General del derecho Administrativo, Edición Octavo, Editorial Porrúa México, 1988, Pag. 82

y administradores deben respetar principios y reglas jurídicas generales (la objetividad o imparcialidad, la igualdad de los ciudadanos, la proporcionalidad de sus decisiones que la Constitución imponga la vinculación plena de la Administración a la ley y al Derecho.²³

Por lo expuesto, la Administración Pública nace de la Constitución y la Ley, al momento que una política pública es creada o modificada en beneficio de los intereses generales de la colectividad, con el fin que los administradores públicos, cumplan sus fines económicos, políticos y sociales, que por derecho le corresponde a la ciudadanía, cuando estos servicios son de vital importancia, para su buen vivir.

2.- Origen y evolución del Derecho Administrativo.

Para adentrarnos en el estudio del derecho Administrativo es importante realizar una breve síntesis de la evolución historia del mismo; es así:

- El Derecho Administrativo como rama organizada del derecho se inicia en Francia.
- En 1808 se conoce la primera obra de esta naturaleza denominada "**PRINCIPIOS DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**", de Bonin, que contiene conceptos modernos derivados de la nueva República inspirada en los principios filosóficos, políticos y sociales de la Revolución Francesa.

²³ ACOSTA ROMERI Miguel, Teoría General del derecho Administrativo, Edición Octavo, Editorial Porrúa México, 1988

- El 1818 apareció la obra "**LOS ELEMENTOS DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA**", basada en la recopilación del Consejo de Estado, de la autoría de Macarel.
- En 1819 se creó la Facultad de Derecho de la Universidad de París y la cátedra de Derecho Administrativo.
- Una importante obra de carácter sistemático apareció en 1816 llamada "**INTRODUCCIÓN GENERAL AL DERECHO PUBLICO ADMINISTRATIVO**", de Batbie, el mismo que en 1868 publicó otro estudio de Contenido más amplio, titulado "**TRATADO TEÓRICO Y PRACTICO DEL DERECHO PUBLICO Y ADMINISTRATIVO**".
- Posteriormente aparecieron las obras de Derecho Administrativo de Ducroq, Aucoc, León Duguit, Hauriu y otros.
- En Alemania, el Derecho Administrativo se ha desarrollado a partir de Robertos Von Mohl, que dio origen a las dos corrientes de la Ciencia de la Administración y del Derecho Administrativo.
- Valiosos estudios sobre la materia han sido realizados posteriormente por Labant, Otto Mayer y otros.
- En Italia apareció en 1814 la obra de Romagnosi "**PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**".
- Los tratados escritos posteriormente por Orlando, Romano Cameo, Zanovini, Miele y nuevos juristas, han elevado el desarrollo de esta rama del derecho, en ese país.
- En España apareció en 1842 el estudio "**ELEMENTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**", de Manuel Ortiz de Zúñiga. En 1843 se publicó la obra "**INSTITUCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO**", de Pedro Gómez

de la Serna. En 1850 Colmeiro publicó su "**DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL**".

- Se han publicado después varios tratados de juristas descollantes como Santamaría de Paredes, Adolfo Posada, Gascón y Marín, Royo Villanova, Jordana de Pozas, García Oviedo, Fernández de Velasco, etc.
- En la América Hispana se han destacado los tratados de Bielsa, Villegas, Basabilvaso, Diez, Gordillo, Dromi, en Argentina; D'Avis y Revilla Quezada, en Bolivia; Lancis, en Cuba; Silva Cimma, en Chile; Serra Rojas y Braga, en México; Sayagués, en Uruguay. Moles y Lares en Venezuela.

2.1.- El Desarrollo Histórico del Derecho Administrativo en el Ecuador

En nuestro país el Derecho Administrativo viene demostrando un acelerado mejoramiento cualitativo a partir de 1967, año en el que se creó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y posteriormente, con la aparición de la Ley de lo Contencioso Administrativo. En la actualidad, a partir de las reformas constitucionales de 1992 existen las cortes distritales de lo Contencioso Administrativo y la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. Las cortes distritales conocen las demandas de carácter administrativo en instancia única y la Sala Especializada del máximo Tribunal de Justicia conoce los recursos de casación. También Son memorables los estudios del doctor Aurelio Garcés, catedrático de la Universidad Central. De igual manera los de Nicolás Granja. En nuestra ciudad, es destacada la actividad del doctor Herman Jaramillo Ordóñez en este campo.

El Derecho Administrativo ecuatoriano ha sufrido profundas transformaciones durante los últimos diez años, aunque ellas hayan sido el resultado obligado de otra profunda transformación, que consiste en el nuevo entendimiento de lo que la Constitución significa, no únicamente como el gran consenso que permite el desarrollo de la vida social y la satisfacción de los intereses de sus miembros, sino y ante todo, por la final aceptación de que al mismo tiempo la Constitución es norma jurídica directamente aplicable e invocable ante jueces y funcionarios. La influencia de esta concepción tardíamente aceptada en el Ecuador, ha provocado una modificación en el sistema de interpretación del Derecho en general y por supuesto del Derecho Administrativo.

2.3.- Fuentes del Derecho Administrativo y el ordenamiento jurídico vigente

El Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano en el ámbito de su incipiente democracia, está compuesto de un sistema caótico de normas o unidades inconexas, en cuya cúspide se encuentra la ley de leyes, denominada Constitución del Estado, que con sus falencias y fortalezas, viene a ser la expresión jurídica del poder del Estado, utilizada en forma desafortunada, como un instrumento de las clases dominantes para cristalizar su poder.

Esta indefensión jurídica de los ecuatorianos, radica en la inorgánica aplicación de las leyes administrativas denominadas: Fuentes del Derecho y que los administrados y los administradores de un país, necesitan recordar en para salir de la ignorancia en la que los ecuatorianos nos encontramos y tener como fin aplicar el Derecho, para la solución de los conflictos sociales que perturban la paz ciudadana, valiéndose de leyes, decretos, estatutos, reglamentos, acuerdos, resoluciones etc., denominadas en su

conjunto, Fuentes del Derecho Administrativo, que se las puede definir como aquellas respuestas objetivas a interrogantes que plantea la realidad social, política y económica de un pueblo determinado, o también como los Hechos sociales en los cuales se refleja un determinado criterio para la solución de los conflictos de intereses.

2.3.1.- Clases de fuentes del Derecho Administrativo.-

Las fuentes del Derecho Administrativo, para el Dr. Posso Zumarraga, especialista en esta rama, considera que son de dos clases: positivas y principales, y racionales o secundarias:²⁴

A) FUENTES POSITIVAS O PRINCIPALES DEL DERECHO

ADMINISTRATIVO: son aquellas que constituyen el ordenamiento jurídico vigente, establecido por los poderes del Estado, y de acuerdo a su jerarquía, además de que radican en disposiciones escritas capaces de crear, extinguir o modificar situaciones jurídicas administrativas, como son: la Constitución, la Ley, el Estatuto, el reglamento, el Decreto, el Decreto Ley, la Ordenanza, Los Instructivos, los Acuerdos, las Resoluciones, las Instrucciones, las circulares, los Manuales Administrativos

1. ***La Constitución Política del Estado.-*** es la Ley Suprema que regula en el orden jurídico la composición estructural del Estado y sus funciones, el ejercicio del poder y la competencia de las instituciones del sector público, central, dependiente y descentralizado. Es la generadora de los derechos y garantías

²⁴ Dr. POSSO ZUMARRAGA, Manuel, Fuentes del Derecho Administrativo y Ordenamiento Jurídico vigente, www.inesguerrero.wordpress.com

fundamentales de los gobernados y del derecho público en todas sus ramas, en las que ocupa lugar preferente el Derecho Administrativo.

Las disposiciones relacionadas con la educación y la cultura, la asistencia social y la promoción popular, la seguridad social, la protección al medio ambiente, las regulaciones de los organismos del sector públicos, la integración del gobierno, la estructuración de las funciones del Estado, de los ministerios y de los altos organismos centralizados y descentralizados, la asignación de competencias y atribuciones son de carácter jurídico administrativo.

Según el Art. 227 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta que la Administración Pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

La Constitución es la máxima ley que rige la administración del Estado ecuatoriano, traza directivas generales sobre la organización y funcionamiento del Estado, señala los principales órganos, funcionarios y agentes de la Administración, fija sus atribuciones y limita el campo de acción, determina los organismos de control de los recursos públicos y establece la administración seccional entre otras funciones.

2.- La Ley.- de acuerdo al criterio del insigne jurista el doctor Alfredo Pérez Guerrero "la Ley es el instrumento técnico del derecho".

Nuestro Código Civil en su artículo 1, nos da el concepto de Ley, diciendo que "es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita en la ley de leyes, es decir, en la Constitución del Estado, manda , prohíbe o permite. De acuerdo con esta definición general y por analogía, las leyes administrativas son: imperativas, prohibitivas y permisivas.

3.- Las Leyes Administrativas.- Son aquellas normas jurídicas subordinadas a la Constitución Política, dictadas por el Legislativo que tienen que ver con la creación, organización, funcionamiento, supresión y control de los servicios públicos, con el régimen de personal o recursos humanos, con el régimen administrativo, con la competencia, la responsabilidad, remuneraciones, bienes y control jurídico de la administración. como por ejemplo: La Ley Orgánica del Servicio Público, Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, la Ley de Régimen Administrativo, Ley de Remuneraciones de los servidores públicos, la ley de Modernización del Estado, etc.

4.- Los decretos.- Son actos esencialmente administrativos, como por ejemplo, los Decretos que dicta un Presidente para ejercer funciones constitucionales o legales. Técnicamente, el dictar un Decreto está reservado para la Función Ejecutiva Administrativa.

Legal y doctrinariamente en nuestro ordenamiento jurídico existen dos clases de Decretos:

4.1.- Decreto Ley.- Constituyen la actividad legislativa de los gobiernos de facto o dictadura, tienen el mismo valor que una ley en gobiernos democráticos entre comillas

como el nuestro, y su vigencia opera desde el momento que son dictados y publicados en el Registro Oficial

4.2.- DECRETOS CON FUERZA DE LEY.- Son los actos administrativos dictados por el Ejecutivo relacionados con distintas disciplinas del Derecho. Estos Decretos se los hace a través de la delegación de funciones que otorga la Función Legislativa al Ejecutivo en Gobiernos de Derecho, y mantienen su vigencia hasta que otro Decreto ley de igual naturaleza y posterior, los derogue expresa, tacita total o parcialmente

5.- Actos Administrativos.- Proviene del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva del No 1634 de 31 de marzo de 1.994 y se clasifican en:

5.1.- Actos Administrativos Normativos.- Son toda declaración unilateral, efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa. Ejemplo: El sumario administrativo iniciado en contra de un servidor público

5.2.- Actos Administrativos de Simple Administración.- Son actos jurídicos de las Administraciones públicas que no crean, modifican o extinguen derechos subjetivos Por ejemplo, el silencio administrativo, la ambigüedad o vacío de una norma, la facultad discrecional mal ejecutada.

6.- Hechos Administrativos.- Es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos ya sea que medie o no una decisión o actos administrativos propios. Ej. La confiscación de sueldos o salarios, la retención indebida de remuneraciones, las pensiones jubilares indignas del IESS.

7.- Los Reglamentos.- Contienen un conjunto de disposiciones destinadas a regular y ejecutar el cumplimiento de la ley. En el Ecuador jurídicamente son los más peligrosos, "Hecha la ley hecha la trampa"

a) Reglamentos de Ejecución.- Son actos administrativos que contienen un conjunto de disposiciones encaminadas a proveer el cumplimiento de una ley formal, como por ejemplo, el reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público.

b) Reglamentos Orgánico Funcionales.- Actos administrativos dictados por el ejecutivo y por delegación por las instituciones públicas, que determinan la estructura orgánica, las funciones de las diferentes unidades administrativas que fueren necesarias para el eficiente efectivo y económico funcionamiento de las instituciones.

c) Los Reglamentos Autónomos.- Son los que la Administración puede dictar en ejercicio de poderes propios que la Constitución les atribuye con prescindencia de si existe o no una ley, y además le *“permite a la autoridad administrativa, regular materias en las que tiene asignada una competencia exclusiva; para el cumplimiento de sus propias funciones y fines; o por cuestiones de organización interna, creados bajo principios constitucionales de autonomía administrativa, financiera y reglamentaria”*.²⁵ Ejemplo: La autonomía que posee el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para actuar con personería jurídica propia y así crear, modificar o extinguir Reglamentos que beneficien la prestación de servicios que brindan a sus afiliados.

8.- Los Estatutos.- Son instrumentos jurídicos con fuerza de ley, que basados en normas legales y reglamentarias rigen las actividades propias y específicas de

²⁵ Entrena Cuesta, Rafael, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Tecnos, 1995, 11ª edición.

entidades. Por ejemplo, los Estatutos de los Centros de Estudios Superiores, de Asociaciones, Corporaciones, Fundaciones, etc.

9.- Las Ordenanzas.- Son resoluciones seccionales con fuerza de ley, que rigen a los Municipios y Consejos Provinciales. Por ejemplo, las Ordenanzas de Agua potable, de la Construcción, de Establecimientos y Ornatos, o para el cobro abusivo de las contribuciones especiales entre otras.

10.- Los Acuerdos.- Un **acuerdo** es, en Derecho, una decisión tomada en común por dos o más personas, por una junta, asamblea o tribunal. También se denomina así a un pacto, tratado o resolución de organizaciones, instituciones, empresas públicas o privadas.

Es, por lo tanto, la manifestación de una convergencia de voluntades con la finalidad de producir efectos jurídicos. El principal efecto jurídico del acuerdo es su obligatoriedad para las partes que lo otorgan naciendo para las mismas obligaciones y derechos. Es válido cualquiera que sea la forma de su celebración, oral o escrita, siempre que el consentimiento de los otorgantes sea válido y su objeto cierto, determinado, no esté fuera del comercio o sea imposible.²⁶

En definitiva, son actos administrativos del Presidente de la República y por Delegación dictados por los Ministros de Estado que tienen carácter general para diferenciarse de ciertas resoluciones con carácter específico, con la finalidad que se garanticen los derechos de todos los ciudadanos de la República sobre una materia en específico. Ejemplo: Acuerdo Ministerial No 00003-A, emitido por el Ministerio de Relaciones Laborales, de 04 de Enero del 2011, referente al “*Procedimiento para*

²⁶ www.wikipedia.com

Obtener la Autorización y/o Permiso de Trabajo para Personas Extranjeras en Calidad de Servidoras o Servidores Públicos”

11.- Las Resoluciones.- Son procedimientos que adoptan los funcionarios en uso de sus potestades jerárquicas sobre problemas administrativos, técnicos y burocráticos de carácter interno, sin apartarse del marco reglamentario con fuerza de ley. Por ejemplo, las 134 resoluciones inorgánicas dictadas por la Comisión Interventora que facilitan la privatización inconsulta del sistema del seguro social, para favorecer a los privatizadores a ultranza.

12.- Las Instrucciones y Circulares.- Son reglas técnicas que prescriben el cumplimiento de disposiciones ya establecidas, dirigidas a funcionarios o empleados de la administración para una correcta ejecución de normas de mayor categoría jurídica.

13.- Los Manuales Administrativos.- Son documentos ordenados y sistemáticos, emitidos por la Autoridad Rectora de la Institución Pública a la que pertenece, con facultades y competencias determinadas en la Constitución y la Ley, que le permiten elaborar y ejecutar políticas y normas internas, las mismas que pueden contener, instrucciones sobre la organización, funcionamiento y procedimientos a seguirse, dentro de la Institución, con el fin de mejorar la eficacia y ejecución de trabajos asignados al personal de servicios, primordialmente. En otras palabras, los Manuales son instrucciones que tienden a aclarar normas jurídicas de carácter general, con un lenguaje sencillo, a fin de que los funcionarios entiendan y apliquen en un proceso administrativo determinado, y éstos pueden ser : manuales de contabilidad, de auditoría, de operaciones, y procesos administrativos, etc.

B) FUENTES RACIONALES O SECUNDARIAS: Son pronunciamientos razonados, no incorporados a la legislación ecuatoriana, que carecen de valor obligatorio, pero que influyen en el régimen jurídico de la administración. Tienen ese carácter: la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia, en todo lo concerniente a la actividad administrativa.

El concepto y alcance de estas tres fuentes están recogidos dentro del ámbito de las fuentes generales del derecho.

1.- La Costumbre.- consiste en el conjunto de actos, prácticas y vivencias reiteradas, ininterrumpidas, uniformes, generales, duraderos y constantes, en un sector geográfico determinado y por estratos sociales definidos, también se la podría definir como una fuente del Derecho Administrativo, entendida como los precedentes que conducen al legislador, a reglamentar formalmente un servicio o una institución, Por ejemplo , la Costumbre actúa como suplemento jurídico, en los casos de silencio administrativo de la ley o cuando se produce un vacío de ley

2.- La Doctrina.- es la teoría y las manifestaciones de tratadista especializados sobre cuestiones específicas del derecho, y en el ámbito que nos ocupa, del Derecho Administrativo, que sirven de sustento para una mejor comprensión y aplicación de las normas jurídicas.

Es la opinión de los juristas y administradores versados sobre los problemas de la administración. Es decir, es un medio auxiliar para la comprensión y aplicación de las normas del Derecho. Su influencia es persuasiva, ya que el administrador a más de la ley se inspira en Tratados, Convenios internacionales, doctrinas y teorías de juristas y administradores probos, que existen en el Ecuador.

3.- La Jurisprudencia.- es la repetición fundamentada de determinados criterios aplicables a cuestiones similares que se dirimen en los conflictos jurídicos por los órganos que administran justicia, ya que la Ley de Casación, publicada en el R.O. No. 192 de 18 de Mayo de 1993, ordena lo siguiente: "**Art. 19.- Publicación y precedente.-** Todas las sentencias de casación serán obligatoriamente publicadas en su parte dispositiva en el Registro Oficial y constituirán precedente para la aplicación de la Ley, sin perjuicio de que dichas sentencias sean publicadas en la Gaceta Judicial o en otra publicación que determine la Corte Suprema de Justicia. La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema"; por lo que hoy en día, el sistema jurídico ecuatoriano reconoce esta fuente que a mi criterio es de suma importancia para la aplicación de la ley, por lo que se debe considerar como un principio más de Derecho Administrativo.

En el derecho administrativo es aplicada la jurisprudencia, cuando existen fallos de triple reiteración que sirven como base jurídica del Órgano Jurisdiccional que imparte justicia el determinar si es procedente o no lo demandado.

3.- La Administración Pública Ecuatoriana

Los inicios de la Administración Pública del Estado ecuatoriano tienen sus raíces en la Constitución Quiteña de 1812. El 9 de octubre de 1820 Guayaquil se constituyó en un territorio autónomo con su propio Reglamento constituyente.

Con la anexión de nuestro país a la Gran Colombia en 1822 como “Departamento del Sur”, se aplicó la Constitución de Cúcuta, las leyes colombianas y la legislación española. Ley colombiana de 1825: Administración de la República en sus

diferentes ramos de justicia, hacienda, economía de guerra y gobierno político y económico de los departamentos y provincias. Esta ley se mantuvo vigente por disposición de la Constituyente de 1830.

Una de las primeras leyes que se promulga en el Ecuador, a poco de separarse éste de la Gran Colombia es, precisamente, la de Régimen Político de los Departamentos, dictada por la Convención de Riobamba el 28 de septiembre de 1830 para regular la organización administrativa y distribuir las atribuciones entre los funcionarios departamentales y provinciales; a partir de ella se dictaron trece leyes de régimen administrativo, la última de ellas codificada en 1960 (Suplemento del Registro Oficial 1202, de 22 de agosto) y sobre cuya vigencia aún se discute.

La administración pública viene experimentando un notable progreso desde la organización del Estado de Derecho. En nuestro país, desde su organización como república del Ecuador, y a partir del primer gobierno de Juan José Flores. La organización de la administración pública se elevó cualitativamente en el gobierno de Vicente Rocafuerte, de 1835 a 1839, en que se dio el reconocimiento de los servidores públicos y de algunos derechos fundamentales de los mismos.

El desarrollo de La administración pública se dio preferentemente en los gobiernos de Eloy Alfaro y de Isidro Ayora; y por fin, desde 1959 en adelante, con el apareamiento de la Ley de lo Contencioso Administrativo, y posteriormente con la creación del Tribunal Contencioso Administrativo de 1967.

Todas estas leyes tuvieron como denominador común el limitarse a regular la

organización administrativa de las instituciones del Estado; fueron, en la práctica, los orgánico-funcionales de la administración pública, pues las normas procedimentales que en ellas se incluyeron fueron escasas y aisladas y nunca llegaron a configurar un verdadero procedimiento administrativo. Este hecho es muy decidor y revela el carácter de nuestro ordenamiento jurídico administrativo.

El Derecho Administrativo es el derecho que regula la organización de la administración pública; pero es sobre todo el que brinda a los ciudadanos los instrumentos necesarios para proteger sus derechos frente a las posibles arbitrariedades de la administración. Desconocer esto refleja una concepción acerca del gobierno y de la autoridad que está muy alejada de los presupuestos básicos del Estado de Derecho y, en el caso ecuatoriano, nos muestra a las claras que las estructuras constitucionales adoptadas por el país a partir de la independencia, no pasaron de ser un barniz que cubría una mentalidad autoritaria que el fin de la Colonia no hizo desaparecer.

El Ecuador adoptó las instituciones democráticas más en sus formas que en sus contenidos; la independencia mantuvo inalterable la manera de entender la relación entre el gobierno y los ciudadanos, que siguió sujeta al esquema colonial esto nos hace ver que el sistema no funcionaba sobre la base de los derechos y la igualdad de oportunidades, sino a partir del favor y la concesión, lo que nos demuestra que la actividad administrativa es creada, no como la prestación de un servicio, sino como una forma de ejercicio del poder en la que participan, cada uno a su nivel y con una zona de dominio sobre los demás, desde el Presidente de la República hasta los funcionarios colocados en el último lugar de la estructura jerárquica.

“Esta falta de una cultura de Estado de Derecho ha incidido negativamente en el desarrollo del Derecho Administrativo ecuatoriano y explica la escasa atención que se le ha prestado en los programas de enseñanza universitaria y la exigua bibliografía nacional sobre la materia, en razón de que hasta hace poco tiempo, los administrativistas ecuatorianos eran abogados que, fundamentalmente por haber prestado sus servicios en el sector público, habían aprendido en la práctica la verdadera función de lo que son las instituciones públicas y los principios de esta rama del derecho.”²⁷

En el Ecuador, solo a partir de las reformas constitucionales de 1905 se crea una jurisdicción contenciosa administrativa, que se asigna al Consejo de Estado. Sin embargo, la existencia de un órgano encargado de decidir sobre las cuestiones contenciosas administrativas no significó que el recurso fuera efectivamente utilizado por los ciudadanos; si bien convendría confirmarlo revisando los informes de labores del Consejo de Estado, al parecer la tarea de este último como tribunal contencioso administrativo fue mínima, por no decir inexistente.

Realizo un pequeño análisis al mencionar que en la actualidad, la acción contenciosa administrativa, nos permite acceder a nuestros legítimos derechos, cuando los actos emitidos por la Autoridad Pública, vulneren un derecho o interés directo de la persona natural o jurídica, o cuando las resoluciones administrativas, lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, con el fin de proponer ante la vía correspondiente el recurso contencioso administrativo, según lo establecen los artículos

²⁷ JARAMILLO ORDOÑEZ, Hernán, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Universidad Nacional de Loja, año 2001

1, 2 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, publicada en el R.O. No. 338 de 18 de Marzo de 1968.

Este recurso contencioso, según lo establece el artículo 3 de la citada Ley, puede ser de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo.

El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.

El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

En tal virtud esta vía contencioso administrativa tiene como fin, el de resolver en primera y/o última instancia, derechos presuntamente violados o vulnerados por parte de la Administración Pública Estatal, cuando de aquellos actos que emanen de la Administración sean contrarios u opuestos a la Constitución o la Ley.

El Tribunal Fiscal, creado en 1959 mediante Decreto Ley de Emergencia 10, publicado en el Registro Oficial 847, de 19 de junio, fue el primer tribunal contencioso administrativo que funcionó efectivamente; la Constitución de 1967 mantuvo ese

Tribunal y creó otro, con el nombre de Tribunal Contencioso Administrativo; un año después se publicó en el Registro Oficial 338, de 18 de marzo, la Ley 35, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que estableció un procedimiento judicial claro y detallado, muy superior a las insuficientes regulaciones que hasta entonces contenía la Ley de Régimen Administrativo. Uno de los problemas que debieron enfrentar los autores de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa fue la falta de un procedimiento en sede administrativa, falta que trataron de suplir con la inclusión de artículos como el 59 (nulidad de actos y procedimientos administrativos) y el 76 (no suspensión de actos administrativos), que pese a no referirse a temas propios del procedimiento judicial, resultaban indispensables para el funcionamiento de la nueva jurisdicción.

La expedición de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa coincidió con el inicio de un período caracterizado por una considerable multiplicación de normas relacionadas con la administración pública. Para enfrentar este proceso de crecimiento se contaba con recursos jurídicos más bien limitados. A inicios de la década del setenta, a más de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la legislación administrativa del Ecuador se reducía a la citada y ya para entonces a la anticuada Ley de Régimen Administrativo, que como he mencionado se limitaba a organizar la estructura de los ministerios y demás instituciones públicas y nada o casi nada decía sobre temas fundamentales, como el procedimiento administrativo; o una Ley que se encargue de las Licitaciones de la contratación administrativa (*En la actualidad Ley Orgánica de Contratación Pública*); y una Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (*Hoy Ley Orgánica del Servicio Público LOSEP*). Obviamente, temas del Derecho Público que habían tenido especial desarrollo contaban con regulaciones propias: tributos, finanzas públicas, régimen seccional; todo esto, a más de

las inevitables normas dispersas para el funcionamiento de varias instituciones del Estado.

La expansión del sector público nos sorprendió sin un cuerpo legal desarrollado en el ámbito del Derecho Administrativo. Las instituciones jurídicas, por eso, se fueron creando a la medida de las situaciones concretas que se trataba de normar y de los problemas que se pretendía solucionar.; por lo que cada servicio público cuenta con regulaciones propias y diferenciadas; el tratamiento que se da a cada una de las instituciones del Estado es de una variedad y una falta de estructura notables es por ello que el alcance del sector público y la forma de clasificar a sus instituciones, difiere de una ley a otra. Si a esta dispersión normativa sumamos el abuso legislativo de la reforma y las derogatoria tácitas, el panorama empeora notablemente. En otras palabras, no hubo un estudio prolijo en lo concerniente a que leyes debían ser reformadas o cuáles debían ser derogadas para que no se opongan a las nuevas que se promulgaban; bastaba con incluir un artículo final que daba a la nueva norma el carácter de especial y la hacía prevalecer sobre todas las generales o especiales que se le opusieran.

Desafortunadamente el resultado no fue otro que un conjunto incoherente de leyes dispersas que responden a estructuras constitucionales ya sustituidas o que se derivan de enfoques sobre la administración pública que han sido ya dejados de lado; un laberinto de normas que se contradicen entre ellas y cuya vigencia misma, en muchos casos, puede ser puesta en duda

De esta manera, “El terreno para la inseguridad jurídica está dado, con los evidentes perjuicios que ello ocasiona, no solo a los ciudadanos, sino también a la propia administración. La falta de normas claras, organizadas y coherentes, ha caracterizado a la legislación administrativa ecuatoriana como dispersa, desactualizada, incongruente e incompatible con las nuevas realidades constitucionales, lo que a provocado que se dejé un amplio margen para la discrecionalidad administrativa, en la que cada funcionario actúa según su leal saber y entender”.²⁸

Actualmente podemos decir que la Administración Pública: Es la Organización más extensa y compleja, dotada por la ley de personalidad jurídica que constituye un sujeto de derecho que interviene en relaciones jurídicas de distinta naturaleza y contenido. Hoy por hoy son más de trescientos mil en nuestro país y es una organización pública que forma parte de los poderes públicos y constituye el más voluminoso: consume e invierte más recursos públicos, tiene a su servicio a la mayor parte de los empleados públicos y se relaciona más frecuentemente con los ciudadanos.

3.1.- El Gobierno y la Administración Pública.

El Dr. *Aníbal Guzmán Lara*, sostiene que "La Administración Pública es la acción del gobierno encaminada en forma ordenada y técnica al cumplimiento y aplicación de leyes y reglamentos, a promover el bien público en todas sus manifestaciones, económica, de seguridad, de protección, de integridad territorial,

²⁸ CAMPAÑA MORA, Joffre, una visión sobre el derecho administrativo en el Ecuador, Revistas Jurídica

educación, vialidad, etc., como a dar resoluciones oportunas a las reclamaciones y peticiones que se susciten o presentaren".²⁹

Es decir que la Administración pública es aquella que forma parte del Poder Ejecutivo, y a diferencia del Poder Legislativo y Judicial, es un poder activo por excelencia ya que no se limita a dictar normas jurídicas, sino que también aprueba normas generales (reglamentos) y puede resolver conflictos o controversias aplicando el Derecho o mediante el arbitraje, ya que cuenta con una potestad sancionadora muy extensa, sin perjuicio de la que ejercen los Jueces y Tribunales penales y con subordinación a la Justicia en todo caso.

Para Granja Galindo: "La administración pública es una ciencia y arte, a la vez, que tiene por objeto el conocimiento y práctica de múltiples actividades, o servicios, ejercidos consciente e intencionalmente por los órganos administrativos y servidores públicos, en general, en razón del mandato o representación del Estado, para lograr diferentes fines a favor de la colectividad"³⁰

En el Glosario de términos del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva se define a la Administración Pública como "la organización con personalidad jurídica, que desarrolla su actividad para satisfacer el interés general"; y, en el Art. 3, se declara que la Administración Pública Central tendrá personalidad jurídica única para el cumplimiento de sus fines.

En otras palabras podemos decir que la Administración pública, a diferencia de los particulares, no tiene fines propios, sino que es una institución cuya única razón de ser y cuya fuente de legitimidad es actuar para satisfacer los intereses generales o

²⁹ Dr. Guzmán Lara, Aníbal, Diccionario Jurídico Ecuatoriano, Quito-Ecuador

³⁰ GRANJA GALINDO, Nicolás, Fundamentos del Derecho Administrativo, Escuela de Causas Jurídicas de la UTPL, Loja Ecuador

públicos de acuerdo con los valores y principios de la Constitución. Para la gestión de los intereses generales, las leyes atribuyen a la Administración Pública un conjunto de prerrogativas, y en virtud de ellas puede adoptar decisiones unilaterales con fuerza jurídica vinculante de obligado cumplimiento.

La administración pública ha ido de la mano del Estado, y ha convivido con las distintas formas que éste y las demás organizaciones políticas han ido adoptando a lo largo de su evolución histórica. En otras palabras, ha estado presente en toda organización oficial de ejercicio del poder político. Por ello, tenemos referentes de las actividades y procedimientos administrativos desde épocas remotas, como por ejemplo las manifestaciones que sobre el Estado y la administración pública hacían los clásicos griegos: Platón, Sócrates y Aristóteles, mismos que señalaban que la administración no pudo desarrollarse significativamente en las organizaciones monárquicas y autocráticas del Estado, puesto que la evolución y cambios relevantes en la Administración pública se dieron con la aparición y crecimiento de los estados democráticos estructurados jurídicamente.

“La administración pública ha tenido vigencia desde que el gobernante, en cualesquiera de las organizaciones estatales o pre estatales, tomaba resoluciones que las hacía trascendentes a sus subordinados a través de edictos reales o decretos; y ha ido creciendo con la evolución del Estado y su organización sistémica, con la distribución de funciones y la estructuración de órganos para el ejercicio del poder y el cumplimiento de sus objetivos y fines”³¹

“Para que exista una buena, estrategia de gobernabilidad es necesario fortalecer la democracia, los derechos humanos, promover la prosperidad económica y la

³¹ JARAMILLO ORDOÑEZ, Hernán, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Universidad Nacional de Loja, año 2001

cohesión social, reducir la pobreza, potenciar la protección ambiental y el uso sostenible de los recursos humanos, así como aumentar la confianza en el gobierno y la administración pública.”³² Es por ello que el Gobierno ha creado entidades Públicas a través de las cuales se trata de asegurar la disponibilidad de capacidades las misma que deben estar concentradas en el Gobierno central y así manejar las provisiones o suministros de bienes y servicios de terceros o de la población ecuatoriana, incrementándose la habilidad del gobierno de manejar exitosamente y de manera directa todas las directrices del Estado. Permitiendo que éste cumpla eficientemente con el direccionamiento de los Asuntos públicos y busque soluciones verdaderas a los problemas que afectan directa o indirectamente a la sociedad.

La acción del Estado en este campo ha influido de tres maneras: 1.- El servidor Público debe estar al servicio del estado y de la comunidad 2.- Ejerce funciones en la formas prevista por la constitución, la ley o el reglamento; y 3.- Ejercitar controles públicos a las personas y la propiedad dentro de su dominio. Con estos objetivos las normas y leyes que regulan la administración pública deben: a) Establecer dependencias administrativas adecuadas; otorgándoles ciertos poderes, describiendo el alcance y límite de los mismos. b) Proveer de los medios para hacer cumplir las decisiones administrativas hechas en el ejercicio de estos poderes; y c) Proporcionarles un sistema que brinde seguridad contra acciones administrativas arbitrarias, discriminatorias o no autorizadas.

³² DROM José Roberto, Instituciones del Derecho Administrativo, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina 1973

El Estado no puede existir sino dispone de una Administración pública moderna, la misma que tiene que ser conducida por funcionarios o servidores públicos altamente capacitados y actualizados en las dos funciones básicas de un estado: suministrar servicios y ejercer un control de las personas y la propiedad, a través de la formación y capacitación continua que el estado le otorga y garantiza mediante la coordinación con instituciones nacionales e internacionales que operan bajo acuerdos con el Estado. Por lo que deben ejercer sus funciones con eficiencia y sensatez ya que cada acto que realizan está sujeto a un control y determinación de responsabilidades.

“La administración se ejerce por medio de órganos con personería jurídica representados por funcionarios con principio de autoridad y responsabilidad; mediante actos, hechos, simples actos, contratos, reglamentos y leyes administrativas; valiéndose de recursos humanos y financieros, de bienes nacionales, fiscales y particulares; en base a facultades constitucionales y legales; y hasta los límites fijados por el ordenamiento jurídico nacional”³³

“La Administración Pública es una actividad gubernamental, ejercida por la función ejecutiva en forma vertical y horizontal, para hacer prevalecer el poder del Estado, en una estructura económica determinada, valiéndose de ideas y convicciones políticas. En este círculo, la actividad administrativa es una forma específica de obrar para exteriorizar actos políticos y determinar ideológicamente el sistema técnico-administrativo que se ha de poner en práctica en el país. Al efecto "Una administración sin política carecería de rumbo". "Una política sin administración sería una utopía". La

³³ Borja Borja, Ramiro, Teoría General del Derecho Administrativo, Editorial PUDELECO, año 1995

política parte de una concepción filosófica e ideológica del poder del Estado; la administración, de una decisión política”.³⁴

Desde el punto de vista subjetivo la administración está constituida por un conjunto de órganos estructurados jurídica y jerárquicamente dentro del poder ejecutivo, cuya actividad está dirigida a satisfacer necesidades de orden público.

Desde el punto de vista objetivo, la administración es el conjunto de actividades prácticas que despliega el Estado a través de sus órganos para atender intereses generales de manera inmediata y continúa de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente.

La Administración Pública Central

La Administración Pública Central es la actividad política, jurídica y técnica que jerárquica e imperativamente la ejerce el Presidente de la República, de acuerdo con las funciones constitucionales, legales y reglamentarias, para satisfacer necesidades generales dentro de un organismo social, valiéndose de diferentes procedimientos, órganos e instituciones públicas, semi-públicas y privadas, y de acuerdo con los principios de eficiencia, agilidad y transparencia, descentralización, desconcentración, racionalización y economía de los servicios; la coparticipación y solidaridad social. Si bien las decisiones superiores, trascendentales, deben ser tomadas en un nivel de poder central democráticamente elegido, la ejecución de esas decisiones puede ser mucho más

³⁴ ZAVALA EGAS, Jorge, Introducción al Derecho Administrativo, Editorial Guayaquil-Ecuador, pag. 35

eficiente y efectiva si se hacen en forma descentralizada. La percepción o intuición de que esto es así ha llevado a los Estados a crear dentro de su propio territorio, divisiones político-administrativas, en las que se delegan ciertas funciones y cuya tarea primordial es convertir en hechos locales las grandes decisiones nacionales.

Es así que nuestra normativa legal con respecto a lo que la Administración central establece en:

- **La Constitución Política del Ecuador en su art. 74.-** que hace referencia al ejercicio de la función ejecutiva manifiesta que.- "La Función Ejecutiva es ejercida por el Presidente de la República, quien representará al Estado".
- La Ley de Modernización del Estado, expresa: Art. 40.- REGIMEN ADMINISTRATIVO DEL EJECUTIVO.- "Dentro de los límites que impone la Constitución Política, declárese de competencia exclusiva del Ejecutivo o regulación de la estructura, funcionamiento y procedimientos de todas sus dependencias y órganos administrativos".
- El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, manifiesta: Art. 5.- GOBIERNO Y ADMINISTRACION PUBLICA CENTRAL.- "Corresponde a los órganos superiores de la Función Ejecutiva la dirección de la política interior y exterior del Estado, así como su administración civil y militar, de acuerdo a las normas constitucionales y legales.

La Función Ejecutiva la ejerce el Presidente de la República quien representa al Estado en forma extrajudicial, ejerce la potestad reglamentaria y tiene a su cargo la dirección de toda la Administración Pública Central e Institucional ya sea directa o indirectamente a través de sus Ministros o delegados puesto que goza de potestad jerárquica, reglamentaria y del ejercicio de la autoridad y decisión con poder de mando.

“La Administración Pública de la Función Ejecutiva de acuerdo con la jurisdicción territorial, funciones y competencias se encuentra organizado y estructurado jerárquicamente de la siguiente forma: Presidente de la República; Vicepresidente de la República; Secretario General de la Administración, Ministros de Estado; Gobernadores; Intendentes de Policía; Jefes Políticos; Comisarios de Policía; y, Tenientes Políticos.”³⁵

El Gabinete.- Es el organismo asesor del Presidente de la República. Se encuentra integrado de la siguiente manera: El Presidente de la República; el Vicepresidente de la República; El Secretario General de la Administración; el Ministro de Gobierno y Policía; el Ministro de Relaciones Exteriores; el Ministro de Finanzas y Crédito Público, el Ministro de Energía y Minas, el Ministro de Educación y Cultura; el Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones; El Ministro de Industrias; Comercio, Integración y Pesca; El Ministro de Defensa Nacional; el Ministro de Agricultura y Ganadería; El Ministro de Trabajo y Recursos Humanos; el Ministro de Bienestar Social; el Ministro de Turismo; el Ministro de Salud Pública; el Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda; e, invitados del Presidente de la República.

³⁵ ZAVALA EGAS, Jorge, Introducción al Derecho Administrativo, Editorial Guayaquil-Ecuador, pag. 97

Comisión Ejecutiva Provincial.- Para la observancia de la Constitución y Leyes de la República; para una eficaz administración provincial se ha constituido la Comisión Ejecutiva Provincial, que se encuentra organizada de la siguiente manera: Gobernador de la Provincia; Secretario de la Gobernación; Funcionarios de mayor jerarquía a los Ministerios; y, Funcionarios de la Función Ejecutiva. Para efectos protocolarios los gobernadores gozarán en sus provincias de las prerrogativas de un Ministro de Estado.

La Administración Pública Institucional

Es una rama de los servicios generales del Estado o del Municipio que se han desprendido de su organización para erigirse en entidades dotadas con personería jurídica, autonomía propia, patrimonio independiente y grado de especialidad y responsabilidad. En este sentido la institución pública representa el grado más alto de descentralización por servicio; a su vez, es una ventaja y una garantía porque tiende a tecnificar y especializar a la administración. Por ejemplo, el Municipio y la Universidad son instituciones públicas descentralizadas, especializadas, con características particulares propias dentro de la administración. Las instituciones públicas de carácter científico, educativas, deportivas, son muestra palpable del grado de desarrollo económico y cultural de un país. Otorgando a estas instituciones la característica fundamental de estar vinculados estrechamente a la propia organización del Estado.³⁶

³⁶ Dr. JARAMILLO ORDOÑEZ, La Administración Pública, revista Jurídica

La Administración Pública Seccional

Son entidades del sector público como los Consejos Provinciales y los Concejos Cantonales de carácter orgánico-funcional que gozan de autonomía propia, patrimonio económico y de capacidad jurídica para obrar y realizar actos reglados y discrecionales que fueren necesarios para el cumplimiento de sus fines en la forma y condiciones que determine la Constitución y las leyes y con facultad legislativa para dictar ordenanzas, para gobernar, ejecutar y hacer cumplir sus ordenamiento

4.- El Acto Administrativo – Definición

La administración pública se desenvuelve con la realización de numerosos actos de muy diversa naturaleza. El conocimiento del acto administrativo es la base para el ejercicio de las garantías administrativas.

Históricamente El término acto administrativo surge en los comienzos de la Revolución Francesa, configurando aquellos actos del Príncipe que estaban exentos de control por la jurisdicción ordinaria. Estos eran los que se llamaban "actos de autoridad", emanados del poder ejecutivo en ejercicio de sus prerrogativas y no controlables, y frente a ellos estaban "los actos de gestión", provenientes de la Administración con carácter patrimonial y jurídico privado y susceptibles de control jurisdiccional. Se sostiene que el primer texto legal sobre Derecho Administrativo que empleó esta expresión (acto Administrativo) es la ley francesa del 16 de agosto de 1790

por la cual se prohibía a tribunales judiciales el comportamiento de operaciones de los órganos administrativos. La expresión de acto administrativo era desconocida antes de la Revolución Francesa, ya que fue entonces cuando la administración pública quedó sometida a un régimen de derecho. En el Estado Francés la administración pública realizaba actos que en sentido amplio podrían llamarse administrativos pero que estaban excluidos del régimen de Derecho. Del caos indisciplinado de operaciones materiales de todas las clases que realizaba el estado, se va a desprender ahora la noción de acto administrativo para designar un acto jurídico de naturaleza específica que viene a determinar el sentido en que la regla de derecho debe aplicarse a la actividad de la administración.³⁷

Con el transcurso del tiempo han surgido varias definiciones y controversias entre los teóricos administrativistas acerca de qué se deba entender por **acto administrativo**, axiomas que han puesto de manifiesto la evolución y las distintas tendencias existentes en esta materia, es así que me permito exponer algunas definiciones legales y doctrinales de lo que es el Acto Administrativo:

Definiciones legales:

- La Legislación Ecuatoriana en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en su artículo 65 define: “*ACTO ADMINISTRATIVO.-*

³⁷Cristian León Orosco, obra “Estudios sobre Nulidad Procesal”, (Pág. 307-359), Editorial Normas Legales, Lima Perú 2010

Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa “.³⁸

- La Ley de Control Constitucional en su artículo 24 establecía: “ *Para los efectos de la demanda de inconstitucionalidad se entenderá por acto administrativo las declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales, así como los de mero trámite que influyan en una decisión final*”³⁹
- El artículo 41 de la nueva ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, con el fin de hacer valer los derechos garantizados en la Constitución de la República del Ecuador y la ley establece lo siguiente: “Art. 41.- La acción de protección procede contra: **1.** Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio; **2.** Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías; **3.** Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías; **4.** Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias: **a)** Presten servicios públicos impropios o de interés público; **b)** Presten servicios públicos por delegación o concesión; **c)** Provoque daño grave; **d)** La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo; **5.** Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona”.⁴⁰

³⁸ Legislación Ecuatoriana en Estatuto de Régimen Jurídico, Art. 65

³⁹ Derogada Ley de Control Constitucional del Ecuador

⁴⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador

- La legislación española lo definió en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1.956 como " *los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo*".⁴¹
- La legislación chilena lo definió en la Ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos como " *Las decisiones formales que emitan los órganos de la administración del estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública*"⁴²

“El Acto Administrativo comprende las declaraciones administrativas de todo tipo de origen unilateral y bilateral de alcance individual y general, de efectos directos e indirectos, en el que prima la voluntad declarada, al resultado jurídico objetivo emanado de la Administración con fuerza vinculante por imperio de la Ley, en otras palabras el Acto Administrativo es el acto jurídico proveniente de una Administración Pública en ejercicio de sus potestades, y sometido al Derecho Administrativo, el mismo que ostenta la presunción de legitimidad determinando la obligación del particular de cumplirlo y el nacimiento de los términos para impugnarlo”.⁴³

Definiciones Doctrinales:

PARADA VAZQUEZ, define al Acto Administrativo “..como aquel acto que es el dictado por una Administración Pública u otro poder público, en el ejercicio de

⁴¹ Legislación Española en la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa año 1956

⁴² Legislación Chilena Ley 19.880 de bases de los Procedimientos Administrativos

⁴³ FRAGA Gabino , Derecho Administrativo, edición decima tercera ,México editorial Porrúa 1969 pág. 30

potestades administrativas y mediante el que impone su voluntad sobre los derechos, libertades o intereses de otros sujetos, públicos o privados, bajo el control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa." Es decir que el acto administrativo es una declaración concreta de voluntad de un órgano de la administración activa en el ejercicio de su potestad administrativa

Para el Jurista Argentino Agustín Gordillo el Acto Administrativo es "toda declaración unilateral de voluntad realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma inmediata".

Para Guido Zanobini: "Es cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa"

Para Hauriou, el acto administrativo es "toda declaración de voluntad emitida por una autoridad administrativa en forma ejecutoria, es decir, en forma que implique la ejecución de oficio, a fin de producir un efecto jurídico respecto de los administrados"

Para Jellinek, en cambio, lo define como una "declaración autoritaria de la voluntad de la administración respecto de una determinada persona"

Para Fleiner consiste en un "acto realizado con poder de autoridad por un órgano administrativo y que tiende a producir un efecto jurídico"

CARACTERÍSTICAS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

De la conjunción tanto de las definiciones legales como doctrinales se pueden extraer ciertas características de lo que el Acto Administrativo y que son comunes y evidentes en las diversas definiciones que hemos anotado y son:

1. Se trata de una declaración, por lo que quedan excluidos los actos de la Administración puramente materiales (redacción de un oficio, una demolición, el asfaltado de una calle). La declaración podrá ser de voluntad (decisión de la Administración); de deseo (propuesta de un órgano a otro); de juicio (informes) o de conocimiento (declaración de constancia de algo).
2. Ha de proceder de un sujeto de la Administración (autoridad Administrativa) con competencia para realizar el acto.
3. Deben constituir ejercicio de la potestad administrativa y estar sujetos al Derecho Administrativo. Los actos administrativos pueden ser objeto de recurso judicial.
4. Los actos administrativos son unilaterales. Esto excluye a aquellos en cuya formación concurren dos o más voluntades, como los contratos celebrados por la Administración, diferenciados, por tanto, de los celebrados en Derecho Civil, donde existe la impugnabilidad inmediata, que junto con la coercibilidad y la ejecutoriedad les diferencian de éstos.

5.- Elementos del Acto Administrativo.

Entre los elementos esenciales que hacen la legitimidad del acto administrativo, se mencionan los siguientes: voluntad, competencia (sujeto), objeto (contenido), causa (finalidad) y forma.

1. La voluntad. El acto administrativo es esencialmente voluntario, sin la respectiva expresión de voluntad no podría concebirse la existencia del acto administrativo. El hecho de que el acto administrativo es una declaración, disposición o decisión, nos expresa que la voluntad es un presupuesto inherente a su existencia.

“La voluntad administrativa debe tener siempre la ejecución de una finalidad de interés público que debe cumplir, la voluntad de la administración pública, en lo que toca al régimen jurídico de la validez del acto administrativo, debe considerarse en sus dos momentos esenciales: cuando se forma o determina; y, cuando se expresa o declara. Por consiguiente, el acto administrativo, es una manifestación de voluntad de una autoridad pública, destinada a producir efectos jurídicos”.⁴⁴

2. La competencia. En la competencia, la capacidad se halla inserta en el órgano administrativo para ejercer sus derechos y atribuciones, otorgados por el poder público; mientras que en la capacidad, existe la posibilidad legal de ser titular de derechos y ejercerlos.

A la competencia se la ha definido como "el conjunto de atribuciones que está dotado

⁴⁴ FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, 13era Edición, Editorial Porrúa, año 1969, pag. 307

un órgano administrativo para la consecución de sus fines".⁴⁵ Sus caracteres son los que se conocen en razón del territorio, materia, poderes jurídicos y grado.

Por lo tanto, la competencia indica el marco objetivo de actuación del órgano administrativo; así cuando éste obra fuera de la órbita de sus facultades, realizando actos no permitidos por la Ley o excediéndose en sus poderes legítimos, los actos que de él emanen serán nulos, ya sea por incompetencia o por exceso de poder.

3. El objeto- . El objeto o contenido es "el efecto jurídico inmediato del acto (derechos y obligaciones que genera); dicho en otras palabras, es lo que se quiere hacer jurídicamente mediante el acto, es el efecto jurídico que crea, reconoce, modifica o extingue una situación jurídica, debiendo por lo tanto, su objeto ser siempre legítimo.

Entre los caracteres del objeto o contenido del acto administrativo, se determina que debe ser lícito, posible y determinado.

4. La forma.- El ámbito de la forma no es amplio, por el contrario"... se desenvuelve en un punto que puede ser fácilmente identificado, su manera de exteriorizar la voluntad administrativa es variada, ya sea oral, escritural, por señales, signos, etc.; si esa voluntad no se exterioriza, vale decir si no cumple con su publicidad, el acto no

⁴⁵ FERNANDEAZ DE CASTRO, El Acto Administrativo, la delegación de Facultades y la Nulidad del Acto Administrativo, 2001

es oponible a los administrados".⁴⁶

En cambio, las formalidades son los requisitos que han de observarse para dictar el acto y puedan ser anteriores, concomitantes y posteriores al mismo.

Para que exista acto administrativo, éste debe reunir todos los requisitos esenciales relacionados con el objeto, competencia, voluntad y forma. El incumplimiento total o parcial de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico, es vicio del mismo. Son requisitos accidentales la condición, el modo y el término. Los requisitos esenciales hacen la existencia y validez del acto; los requisitos accidentales la eficacia del mismo.

Los vicios del acto administrativo son las faltas o defectos con que éste aparece en el mundo del derecho y que, de acuerdo con el orden jurídico vigente, afectan la perfección del acto, sea en su validez o en su eficacia, impidiendo además la subsistencia o la ejecución del acto. La invalidez del acto administrativo en sentido genérico es la consecuencia jurídica del acto viciado, en razón de los principios de legalidad, justicia y eficacia administrativa. La gravedad de la invalidez de un acto administrativo no debe medirse por la conducta del agente creador del vicio, sino según la lesión que produzca en los intereses afectados y al orden público y jurídico estatal.

⁴⁶ FERNANDEAZ DE CASTRO, El Acto Administrativo, la delegación de Facultades y la Nulidad del Acto Administrativo, 2001

CAPITULO II

EL SERVICIO PÚBLICO

1.- Los Antecedentes Jurídicos de la noción del Servicio Público en el Ecuador.

Históricamente el desenvolvimiento jurídico de la Administración Pública ecuatoriana y la aparición de los funcionarios o servidores públicos, tienen sus orígenes en la herencia administrativa española. La experiencia constitucional de las Cortes de Cádiz, le sirvió de base al Ecuador para formular la primera Constitución de 1812 de la época, que fue la del Estado de Quito, que nunca llegó a funcionar por la revolución independista y la Constitución quedó solo en papel, instaurándose nuevamente el gobierno español en nuestro territorio.

En la Asamblea de Riobamba de 1830, que nos dio la Primera Constitución Ecuatoriana, se contempla varios puntos como:

- Lo que es el poder ejecutivo, las Instituciones públicas que la integran, así como también la integración de los llamados servidores públicos, que le asistían al Jefe de Estado (Presidente de la República), y se creó:
 - 1) Un ministerio de Estado, a cargo de un Ministro Secretario encargado de dos secciones: gobierno del interior, exterior y hacienda; secciones que fueron

separada provisionalmente mediante decreto de 1831, el Ministerio de Hacienda era la encargada de la fuente de los ingresos estatales, durante la época de la Colonia como en la República, en la que se crea un departamento denominado de Contaduría General con atribuciones para revisar las cuentas de las contadurías departamentales.

En 1830 se elabora y aprueba la Ley Orgánica de Hacienda con la que aparecen las tesorerías departamentales y la junta de hacienda, conformadas también por la Contaduría General (que en 1843 cambia de nombre a Tribunal de Cuentas) y las contadurías departamentales.

- 2) El Consejo de Estado, con funciones consultivas.
 - 3) Las unidades de Guerra y Marina que estaba a cargo del Jefe de Estado Mayor un General,
 - 4) El Consejo de Estado o Consejo de Gobierno es una institución consultiva que se reconoce desde la primera Constitución del Ecuador, y que persistió hasta principios del siglo XX.
- El poder Legislativo con el Congreso Constituyente de 1830, que en aquella época ya estableció el Estado del Ecuador y dictó la primera Ley Fundamental con bases en la legislación colombiana de 1825 en lo concerniente a la organización administrativa pública, lo que ha servido como plataforma para que en las posteriores Constituciones del Ecuador, ya se hable sobre una organización y régimen político y económico de las provincias, en las que ya se nomina o nombra a las diferentes autoridades administrativas (hoy servidores o funcionarios públicos) como a los intendentes, gobernadores, los jefes políticos municipales, los alcaldes municipales y parroquiales, juntas de sanidad,

municipalidades y juntas parroquiales, etc., así como también ya se hace referencia a las sanciones que se impondrán de los empleados públicos, cuando no cumplan con su deber que es el de servir al Estado y a la Comunidad.

De igual manera en 1830, se le atribuye al Congreso la competencia para determinar y fijar los gastos públicos en vista de los presupuestos que presente el Gobierno y velar sobre la recta inversión de las rentas públicas.

- En la Constitución, de 1835, ya se fija en tres el número de los ministros secretarios de Estado: a.- Ministerio del Interior y Relaciones Exteriores, b.- Ministerio de Hacienda; y c.- Ministerio de Guerra y Marina.

- En 1843, se nombra a los gobernadores y designa a corregidores y tenientes parroquiales para los cantones y parroquias; así como establece un concejo provincial, esta Ley tiene similar estructura a la organización administrativa pública española del siglo 19, que se componía de los siguientes ministerios: Estado, Gracia y justicia, Guerra, Hacienda, Marina, Gobernación, Fomento y Ultramar. El Consejo de Estado tenía un papel consultivo y las provincias estaban regidas por gobernadores. En los ministerios se encontraban subsecretarios, directores generales y oficinas centrales.

- La Constitución de 1869, otorga un verdadero avance al constitucionalismo ecuatoriano, robusteció al poder ejecutivo, se establece la reelección presidencial y el requisito principal ser católico, aseguro la independencia de los magistrados de la Corte Suprema.

- A finales de siglo, la Ley Fundamental de 1896 ya se dispone que haya hasta cinco Ministros Secretarios de Estado, remitiéndose a la ley para la determinación de las funciones correspondientes a cada uno de los ministerios.
- En 1900, se reforma la Ley y se autoriza al Ejecutivo aumentar el número de los Ministros Secretarios de Estrado, hasta el término que fija la Constitución.
- La Constitución de 1929, da inicio a un nuevo período del Constitucionalismo Ecuatoriano, se puso atención a los derechos sociales, se le reconoció capacidad jurídica a la mujer casada, se otorgó mayor protección al trabajador y le dio la categoría de Ley Suprema a la Constitución, el Habeas Corpus fue técnicamente formulado y perfeccionado.
- La Constitución de 1945, se crearon 2 organismos importantes el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Tribunal Supremo Electoral. Esta carta duro solo 3 meses
- La Constitución de 1946, corrigió los excesos de la carta de 1945 , desarrollo y consolido las libertades de los ciudadanos, regulo las atribuciones del ejecutivo para que el Presidente pudiera gobernar, perfecciono el sistema de control de legalidad de los actos y de la constitucionalidad de las leyes, tubo una duración de 20 años.
- La Constitución de 1967, continua con los lineamientos de la carta de 1946, se desarrollo el principio de la irretroactividad de la ley, el principio de igualdad

ante la ley , se creó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el Tribunal de lo Contencioso Tributario.

- En la Constitución de 1978, se le otorga al ejecutivo la potestad de la creación de ministerios, de acuerdo a la necesidad o requerimientos del Estado y la colectividad, sin requerir de la venia o aprobación del Congreso. En la Carta Magna de 1998, en su Art. 176. dice al respecto: "El número de ministerios, su denominación y las materias de su competencia, serán determinados por el Presidente de la República", en otras palabras toda organización, estructuración y manejo de la Administración Pública yace sobre los hombros del Ejecutivo, y para el correcto funcionamiento de los diferentes Ministerios y Entidades Públicas requiere de la colaboración y trabajo mancomunado de los servidores públicos, que a través de la historia hemos evidenciado su ardua y laboriosa actividad en servicio de la ciudadanía.
- La Constitución de la República del Ecuador Publicada en el R.O. No. 449 de 20 de Octubre del 2008, le atribuye facultades y competencias al Poder Ejecutivo, con el fin que sea el principal Poder del Estado de brindar servicios públicos a la colectividad, al mencionar en su normativa jurídica, que el Ecuador al ser un Estado constitucional de derechos, justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional, laico y republicano, se gobierna de manera descentralizada, desconcentrada con principios de universalidad, eficiencia, eficacia, igualdad, etc., cuyos deberes primordiales del Estado son: "1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes; 2. Garantizar y

defender la soberanía nacional; Fortalecer la unidad nacional en la diversidad; 4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico; 5. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir; 6. Promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización; 7. Proteger el patrimonio natural y cultural del país; 8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción”⁴⁷.

Además el Art. 85 ibidem manda que la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: “1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad; 2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto; 3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos. En la formulación, ejecución,

⁴⁷ Constitución de la República del Ecuador artículos 1, 2, 3.

evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades”⁴⁸.

Por lo expuesto, se puede resumir que el constitucionalismo ecuatoriano se dividió en dos grandes etapas las cuales abarcan diversos períodos históricos representados por los gobiernos de turno:

- I. La primera etapa comprende desde la constitución de 1830, hasta la liberal de 1906, época en la que nuestras cartas magnas recogen el constitucionalismo clásico, heredando de la independencia de las trece colonias antiguas de América y de la revolución francesa. Entre estos principios clásicos están: la separación de poderes, soberanía popular, gobierno representativo (sufragio); la consagración de los derechos individuales, sistema republicano y presidencial.
- II. La segunda etapa está dada por el constitucionalismo social de pos guerra y se inicia con la constitución de 1929, donde por primera vez se reconocen los derechos sociales y económicos, se establece el habeas corpus y el voto femenino, evidenciándose un notable desarrollo en las gestiones de la Administración Públicas, hasta la actualidad con la Constitución de la República del 2008.

El Ecuador en más de siglo y medio de historia turbulenta, ha alcanzado un progreso material y cultural de relativa importancia, lo que se ha evidenciado en la legislación social para el sector público.

⁴⁸ Constitución de la República del Ecuador artículo 85

- En 1923 se crea la Caja de Pensiones, para dar protección social en particular a los empleados públicos.
- En 1928 se promulgó la Ley Orgánica de Hacienda, para regular sus nombramientos, salarios, responsabilidad, etc. de los servidores públicos.
- En 1959 se publica la Ley de Carrera Administrativa que establece: la estabilidad de funcionarios públicos; su capacitación técnica; y su sistema de selección.
- En 1968, la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa establece: un sistema de administración del personal, basado en el mérito; igual oportunidad, sin discriminación para todos los ecuatorianos; y una carrera en la administración pública.

Posteriormente esta Ley ha sido reformada mediante otras leyes y decretos; cuando el Estado inicia un proceso integral de transformación con su modernización.

Actualmente en los diferentes organismos públicos del estado existen cerca de 500.000 empleados públicos, de los cuales la mayoría son profesionales de nivel superior, que ejercen funciones directrices, de supervisión y de planificación.

Un estado moderno no puede existir si no dispone de una administración pública también moderna. Esta Administración Moderna por otro lado, tampoco puede existir si no es conducida por funcionarios públicos altamente capacitados y actualizados en las dos funciones básicas de un Estado: suministrar servicios y ejercer control de las personas y de la propiedad.

2.- El Servicio Público en el Derecho Comparado

En todos los países del mundo hay una categoría de servicios que siguen, por la forma en que son prestados, distribuidos y remunerados, una evolución totalmente

diferente de los servicios privados y se trata de los servicios públicos, los mismo que hemos visto extenderse o encogerse según los tiempos, los lugares y las circunstancias, desde el comunismo de Esparta a las Misiones del Paraguay, desde el individualismo de los Estados Unidos hasta la centralización de Francia.

Cuando una necesidad posee un carácter suficientemente universal y uniforme como para que sea propio llamarle necesidad pública, puede convenir a todos los hombres que forman parte de un conglomerado (provincia o nación), proveer a la satisfacción de esa necesidad por medio de una acción o una delegación colectiva, para lo cual se procede a nombrar a los funcionarios encargados de prestar un servicio permanente, regular, continuo, igual, eficiente y eficaz para satisfacer las necesidades e intereses generales, que es el objetivo de la Administración Pública en todos los países del mundo.

El servicio público evoca una acción y efecto de servir pero también es la piedra de choque por los criterios políticos que se tienen sobre la buena o mala prestación del servicio, es así que. Eustorgio Sarría, en su obra "Derecho Administrativo" sostiene que, "Servicio Público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del Derecho Público, bien que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios, de administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas".⁴⁹ Es decir que la creación de los servicios públicos procede por disposiciones de la Constitución de la República o por previsiones de ley. Crear un servicio público significa que el Estado ha decidido suministrar prestaciones directa o indirectamente a la colectividad, bien sea que el Estado asuma la administración, la

⁴⁹ SARRIA Eustorgio, Derecho Administrativo, Pag. 45

gerencia o el manejo de una actividad para satisfacer de manera regular y continua cierta categoría de necesidades de interés colectivo teniendo la iniciativa y el control sobre esta prestación a cargo de las particulares.

Para Gastón Jéze la creación de un servicio público "consiste en disponer que una determinada necesidad colectiva sea satisfecha con la prestación de un servicio público". Para la creación de los servicios públicos deben tomarse las previsiones legales pertinentes a fin de prever en la Ley de Presupuesto, en leyes especiales y ordenanzas municipales, las partidas necesarias para su organización y funcionamiento ininterrumpidos.

Es así que para la Legislación Colombiana de acuerdo a lo que establece Su Constitución Política en su Capítulo V de la finalidad social del estado y de los servicios públicos en sus artículos 365 y siguientes señala que: "Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

ARTICULO 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

ARTICULO 370. Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”.⁵⁰

De acuerdo al criterio de la Dra. Evamaría Uribe Superintendente de servicios públicos domiciliarios de Colombia manifiesta que el modelo colombiano de servicios públicos considera siete temas fundamentales: el marco constitucional, los elementos regulatorios, los mecanismos de supervisión y control, el sistema único de información, los logros institucionales, y los elementos administrativos, además de señalar que los principios constitucionales colombianos plantean que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, pero permite que puedan ser prestados por el Estado, por las comunidades o por los particulares. es decir que la Constitución asigna el rol al Estado de regular, vigilar y plantear las políticas generales, ubicando esta función en el Presidente de la República por medio de dos instrumentos: Tres Comisiones Regulatorias, de origen legal, cuya función es definir los marcos regulatorios

⁵⁰ LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA

específicos para cada servicio; y la Superintendencia de Servicios Públicos, con origen constitucional, encargada de la vigilancia y control de los servicios públicos”

Por su parte La legislación Venezolana en su carta magna señala que los servicios públicos también pueden crearse mediante un decreto-ley del Presidente de la República en Consejo de Ministros, siempre y cuando se cumplan con los supuestos exigidos por La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en sus Art. 236 Numeral. 8 y el Art. 196 Numeral. 6, en concatenación con el Art. 236 Numeral 24.⁵¹

Artículo 196. Son atribuciones de la Comisión Delegada:

6. Autorizar al Ejecutivo Nacional por el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes para crear, modificar o suspender servicios públicos en caso de urgencia comprobada.

Artículo 236. Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República:

8. Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley
24. Las demás que le señale esta Constitución y la ley.

Artículo 136. El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

⁵¹ LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.

Artículo 137. La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

Artículo 141. La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Es así que “los servicios públicos son las actividades asumidas por órganos o entidades públicas o privadas, creados por la Constitución o por Ley, para dar satisfacción en forma regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, bien sea en forma directa, mediante concesionario o, a través de cualquier otro medio legal, con sujeción a un régimen de derecho Público o Privado.”⁵².

La Constitución Política de la República del Ecuador es muy clara al establecer en su Art. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas Públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

⁵² HERNANDEZ MENDIBLE, Víctor Rafael, La nacionalización de los Servicios Públicos en Venezuela, Caracas Venezuela. Pag.1

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.
2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.
3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

El Art. 225 El sector público comprende:

3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.

Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

Evidenciándose que lo que todo gobierno busca, es que a través del establecimiento de los servicios públicos el Estado realice los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales. El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros. Con la capacidad de entender con propiedad y, desde distintos ángulos y dimensiones, la problemática de derecho, economía y políticas públicas que se derivan de la apertura de estos servicios a la gestión privada.

2.1.- El Servicio Público y el Common Law.

Existen diferentes legislaciones o concepciones a nivel mundial sobre la cual se sustenta o se encuentran las bases del servicio público que son:

- la legislación denominada Common Law, aplicada en Inglaterra y USA, en las que los servicios públicos son considerados de interés público y general por lo cual el Estado la garantiza a través de la regulación y prescinde de la titularidad estatal.
- La legislación romana, la cual es aplicada en algunos países europeos y en la mayoría de los países latinoamericanos, y se identifica con las legislaciones de Common Law pero que pueden adoptar dos tipologías: con titularidad del Estado y con titularidad privada. Como regla general se ha observado mayoritariamente la titularidad privada y por excepción la titularidad es pública.
- La tercera concepción es la legislación de la Comunidad Europea que se caracteriza por ser una mezcla entre las legislaciones Common Law y la romana, y en la cual se prescinde del concepto de servicio público por el de servicio de interés general, además se excluye el concepto de titularidad estatal por el de obligaciones del servicio público para alcanzar los objetivos públicos.

El Dr. Ferney Moreno indicó que en los países de Latinoamérica como Ecuador, Venezuela, Perú, México, Panamá, Uruguay y Bolivia coexiste al mismo tiempo la titularidad pública y privada con autorizaciones o concesiones, En otros como Colombia, El Salvador y Nicaragua existe la titularidad pública y privada con libre entrada sin necesidad de autorización ni concesiones; y países como Uruguay, México,

Perú y Bolivia tienen la modalidad de las concesiones para los privados. Es decir que “En general en América Latina cada servicio público tiene su propio régimen jurídico legal así como sus respectivas autoridades regulatorias sectoriales, sólo Colombia tiene una Ley General para todos los servicios públicos domiciliarios, y países como Panamá, Costa Rica, Uruguay, Bulgaria, Lituania y Estados Unidos tienen autoridades regulatorias generales para los servicios públicos”,⁵³

En el Ecuador la normativa y regulación estatal sobre servicios públicos concesionados o privatizados se considera como una figura administrativa intermedia, entre la intervención estatal directa y la privatización completa buscando a través de ello el fortalecimiento normativo de la política pública.

3.- Los Elementos Jurídicos del Servicio Público.

Dentro de los Elementos Jurídicos que comprenden lo que es el Servicio Público es importante señalar que se rigen por 3 reglas que son comunes a todos los servicios públicos y que son:

1.- La Continuidad del servicio.- Los servicios públicos tienen que ser permanentes en beneficio de la colectividad, es así como el agua potable y la luz eléctrica, la salud, etc. no pueden ser desatendidos porque su paralización afectaría gravemente a las personas. Por lo que estos servicios tienen que ser prestados en forma regular y continua, de acuerdo a lo que establece el Art. 314 inciso segundo de la Constitución Política del Ecuador al señalar “...El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión

⁵³ Dr. MORENO Ferney, Catedrático de la Universidad de Colombia, Estudio de la Administración Pública, Bogotá Colombia

respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.....”⁵⁴

El concepto de la regularidad y continuidad de los servicios ha calado profundamente en la conciencia y en el espíritu del pueblo, su interrupción es rechazado y protestado de inmediato, ya que la paralización atenta contra la vida y la existencia de los pueblos.

2.- La igualdad de los usuarios.- La igualdad significa que todas las personas tienen los mismos derechos y garantías a requerir la prestación de servicios. El principio constitucional de "igualdad ante la ley" es una garantía ciudadana que nos indica que todo ser humano tienen acceso al uso de los servicios públicos, pero no al abuso. Por lo tanto, la igualdad reconoce privilegios. La igualdad debe ser cumplida y aplicada sin excepción de persona alguna.

3.- La adaptación del servicio a las necesidades del público.- Al ser el objetivo de la Administración pública el de satisfacer las necesidades e intereses de la sociedad, este tiene que velar y garantizar porque los servicios públicos estatales cubran los requerimientos de la población, sean físicas, económicas, intelectuales de los

⁵⁴ Constitución Política de la República del Ecuador

ciudadanos, entre otras buscando siempre el bienestar colectivo e individual de los ecuatorianos.

3.1.- Características del servicio público

Las características principales del servicio público según el tratadista francés Alessi en esencia podrían ser cuatro:

- El servicio público cumple una misión de interés general. hay que tomar en cuenta que estas necesidades, son necesidades individuales, pero que se consideran colectivas en virtud de su generalidad e importancia*.
- La administración pública ejerce un derecho de observación sobre las modalidades del cumplimiento de esta misión de interés general.
- El organismo encargado de la gestión del servicio público está investido de prerrogativas de poder público.
- La Administración dispone de un poder de tutela que ejerce, sobre las decisiones tomadas por los órganos de la gestión.

3.2.- Definición del servicio público

Como realidad jurídica el servicio público apenas experimenta un renacimiento en el derecho público ecuatoriano y se podría decir que existió en el derecho administrativo francés en la imprecisa definición de la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos. Por tal razón bien puede decir ALESSI: El concepto

de "servicio público", además de no haberse perfilado ni siquiera sumariamente por la legislación, constituye uno de los más imprecisos dentro del Derecho Público, pudiendo afirmarse que los conceptos de servicio público son tantos como autores se han ocupado del mismo*.⁵⁵

DUGUIT definió el servicio público como: "...toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante*.⁵⁶

En la actualidad algunos administrativistas persisten en rescatar la noción del servicio público, ampliando ilimitadamente su contenido, como es el caso de los "funcionalistas", uno de cuyos representantes es el autor argentino MARIENHOFF, que define el servicio público como: "...toda actividad de la Administración Pública, o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el supuesto de actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal*.⁵⁷

En definitiva según mi criterio puedo decir que los Servicios públicos son todas aquellas actividades asumidas por órganos o entidades públicas o privadas, creados por

⁵⁵ Alessi

⁵⁶ DUGUITT, Leon

⁵⁷ MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, editorial Abeledo Perrot,

Buenos Aires, quinta edición

la Constitución o por Ley, para dar satisfacción en forma regular y continua a las necesidades de interés general, bien sea en forma directa, mediante concesionario o, a través de cualquier otro medio legal, cumpliendo con su objeto de prestación de un servicio que debe ser el elemento esencial de la relación entre el estado con el particular.

4.- El Servicio Público en la Legislación Ecuatoriana.

La Constitución del Ecuador no contiene una definición de lo que deba entenderse por servicio público. Tampoco lo hace ninguna ley. Sin embargo, luego de señalar el artículo 52 de la Constitución Política de la República que constituye un derecho civil el disponer de bienes y servicios, de óptima calidad; a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características, sí enumera una serie de actividades que se consideran servicios públicos y establece algunos principios, tales como el de su no interrupción o paralización. Señala para el efecto el artículo 314 inciso segundo de la Constitución de la República que “El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.”⁵⁸, En virtud de estas características así mismo el Art. 326 numeral 15 de la Constitución manifiesta que “Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción

⁵⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, ART 314, pag.149

hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios.;

Al no existir una definición puntual de lo que es un servicio público dentro de nuestro ordenamiento Jurídico ecuatoriano, nos ha ocasionado algunos problemas al determinar las potestades de servicio público que el Estado puede titularizar en favor de terceros, generándose un problema de interpretación normativa, ya que no se puede distinguir lo que es un servicio público, y lo que no, dejando a la libre interpretación del juez, y de la autoridad lo que considere que es un servicio público.

Es así, la Constitución de la República del Ecuador señala en sus **Art. 225** que El sector público comprende:

3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

Arts. 314.- “...El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica,

telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.

Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.

Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.

Evidenciándose que la Constitución determina de manera ejemplificativa cuales son los servicios públicos que brinda el Estado, determinando como servicios públicos de acuerdo al Art. 314 entre otros: agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley, Distinción que confunde los servicios públicos prestados en virtud de las potestades públicas, y las potestades que el Estado determina para los diferentes organismos que constituyen la administración pública y sus funciones, dejando la titularidad del ejercicio de dichas potestades públicas por un lado al Estado para que éste los preste de manera directa, o por otro lado a terceros que pueden ser empresas mixtas o privadas en virtud de ciertos mecanismos. Asumiéndose que las únicas potestades públicas que nuestra Constitución puede otorgar a terceros ajenos al Estado (personas jurídicas), son aquellas que hacen referencia al servicio público es por lo dicho, que la admisión de potestades administrativas por parte del Estado no plantea ningún problema, pero lastimosamente no se las ejerce adecuadamente, evidenciándose un vacío jurídico en la normativa de la Administración pública.

En virtud del vacío jurídico ya comprobado el Dr. Diego Paredes González sostiene que, ”.... nuestras autoridades muchas veces confunden lo que el servicio público engloba, en donde la administración pública del régimen seccional autónomo, y en especial de las municipalidades, transfieren las potestades de una manera antijurídica a personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, sin tener claro si estas potestades que ejercen dichas personas, las pueden prestar por ser servicios públicos o no, por lo que hay que determinar la imposibilidad jurídica del sistema ecuatoriano, de que las potestades publicas tales como la prestación de servicios que el Estado tiene a su cargo, puedan estar dadas por personas jurídicas de derecho privado. Es decir, la imposibilidad que el Estado tiene para constituir por su propia voluntad personas jurídicas de derecho privado con recursos públicos, para prestar directamente servicios públicos, y así no sujetarse a las normas del derecho público y su estricto control, sino a las del derecho privado con el argumento de la eficiencia y la eficacia, y así realizar negocios jurídicos como un privado más, de manera libre y sin procedimientos reglados por la ley, huyendo de esta manera del derecho administrativo, para sujetarse a las normas que el derecho privado determina.”⁵⁹ En definitiva, podemos decir que el derecho ecuatoriano posibilita que las instituciones del Estado se sometan al régimen jurídico del derecho público o del derecho privado, siempre que una ley previamente lo habilite. De allí que la administración pública no deja de ser tal por el hecho de su no sujeción exclusiva el derecho público.

En lo concerniente a la generalidad de servicio público nunca se consideró en el Ecuador un criterio para establecer la competencia de la justicia administrativa, a

⁵⁹ PAREDES GONGALES, Diego, Especialista Derecho Administrativo, Revista Tribunal Constitucional

diferencia de lo que ocurrió en Francia. Según el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la jurisdicción contenciosa administrativa se refiere a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración pública o de las "personas Jurídicas Semi-Públicas". Es decir que no se encuentra ninguna referencia al concepto de los que es el servicio público comprobándose que en el derecho ecuatoriano predomina el criterio formal sobre el criterio material. “La aplicación de la jurisdicción administrativa no depende de distinguir si los actos administrativos tienen o no una finalidad de servicio público, en el Ecuador existe jurisdicción administrativa sobre los actos administrativos reglados, excluyéndose los actos discrecionales* , a pesar de que esta distinción ha sido superada en la doctrina.”⁶⁰

La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada regula los procesos de delegación al sector privado de los servicios públicos y su privatización, estableciendo la posibilidad de que el Estado delegue a empresas mixtas o privadas la prestación de los servicios públicos como de agua potable, riego, saneamiento, luz eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, etc... La participación de las empresas mixtas o privadas se hará mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual o administrativa de acuerdo con la ley. “... El Estado cumplirá con su obligación de atender la educación y la salud pública de los ecuatorianos conforme los mandatos de la Constitución y sin perjuicio de la actividad que, en dichas áreas, cumpla el sector privado. La exploración y explotación de los recursos naturales no renovables cuya propiedad inalienable e imprescriptible pertenece al Estado, podrá hacerse a través de

⁶⁰ PAREDES GONGALES, Diego, Especialista Derecho Administrativo, Revista Tribunal Constitucional

empresas públicas, mixtas o privadas, y la modalidad para llevar a cabo los procesos se harán mediante el aporte total o parcial al capital de sociedades por acciones; el arrendamiento mercantil; la concesión de uso, de servicio público o de obra pública, licencia, permiso u otras figuras jurídicas reconocidas por el derecho administrativo como son la; venta; transformación, fusión, escisión y liquidación de empresas estatales o mixtas; y, cualquier otra modalidad que mediante Decreto determine el Ejecutivo y que este amparada por la Ley ecuatoriana.”⁶¹

La Ley de Modernización originalmente dispuso que las controversias sobre contratos del Estado se resuelvan en la jurisdicción administrativa, pero esto fue reformado para volver a la jurisdicción especializada según la materia contractual (comercial, civil, administrativo). La Constitución dispone que los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, puedan ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley.

3.4.- El servicio público en la Constitución y en la Ley de Modernización

El fin fundamental de Estado Ecuatoriano, sin duda es el bien común de las personas; esto se manifiesta a través del interés público, en donde la administración pública aparece como titular de dicha actividad fundamental y consagrada en nuestra

⁶¹ CAMPAÑA MORA, Joffre, Una visión del Derecho Administrativo en el Ecuador, Pag. 62, Quito Ecuador

Constitución Política en su artículo 314 y que consiste en proporcionar bienes y servicios a los administrados.

La Constitución determina que es "de responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos" (Art. 314, inciso segundo), Si bien se incluyen entre las empresas públicas aquellas que son creadas para la prestación de servicios públicos, el Estado puede prestar directamente estos servicios públicos o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual" (Art. 316), que es un enfoque que atempera notablemente el régimen estrictamente administrativo que caracteriza la figura clásica del servicio público, porque la Carta Suprema introduce expresamente figuras del derecho civil, mercantil y societario.

La reforma y codificación constitucional de 2008, también conserva en forma moderada la referencia a la participación estatal en actividades económicas no consideradas servicios públicos, cuando incluye entre las instituciones públicas a las empresas públicas "creadas para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado".

Resulta claro que el esquema de intervención del Estado en la economía en el Ecuador no responde a un sistema que sea preponderantemente fiel de servicios públicos. En este contexto, la Ley de Modernización del Ecuador, que sigue los lineamientos constitucionales, se encuentra más cerca de conceptos de gestión pública con un limitado elemento de servicios públicos.

La finalidad de la Ley de Modernización es de "establecer los principios y normas generales para regular: c) la prestación de servicios públicos y las actividades económicas (del Estado) por parte de la iniciativa privada y la delegación de los servicios o actividades enunciadas en el Art. 314 de la Constitución; y c) la enajenación de la participación del Estado en las empresas estatales o mixtas". La misma que guarda concordancia con el texto constitucional

3.5.- La noción de servicio público en el Código del Trabajo

La Codificación del Código del Trabajo ecuatoriano, al tratar del concepto de empleador (Art. 10), señala: **Art. 10.-** Concepto de empleador.- "La persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario o empleador. El Estado, los consejos provinciales, las municipalidades y demás personas jurídicas de derecho público tienen la calidad de empleadores respecto de los obreros de las obras públicas nacionales o locales. Se entiende por tales obras no sólo las construcciones, sino también el mantenimiento de las mismas y, en general, la realización de todo trabajo material relacionado con la prestación de servicio público, aun cuando a los obreros se les hubiere extendido nombramiento y cualquiera que fuere la forma o período de pago. Tienen la misma calidad de empleadores respecto de los obreros de las industrias que están a su cargo y que pueden ser explotadas por particulares."⁶²

⁶² Código de Trabajo, Registro Oficial suplemento 167, 16 de diciembre del 2005

Por la consideración expuesta me permito mencionar que en las Instituciones Públicas existen obreros amparados por el Código de Trabajo, respecto de las labores que realizan, distintas a las que ejecutan los servidores públicos, amparados por la Ley Orgánica de Servicio Público, ya que los primeros estarían en una categoría distinta, por las labores cotidianas que realizan entre éstos podrían estar las personas que se dedican a la consejería, mantenimiento, limpieza, albañilería, etc., mientras que los servidores del Estado se encargan del estudio técnico, investigación o ejecución de una obra, cuya jerarquía e importancia se debe a la toma de decisiones.

De todas maneras cualquier sea la actividad que realice una persona natural o jurídica con el fin de brindar un servicio público, por medio de la contrataciones o concesiones otorgadas a través del Estado estos deben ser prestados eficientemente, en virtud de satisfacer la permanente demanda de la comunidad.

En el sector público no se encuentra más diferencia que la que se encuentra en el sector privado ya que puedo citar que la única diferencia, es un trato diferente para el caso específico de la huelga.

En consecuencia, la noción de servicio público en la legislación ecuatoriana se utiliza para identificar las entidades públicas creadas por ley y que son: las empresas que ejercen la potestad estatal; y las que desarrollan actividades económicas asumidas por el Estado.

La Constitución ecuatoriana y la ley establecen dos regímenes laborales distintos:

1. Para las entidades que ejercen la potestad estatal se aplican las normas de derecho público Ejemplo: LOSEP y Reglamento.
2. Para las Empresas Privadas se entiende se aplican las normas laborales, establecidas en el Código de Trabajo.

Sin embargo como lo he manifestado anteriormente en el Sector Público, existen trabajadores amparados por el Código de Trabajo, debido a la naturaleza de sus obligaciones y deberes, como es el caso de choferes, guardias, personas que realizan el aseo de una Institución, entre otras.

En tal consecuencia, la legislación ecuatoriana vigente acoge el criterio de que las actividades desempeñadas dentro de un Órgano Estatal, sean por servidores públicos o trabajadores en general, son de vital importancia, para prestar un servicio público de calidad.

CAPITULO III.

EL SERVIDOR PÚBLICO

1.- Concepto.

Son varios los conceptos o definiciones que se han dado con respecto al servidor público entre los más importantes mencionaremos los siguientes:

Aurelio García, define al empleado público como: “El que tiene la obligación de prestar su mano de obra al Estado, mediante una retribución con cargo al presupuesto, haciendo del servicio su profesión, dedicando a ella permanentemente su actividad física e intelectual para obtener los medios de subsistencia económica”.⁶³ Es decir que el servidor público de carrera, es el ciudadano que se encuentra vinculado a la Administración Pública de manera permanente, percibiendo una remuneración fija, al amparo de las leyes y reglamentos que rigen su vida jurídica administrativa, con los derechos, las obligaciones a las que se encuentran sujetos.

El servidor público tiene en su puesto de trabajo un medio permanente de vida, que le permite atender la subsistencia y necesidades tanto personales como las de su familia, convirtiendo a su empleo en su profesión u oficio.

⁶³ GARCIA, Aurelio, Ciencias del Estado, Casa de la Cultura Ecuatoriana, cuarta edición, tomo II Quito, Ecuador, 1979 pág. 133 y 1334

“El término servidor público es la calidad que se le otorga a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión a favor del Estado.”⁶⁴

Rafael Bielsa cuando se refiere al funcionario público nos indica que: “Es el que, en virtud de designación especial y legal (sea por Decreto Ejecutivo, sea por elección) y de manera continua bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a “constituir” y a “expresar o ejecutar” la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o actividad social.”⁶⁵

Cueva Carrión manifiesta que servidor público: “...es aquel ciudadano, que ha sido nombrado legalmente, que presta sus servicios bajo una remuneración, y que tales servicios los desempeña en las Dependencias Estatales las instituciones de Derecho Público y las de Derecho Privado con finalidad social o pública.”⁶⁶

La Ley Orgánica del Servicio Público LOSEP en su Artículo 4 manifiesta que “...Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

⁶⁴ DELGADILLO GUTIERREZ, Luis Humberto, El Sistema de Responsabilidades de los Servidores Públicos, Cuarta Edición, Editorial Porrúa México 2001, pág. 85-86

⁶⁵ BIELSA , Rafael, Derecho Administrativo, sexta edición tomo III Buenos Aires Argentina, 1980, pág. 11

⁶⁶ CUEVA CARRIÓN, Luís , Peculado Tomo I Teoría, Práctica y Jurisprudencia primera edición, Quit Ecuador 2006, Pág. 95 y 107

Las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo.”

El art. 229 de la Constitución de la República del Ecuador inciso primero señala que serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Son las personas que sirven a los administrados en la atención de los servicios públicos. Ellos integran la Administración Pública y su deber es prestar una atención óptima con las cualidades capacidad, honestidad y eficiencia a los administrados.

Los servidores públicos no son trabajadores sujetos al Código del Trabajo, sino a la Ley Orgánica del Servicios Público LOSEP y al Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público

Los nombramientos de los servidores públicos de acuerdo al Art. 16 del Reglamento de la LOSEP se clasifican en:

- a) Permanentes.- el que se otorga a la o el ganador del concurso de méritos y oposición, una vez que haya aprobado el período de prueba.
- b) Provisionales.- Aquellos otorgados para ocupar temporalmente los puestos determinados en le literal b del art. 17 de la LOSEP, no generan derecho de estabilidad a la o el servidor y son

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

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

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

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

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

c) Servidores de libre nombramiento y remoción.- Su servicio durará indeterminadamente y será removido de su cargo por orden de su superior en

cualquier momento, sin que tal remoción constituya destitución alguna, por ende, no son servidores de carrera administrativa, Son cargos expedidos a personas que van a ocupar puestos de dirección política, estratégica o administrativa en las Instituciones del Estado

d) De período Fijo son aquellos cuyos titulares son nombrados para ejercer un puesto en el servicio público por un período determinado por mandato de Ley.

Conocidos también por servidores por contrato ya que Sirven al Estado o a sus instituciones públicas durante el plazo que estipule el contrato, al terminar aquel concluye su servicio sin derecho a reclamo alguno. Su categoría es la de contrato de servicios ocasionales

Es interesante observar que, dentro del gran ámbito de los servidores públicos existe una clasificación, que puede llevar a establecer una jerarquía que distingue a unos servidores de otros de acuerdo a las **funciones** que desempeñan cada uno de éstos, de las cuales se desprende que en la práctica y en la vida cotidiana se emplee el término funcionario público, toda vez que en el párrafo cuarto y séptimo de la Décima Octava Disposición General de la Ley Orgánica de Servicio Público, se hace exclusiva diferencia de quienes son considerados funcionarios y quienes son servidores, por lo que la citada normativa legal, establece lo siguiente: “**Funcionaria/o.-** Es la servidora o servidor que ejerce un puesto, excluido de la carrera del servicio público, de libre nombramiento y remoción por parte de la autoridad nominadora o de período fijo, y su

puesto se encuentra dentro de los grupos ocupacionales de la escala de remuneraciones mensuales unificadas del nivel jerárquico superior”⁶⁷.

“**Servidora/o.**- Todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un puesto o cargo, función o dignidad dentro del sector público sea o no de libre nombramiento y remoción”⁶⁸

“Para DE PIN VARA, Rafael en su Diccionario Jurídico, sostiene que **Funcionario** proviene de función, del latín *funtio-onis*, sustantivo que se entiende como acción y ejercicio de un empleo, facultad u oficio, entre otras acepciones. Funcionario es la persona que desempeña un empleo de cierta categoría e importancia”.⁶⁹ También puede entenderse como persona afecta, con carácter permanente, como profesional, a un servicio del Estado, del municipio o de cualquier corporación de carácter público”.

70

María de los Ángeles Gual, define al funcionario público como “toda persona incorporada a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulados por el Derecho Administrativo.”⁷¹

De acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano, “el **funcionario público** en México es un **servidor del Estado**, designado por disposición de la ley para ocupar

⁶⁷ LEY ORGANICA DE SERVICIO PUBLICO, Publicado en el Suplemento del R.O. No. 294 de 06 de Octubre del 2010, pag. 31

⁶⁸ LEY ORGANICA DE SERVICIO PUBLICO, Publicado en el Suplemento del R.O. No. 294 de 06 de Octubre del 2010, pag. 31

⁶⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM Enciclopedia Jurídica Mexicana F-L. editorial Porrúa México, 2002, pág. 169

⁷⁰ DE PIN VARA, Rafael Diccionario Jurídico editorial Porrúa año 200. Pág. 296

⁷¹ María de los Ángeles , Guía Legal sobre los Derechos y Deberes del funcionario Ediciones Catálogo, Barcelona España

grados superiores de la estructura orgánica de aquél y para asumir funciones de representatividad, iniciativa, decisión y mando.”⁷²

Mientras que **Servidor Público**: Es aquel que, independientemente de su denominación ya sea de funcionario o de servidor civil, está normado por un régimen de función pública bajo una ley específica de derecho público o mediante disposiciones equivalentes, y asumen actividades enmarcadas en los intereses primordiales del Estado (*prestación de servicios públicos*).

Cabe destacar que la Ley Orgánica de Servicio Público, señala una clara diferencia de lo que es el funcionario del empleado público; así al primero, en base a su título o su especialidad, realiza trabajos de índole gerencial, así tenemos en este grupo a las autoridades y los funcionarios de mayor jerarquía, mientras tanto los servidores públicos, se los considera a aquellos que realizan trabajos de índole intelectual, que pueden o no requerir título profesional, pero como deber principal es la de servir a la ciudadanía en la mayoría de ocasiones, en forma directa.

En definitiva comprendemos a través de estas definiciones que el servidor público es aquel que tiene una relación laboral con el Estado, al cual presta sus servicios lícitos, adquiriendo derechos y obligaciones con el único objetivo de coadyuvar a su desarrollo y servir a la sociedad.

⁷² Diccionario Jurídico Mexicano

2.- La importancia del Servidor Público en la Administración Pública Ecuatoriana.

Desde 1926 el Ecuador dio un salto cualitativo en cuanto al reconocimiento de los servidores públicos, catalogándolos como integrantes de una clase importante, comprometida con el desarrollo nacional. Se señala también como importante para el servicio civil, la carrera administrativa y los servidores públicos la promulgación de la Ley Orgánica de Hacienda el 27 de septiembre de 1.928, la que en su Título V trata de "Los Funcionarios y Empleados Públicos" y regula su nombramiento, cauciones, sueldos, viáticos, licencias y responsabilidades.

De igual manera, con la Ley de Carrera Administrativa, publicada el 30 de octubre de 1959, determina la estabilidad de los empleados públicos idóneos, su capacitación técnica y el sistema de selección por méritos. Es así que el servicio civil ecuatoriano comprende a los ciudadanos que ejerzan funciones públicas remuneradas en las instituciones, entidades y organismos del Estado, corporaciones, fundaciones, empresas, compañías y sociedades en las cuales las entidades del Estado tengan mayoría de acciones o un aporte total o parcial de capital o bienes de su propiedad de por lo menos en un cincuenta por ciento

En la actual Constitución de la República del Ecuador 2008 señala de forma clara el art. 229 de la Constitución Política de la República del Ecuador misma que manifiesta que *Art. 229.- "Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.*

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

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.

*La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia”.*⁷³

Es decir que el Servidor Público debe estar al servicio del estado y de la comunidad, el cual ejerce funciones en la formas prevista por la constitución, la ley o el reglamento, estando su responsabilidad y la manera de hacerla efectiva determinadas por la ley, imponiéndole por encima de cualquier circunstancia, lealtad, sacrificio, capacidad, disciplina, honorabilidad, y honradez, mismas que debe ofrecer en beneficio de las instituciones, la ciudadanía y el estado, encaminadas urgentemente a borrar de una vez por todas la visión negativa que los ciudadanos tienen sobre el manejo de las diferentes instituciones del estado, logrando con ello en un futuro el fortalecimiento institucional y estatal.

En otras palabras podemos decir que todo servidor público está al servicio del Estado y de la comunidad y debe ejercer sus funciones en la formas prevista por la Constitución, la ley o el reglamento, estando su responsabilidad y la manera de hacerla

⁷³ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Art. 229

efectiva determinadas por la ley, sin importar la forma o manera en que se encuentre vinculado ese servidor público, debe asistirlo compromisos mayores consigo mismo, la comunidad, la institución a la que presta sus servicios y por ende con el estado, lo que importa y le impone por encima de cualquier circunstancia, lealtad, entrega, vocación, sacrificio, capacidad, disciplina, honorabilidad, voluntad y honradez, entre otras muchas consideraciones y convicciones, mismas que debe ofrecer en beneficio y no en detrimento de las instituciones, la ciudadanía y el estado, reflejando en ello la esencia fundamental de lo que es y debe ser el Estado, en todas sus dimensiones.

“Las acciones de los servidores públicos deben estar siempre, por siempre y como fórmula de superación, encaminadas urgentemente a borrar de una vez por todas la visión negativa que los ciudadanos tengan o puedan tener sobre el manejo de las instituciones del estado y en oposición a lo cual, enfrentar con realismo ese posible desprestigio y frustración, en dirección expedita a robustecer ese servicio público mediante sólidos y congruentes fortalecimientos en lo democrático, institucional y estatal, con lo que ganaremos todos en beneficio de todos.”⁷⁴

En tal virtud El servidor público, es el funcionario o personal natural que le da vida a la Administración Pública, ya que a través de él se ejecuta, viabiliza y direcciona el manejo de las diferentes políticas públicas Estatales, actividades o proyectos que el estado cree en beneficio de la colectividad, es decir que su función principal es de

⁷⁴ JARAMILLO ORDOÑEZ, Hernán, Manual de Derecho Administrativo, Universidad Nacional de Loja, Facultad de Jurisprudencia, tercera edición 1995

servir a la población y dotarle de los mecanismos y directrices apropiadas para que este pueda realizar todo tipo de gestión dentro de la Administración pública, siempre encausados en la legalidad de sus facultades y responsabilidades.

Uno de los principios rectores que todo Servidor Público debe poseer es el respeto a la Integridad en el ejercicio de sus funciones:

1. Frente a los superiores y subalternos;
2. Frente a los compañeros de trabajo;
3. En el desempeño del trabajo; y,
4. Frente al público.

Frente a los superiores y subalternos.- La integridad del servidor público frente a los superiores, se evidencia actuando con respeto y lealtad, realizando las labores que se asignen. Siendo veraces y honestos, No divulgando errores de buena fe que cometan, o criticando sin razón su proceder. No escondiendo falencias o incorrecciones que lleguen a su conocimiento.

La integridad frente a los subalternos tiene que trascender con el ejemplo, al proceder con honestidad, con equidad y justicia en la distribución del trabajo y en la solución de conflictos o problemas que entre ellos se lleguen a presentar. Con las observaciones y consejos oportunos y cordiales. Evitando el abuso de autoridad y la prepotencia, pero sí procediendo con energía y firmeza.

Frente a los compañeros de trabajo.- La integridad se expresa al proceder con fraternidad, con respeto, apoyándolos en labores, siendo solidarios con sus aspiraciones y necesidades, en definitiva brindándoles amistad, aplaudiéndolos en sus éxitos, pero también haciéndolos notar sus errores.

En el desempeño del trabajo.- La integridad del servidor público ya en el trabajo que le corresponda, se debe poner de manifiesto en la realización con el mayor tesón, esmero, diligencia y dedicación, con transparencia y honradez, estimando y amando, si se quiere lo que se hace. Sugiriendo cambios y reformas para optimizar el servicio, eliminando trámites burocráticos innecesarios; adoptando iniciativas para atender mejor a los usuarios. Siendo fraternos y leales con los compañeros de trabajo, teniendo conciencia de que se debe trabajar en equipo, que tanto el mensajero como el más alto funcionario de la Entidad Pública contribuyen con su trabajo responsable al éxito de ella.

Frente al público.- Debe ponerse de relieve atendiendo los requerimientos de los usuarios con la mayor diligencia, tratándolos con cortesía y educación, sin adoptar poses de mandamás, sin dárselas de importantes; sin aceptarles dádivas y peor aún exigirlos. La mayoría de personas desconocen los trámites y, ante esa ignorancia, la prisa o exigencias infundadas, es necesario revestirse de paciencia y darles las explicaciones más claras y precisas.

En conclusión, en el Servicio Público, la persona íntegra (servidor Público) no puede ejecutar mal una tarea, pues tiene que esforzarse al máximo para que esa tarea

sea excelente: no puede perder el tiempo en otras actividades que no sean las propias de su trabajo.

- La persona íntegra jamás puede exigir o aceptar dinero, obsequios o "favores" de las personas que necesitan de sus servicios.
- La persona íntegra no puede ser condescendiente con la ociosidad o la falta de ética de sus compañeros de trabajo.
- La persona íntegra está obligada a denunciar los actos de corrupción que llegue a tener conocimiento, debe hacer lo que la Ley le permite y no hacer lo que la Ley le prohíbe, por más que algún superior la obligue.
- La persona íntegra en el Servicio Público, como en todos los actos de su vida, debe proceder con verdad, honestidad y transparencia. De allí que sería ideal que las personas lleguen al servicio público por méritos, por capacidad, por preparación y por su integridad, mas no por palancas, por compromisos políticos o por cualquier otra vía no transparente, como en muchos casos ha ocurrido en nuestro país.

En nuestro país se consideran como servidores públicos a quienes laboran para la administración pública y cuya función es la de brindar servicios públicos a todos los ecuatorianos. El servicio público es una actividad amplia por sus características, organización y forma; es un interés general que está por encima de cualquier otra circunstancia, en donde el Estado tiene la obligación de asegurar la prestación del mismo con eficiencia y eficacia.

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley LOSEP y el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”⁷⁵

En la Ley Orgánica del Servicio Público en el Título I del Servicio Público, Capítulo Único, Principios, Ámbito y Disposiciones Fundamentales, en su Artículo 2, señala que el Objetivo del servicio público es el de “...propender al desarrollo profesional, técnico y personal de las y los servidores públicos, para lograr el permanente mejoramiento, eficiencia, eficacia, calidad, productividad del Estado y de sus instituciones, mediante la conformación, el funcionamiento y desarrollo de un sistema de gestión del talento humano sustentado en la igualdad de derechos, oportunidades y la no discriminación.”⁷⁶

La LOSEP de igual forma establece en el Título II, de las Servidoras o Servidores Públicos, Capítulo 1, del Ingreso al Servicio Público, en su Art. 5 señala, cuales son los requisitos que se requieren para que una persona pueda acceder a forma parte e ingresar al servicio público, siendo estos los siguientes:

a) Ser mayor de 18 años y estar en el pleno ejercicio de los derechos previstos por la Constitución de la República y la Ley para el desempeño de una función pública;

⁷⁵ Art. 226 CONSTITUCIÓN POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

⁷⁶ Art. 2 LEY ORGANICA DEL SERVICIO PÚBLICO

- b) No encontrarse en interdicción civil, no ser el deudor al que se siga proceso de concurso de acreedores y no hallarse en de estado insolvencia fraudulenta declarada judicialmente;
- c) No estar comprendido en alguna de las causales de prohibición para ejercer cargos públicos;
- d) Cumplir con los requerimientos de preparación académica y demás competencias exigibles previstas en esta Ley y su Reglamento;
- e) Haber sufragado, cuando se tiene obligación de hacerlo, salvo las causas de excusa previstas en la Ley;
- f) No encontrarse en mora del pago de créditos establecidos a favor de entidades u organismos del sector público, a excepción de lo establecido en el Artículo 9 de la presente Ley;
- g) Presentar la declaración patrimonial juramentada en la que se incluirá lo siguiente:
 - g.1.- Autorización para levantar el sigilo de sus cuentas bancarias;
 - g.2.- Declaración de no adeudar más de dos pensiones alimenticias; y,
 - g.3.- Declaración de no encontrarse incurso en nepotismo, inhabilidades o prohibiciones prevista en la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente.

Es importante mencionar que también que esta disposición se halla señalada en el Art. 231 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta que las servidoras y servidores públicos sin excepción presentarán, al iniciar y al finalizar su

gestión y con la periodicidad que determine la ley, una declaración patrimonial jurada que incluirá activos y pasivos, así como la autorización para que, de ser necesario, se levante el sigilo de sus cuentas bancarias; quienes incumplan este deber no podrán posesionarse en sus cargos. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional harán una declaración patrimonial adicional, de forma previa a la obtención de ascensos y a su retiro.

h) Haber sido declarado triunfador en el concurso de méritos y oposición, salvo en los casos de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción; e,

i) Los demás requisitos señalados en la Constitución de la República y la Ley. Exceptúense los casos específicos y particulares que determina la Ley. Las instituciones públicas sujetas a esta Ley, garantizarán que los procesos de selección e incorporación al servicio público, promuevan políticas afirmativas de inclusión a grupos de atención prioritaria, la interculturalidad y, la presencia paritaria de hombres y mujeres en los cargos de nominación y designación.

Las personas extranjeras residentes en el Ecuador podrán prestar sus servicios en calidad de servidoras o servidores públicos en asuntos en los cuales por su naturaleza se requiera contar con los mismos, sin perjuicio de la aplicación de los convenios bilaterales de reciprocidad que rijan esta materia, previo informe y de ser el caso el permiso de trabajo otorgado por el Ministerio de Relaciones Laborales. Para ocupar puestos de carrera, deberán tener una residencia en el país de al menos 5 años y haber cumplido el respectivo concurso de méritos y oposición.

En caso de requerirse la contratación de personas extranjeras, la autoridad nominadora, previo informe motivado de la unidad de administración del talento humano solicitará la respectiva autorización del Ministerio de Relaciones Laborales.

El Capítulo 2, de la Ley Orgánica del Servicio Público, nos habla de lo que es el Nepotismo, Inhabilidades Y Prohibiciones que todo Servidor Público debe acatar y obedecer para permanecer como funcionario de la Administración Pública:

a) NEPOTISMO.- Históricamente En América Latina, el nepotismo fue una práctica común entre las autoridades coloniales y una herencia cultivada en las nuevas repúblicas, no solo por el Ejecutivo, sino también por el Legislativo y el Judicial. Sin embargo, los populismos contemporáneos en la región añadieron como admisible la cuota de cargos en el Estado, para recompensar a sus partidarios, amigos y familiares, que lo entendieron como "derecho" por el triunfo

La historia de América Latina refleja un largo proceso de luchas contra el nepotismo y el populismo clientelista, perjudiciales a la institucionalización del Estado y reconocidos hoy como modalidades supervivientes de corrupción.

Es así que en la anterior Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público - LOSCCA, cuyo texto fue publicado en el Registro Oficial No, 16 de 12 de mayo de 2005; en su

Art. 7 señala de manera amplia, clara y detallada lo que el Nepotismo y quienes están comprendidos dentro del mismo de la siguiente forma “.....Es el acto ilegal ejecutado por un dignatario, autoridad o funcionario, en la designación, nombramiento o contratación en un puesto o cargo público, hecha dentro de la misma función del Estado, institución, entidad u organismo que representa o ejerce su servicio a la colectividad, a favor del cónyuge, del conviviente en unión de hecho, de sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. También constituirá nepotismo cuando el acto ilegal antes señalado, beneficie o favorezca a personas vinculadas en los términos indicados a miembros del cuerpo colegiado del que sea parte el dignatario, autoridad o funcionario del que emanó dicho acto.”⁷⁷

Mientras que en el Art. 6 de la Ley Orgánica del servicio Público LOSEP se limita a mencionar que el Artículo 6.- Del Nepotismo.- Se prohíbe a toda autoridad nominadora, designar, nombrar, posesionar y/o contratar en la misma entidad, institución, organismo o persona jurídica, de las señaladas en el artículo 3 de esta Ley, a sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, a su cónyuge o con quien mantenga unión de hecho.

La prohibición señalada se extiende a los parientes de los miembros de cuerpos colegiados o directorios de la respectiva institución. También se extiende a los parientes de las autoridades de las superintendencias respecto de las instituciones públicas que son reguladas por ellos.

⁷⁷ Art. 7 LEY ORGANICA DE SERVICIO CIVIL Y CARRERA ADMINISTRATIVA, REGISTRO OFICIAL NO. 16, DEL 12 DE MAYO DEL 2005

Si se incumpliere con lo señalado en el artículo 6, la ley es clara al manifestar que el funcionario que conociere de ello y proporcionare nombramiento o renovación de contrato ocasional de servicios, incurrirá en algún tipo de responsabilidades sea Administrativa civil o penal. Art. 7 LOSEP Responsabilidades y sanciones por Nepotismo.- Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal a que hubiere lugar, carecerán de validez jurídica, no causarán egreso económico alguno y serán considerados nulos, los nombramientos o contratos incursos en los casos señalados en el artículo 6 de esta Ley.

Será sancionada con la destitución de su puesto previo el debido proceso la autoridad nominadora que designe o contrate personal contraviniendo la prohibición de nepotismo establecida en esta Ley, conjuntamente con la persona ilegalmente nombrada o contratada, además, será solidariamente responsable por el pago de las remuneraciones erogadas por la Institución.

El responsable de la Unidad de Administración del Talento Humano, así como la servidora o servidor encargado que a sabiendas de la existencia de alguna causal de nepotismo, hubiere permitido el registro del nombramiento o contrato, será responsable solidariamente del pago indebido señalado en este artículo. Se excluye de esta sanción a los servidores que previo al registro y posesión del nombramiento o contrato notificaron por escrito a la autoridad nominadora, sobre la inobservancia de esta norma.

En los Gobiernos Autónomos Descentralizados sus entidades y regímenes especiales, tal advertencia se realizará a la máxima autoridad administrativa y a la Contraloría General del Estado.

Según la Real Academia Española, nepotismo es:” Desmedida preferencia que algunos dan a sus parientes para las concesiones o empleos públicos.”⁷⁸

b) INHABILIDADES PARA INGRESAR AL SERVICIO PUBLICO.- No podrán registrar los nombramientos o contratos los ciudadanos y ciudadanas que se hallaren en mora con el Gobierno Nacional, las municipalidades, los consejos provinciales, el Servicio de Rentas Internas, la Corporación Aduanera Ecuatoriana, la Agencia de Garantía de Depósitos, Banco Central del Ecuador, Banco Ecuatoriano de la Vivienda, las instituciones financieras abiertas o cerradas pertenecientes al Estado, las entidades de derecho privado financiados con el cincuenta por ciento o más con recursos públicos y en general con cualquier entidad u organismo del Estado; o que sean deudores del Estado por contribución o servicio que tenga un año de ser exigible, o se encuentre en incapacidad civil judicialmente declarada.

Además la Constitución institucionaliza que no podrán ser funcionarias ni funcionarios ni miembros de organismos directivos de entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación, quienes tengan intereses en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas o representen a terceros que los tengan. Las servidoras y servidores públicos se abstendrán de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad en los que presten sus servicios.

⁷⁸ EL DICCIONARIO DE REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA

c) **PROHIBICIONES PARA INGRESAR AL SERVICIO PUBLICO.-** Las personas contra quienes se hubiere dictado sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos de: peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito; y, en general, quienes hayan sido sentenciados por defraudaciones a las instituciones del Estado están prohibidos para el desempeño, bajo cualquier modalidad, de un puesto, cargo, función o dignidad pública.

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

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

Conforme el mandato Constitucional se prohíbe el pluriempleo es decir ejercer al mismo tiempo más de un cargo público, sea que se encuentre ejerciendo alguna dignidad por votación popular o cualquier función pública. Salvo la docencia universitaria de institutos de educación superior, debidamente reconocidos por el SENASIT, que además de una función pública podrán ejercer exclusivamente la cátedra universitaria si su horario lo permite.

La ley orgánica del servicio público, publicada en el registro Oficial No. 294, del 6 de Octubre del 2010, contiene varios preceptos que deben ser cumplidos por un servidor público dentro del desempeño de sus funciones. Estos han sido destacados como deberes, derechos y prohibiciones, tal y como lo vemos a continuación.

2.1.- LOS DERECHOS DEL SERVIDOR PÚBLICO DENTRO DE LA NORMATIVA JURÍDICA ECUATORIANA.

El Estado garantizará la formación y capacitación continua de las servidoras y servidores públicos a través de las escuelas, institutos, academias y programas de formación o capacitación del sector público; y la coordinación con instituciones nacionales e internacionales que operen bajo acuerdos con el Estado, priorizando siempre el hecho de que los derechos de los servidores públicos son irrenunciables.

La Ley Orgánica del Servicio Público definirá el organismo responsable de la rectoría en materia de recursos humanos y remuneraciones para todos los organismos y entidades del sector público, de conformidad a lo establecido en el artículo 1⁷⁹, y normará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración, indemnización por supresión de puestos o por retiro voluntario para acogerse al derecho de jubilación, cesación de funciones y otros

⁷⁹ **Ley Orgánica de Servicio Público, Artículo 1.- Principios.-** *La presente Ley se sustenta en los principios de: calidad, calidez, competitividad, continuidad, descentralización, desconcentración, eficacia, eficiencia, equidad, igualdad, jerarquía, lealtad, oportunidad, participación, racionalidad, responsabilidad, solidaridad, transparencia, unicidad y universalidad que promuevan la interculturalidad, igualdad y la no discriminación.*

aspectos. Las remuneraciones de los servidores públicos serán justas y equitativas, de acuerdo a sus funciones, y que valore la profesionalización, capacitación, responsabilidad, experiencia y situación geográfica.

Que mediante Decreto Ejecutivo No. 10 de 13 de Agosto del 2009, publicado en el R.O. No. 10 de 24 de agosto del mismo año, se fusiona la Secretaria Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público – SENRES y el Ministerio de Trabajo y Empleo, creándose el actual **Ministerio de Relaciones Laborales**, formado por el Viceministerio del Servicio Público, y el Viceministerio de Trabajo, el primero que tiene su competencia establecida en la Ley Orgánica de Servicio Público y el segundo tiene su competencia determinada en el Código del Trabajo, órganos dependientes del Ministerio de Relaciones Laborales.

De acuerdo a la investigación y a la entrevista realizada, al Dr. Víctor Narváez, Director Jurídico del Servicio Público del Ministerio de Relaciones Laborales, con el fin de determinar qué Organismo se ha creado para proteger a los servidores públicos, cuando ellos sientan vulnerados sus derechos por parte de la administración pública, a lo que supo manifestar “...*que no existe un Organismo de esa naturaleza, ya que cuando los derechos del servidor público han sido vulnerados, estos deben recurrir ante la instancia Administrativa de la Institución donde presta sus servicios o recurrir ante los Órganos Jurisdiccionales competentes*”.

Por tal consideración, debo dejar constancia que sobre este trabajo investigativo, el Ministerio de Relaciones Laborales si bien es el Órgano Rector del Talento Humano y Remuneraciones del Sector Público a través del Viceministerio del Sector Público, el mismo no tiene una Dirección o Unidad específica que se encargue de resolver controversias o conflictos, derivados de derechos constitucionales vulnerados, por la entidad estatal, razón por la cual los servidores públicos han tenido que formar Asociaciones y Federaciones Nacionales, con los que pretenden cuidar y defender sus derechos, y como ejemplo cito a la Organización Clasista, Confederación Nacional de Servidores Públicos **CONASEP**.

Sin embargo debo mencionar que el Artículo 23 de la LOSEP, de forma expresa establece los derechos de las servidoras y los servidores públicos, los mismos que son irrenunciables e intangibles:

- a) Gozar de estabilidad en su puesto;
- b) Percibir una remuneración justa, que será proporcional a su función, eficiencia, profesionalización y responsabilidad. Los derechos y las acciones que por este concepto correspondan a la servidora o servidor, son irrenunciables;
- c) Gozar de prestaciones legales y de jubilación de conformidad con la Ley;
- d) Ser restituidos a sus puestos luego de cumplir el servicio cívico militar; este derecho podrá ejercitarse hasta treinta días después de haber sido licenciados de las Fuerzas Armadas;
- e) Recibir indemnización por supresión de puestos o partidas, o por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, por el monto fijado en esta Ley;

- f) Asociarse y designar a sus directivas en forma libre y voluntaria;
- g) Gozar de vacaciones, licencias, comisiones y permisos de acuerdo con lo prescrito en esta Ley;
- h) Ser restituidos en forma obligatoria, a sus cargos dentro del término de cinco días posteriores a la ejecutoria de la sentencia o resolución, en caso de que la autoridad competente haya fallado a favor del servidor suspendido o destituido; y, recibir de haber sido declarado nulo el acto administrativo impugnado, las remuneraciones que dejó de percibir, más los respectivos intereses durante el tiempo que duró el proceso judicial respectivo si el juez hubiere dispuesto el pago de remuneraciones, en el respectivo auto o sentencia se establecerá que deberán computarse y descontarse los valores percibidos durante el tiempo que hubiere prestado servicios en otra institución de la administración pública durante dicho periodo;
- i) Demandar ante los organismos y tribunales competentes el reconocimiento o la reparación de los derechos que consagra esta Ley;
- j) Recibir un trato preferente para reingresar en las mismas condiciones de empleo a la institución pública, a la que hubiere renunciado, para emigrar al exterior en busca de trabajo, en forma debidamente comprobada;
- k) Gozar de las protecciones y garantías en los casos en que la servidora o el servidor denuncie, en forma motivada, el incumplimiento de la ley, así como la comisión de actos de corrupción;
- l) Desarrollar sus labores en un entorno adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar;

- m) Reintegrarse a sus funciones después de un accidente de trabajo o enfermedad, contemplando el período de recuperación necesaria, según prescripción médica debidamente certificada;
- n) No ser discriminada o discriminado, ni sufrir menoscabo ni anulación del reconocimiento o goce en el ejercicio de sus derechos;
- ñ) Ejercer el derecho de la potencialización integral de sus capacidades humanas e intelectuales;
- o) Mantener su puesto de trabajo cuando se hubiere disminuido sus capacidades por enfermedades catastróficas y/o mientras dure su tratamiento y en caso de verse imposibilitado para seguir ejerciendo efectivamente su cargo podrá pasar a desempeñar otro sin que sea disminuida su remuneración salvo el caso de que se acogiera a los mecanismos de la seguridad social previstos para el efecto. En caso de que se produjere tal evento se acogerá al procedimiento de la jubilación por invalidez y a los beneficios establecidos en esta ley y en las de seguridad social;
- p) Mantener a sus hijos e hijas, hasta los cuatro años de edad, en un centro de cuidado infantil pagado y elegido por la entidad pública;
- q) Recibir formación y capacitación continua por parte del Estado, para lo cual las instituciones prestarán las facilidades; y,
- r) Los demás que establezca la Constitución y la ley.

2.2.- Los deberes u obligaciones del Servidor Público dentro de la Normativa Jurídica Ecuatoriana

La Constitución de la República, la LOSEP y su Reglamento son las normas legales que rigen el correcto desempeño, funcionamiento, desarrollo y ejecutabilidad de los Deberes que todo Servidor Público debe cumplir, respetar, acatar, obedecer y sujetarse, requisitos que deben de ir en beneficio de la colectividad y de la Institución Pública en la que ejerza sus funciones, ya que con ello conservaran su estabilidad dentro de la Administración Pública

El artículo 22 de la LOSEP establece que son Deberes de las o los servidores públicos, los siguientes:

- a) Respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución de la República, leyes, reglamentos y más disposiciones expedidas de acuerdo con la Ley;
- b) Cumplir personalmente con las obligaciones de su puesto, con solicitud, eficiencia, calidez, solidaridad y en función del bien colectivo, con la diligencia que emplean generalmente en la administración de sus propias actividades;
- c) Cumplir de manera obligatoria con su jornada de trabajo legalmente establecida, de conformidad con las disposiciones de esta Ley;

- d) Cumplir y respetar las órdenes legítimas de los superiores jerárquicos. El servidor público podrá negarse, por escrito, a acatar las órdenes superiores que sean contrarias a la Constitución de la República y la Ley;
- e) Velar por la economía y recursos del Estado y por la conservación de los documentos, útiles, equipos, muebles y bienes en general confiados a su guarda, administración o utilización de conformidad con la ley y las normas secundarias;
- f) Cumplir en forma permanente, en el ejercicio de sus funciones, con atención debida al público y asistirlo con la información oportuna y pertinente, garantizando el derecho de la población a servicios públicos de óptima calidad;
- g) Elevar a conocimiento de su inmediato superior los hechos que puedan causar daño a la administración;
- h) Ejercer sus funciones con lealtad institucional, rectitud y buena fe. Sus actos deberán ajustarse a los objetivos propios de la institución en la que se desempeñe y administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas de su gestión;
- i) Cumplir con los requerimientos en materia de desarrollo institucional, recursos humanos y remuneraciones implementados por el ordenamiento jurídico vigente;
- j) Someterse a evaluaciones periódicas durante el ejercicio de sus funciones; y,
- k) Custodiar y cuidar la documentación e información que, por razón de su empleo, cargo o comisión tenga bajo su responsabilidad e impedir o evitar su uso indebido, sustracción, ocultamiento o inutilización.

2.3.- Las Prohibiciones del Servidor Público de acuerdo a la normativa Jurídica Ecuatoriana

En principio, como sabemos, lo prohibido es lo que se define como el impedimento de usar o ejecutar algo, mientras que lo incompatible esta definido precisamente como el impedimento legal para ejercer una función determinada, o para ejercer dos o más cargos a la vez. Es así que el Artículo 24 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), señala cuales son las Prohibiciones en las que ningún servidor público debe estar inmersos y son las siguientes:

- a) Abandonar injustificadamente su trabajo;
- b) Ejercer otro cargo o desempeñar actividades extrañas a sus funciones durante el tiempo fijado como horario de trabajo para el desempeño de sus labores, excepto quienes sean autorizados para realizar sus estudios o ejercer la docencia en las universidades e instituciones politécnicas del país, siempre y cuando esto no interrumpa el cumplimiento de la totalidad de la jornada de trabajo o en los casos establecidos en la presente Ley;
- c) Retardar o negar en forma injustificada el oportuno despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que está obligado de acuerdo a las funciones de su cargo;
- d) Privilegiar en la prestación de servicios a familiares y personas recomendadas por superiores, salvo los casos de personas inmersas en grupos de atención prioritaria, debidamente justificadas;
- e) Ordenar la asistencia a actos públicos de respaldo político de cualquier naturaleza o utilizar, con este y otros fines, bienes del Estado;

- f) Abusar de la autoridad que le confiere el puesto para coartar la libertad de sufragio, asociación u otras garantías constitucionales;
- g) Ejercer actividades electorales, en uso de sus funciones o aprovecharse de ellas para esos fines;
- h) Paralizar a cualquier título los servicios públicos, en especial los de salud, educación, justicia y seguridad social; energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, procesamiento, transporte y distribución de hidrocarburos y sus derivados; transportación pública, saneamiento ambiental, bomberos, correos y telecomunicaciones;
- i) Mantener relaciones comerciales, societarias o financieras, directa o indirectamente, con contribuyentes o contratistas de cualquier institución del Estado, en los casos en que el servidor público, en razón de sus funciones, deba atender personalmente dichos asuntos;
- j) Resolver asuntos, intervenir, emitir informes, gestionar, tramitar o suscribir convenios o contratos con el Estado, por si o por interpuesta persona u obtener cualquier beneficio que implique privilegios para el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Esta prohibición se aplicará también para empresas, sociedades o personas jurídicas en las que el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan interés;
- k) Solicitar, aceptar o recibir, de cualquier manera, dádivas, recompensas, regalos o contribuciones en especies, o dinero, privilegios y ventajas en razón de sus funciones,

para sí, sus superiores o de sus subalternos; sin perjuicio de que estos actos constituyan delitos tales como: peculado, cohecho, concusión, extorsión o enriquecimiento ilícito;

l) Percibir remuneración o ingresos complementarios, ya sea con nombramiento o contrato, sin prestar servicios efectivos o desempeñar labor específica alguna, conforme a la normativa de la respectiva institución;

m) Negar las vacaciones injustificadamente a las servidoras y servidores públicos; y,

ñ) Las demás establecidas por la Constitución de la República, las leyes y los reglamentos.

3.- El Servidor o Funcionario Público en el Derecho Comparado

Como referente en la legislación comparada en este tema encontramos definiciones más amplias así la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas de España, en su Artículo 82, numerales 1 y 2 expresan que “son funcionarios públicos, quienes, previa oposición o concurso, presten en ellos, (Instituciones y Organismos del Sector Público) servicios permanentes, figuren en las correspondientes planillas y perciban sueldos o asignaciones fijas con cargo a los presupuestos respectivos.”⁸⁰

Por otra parte, la Ley de Régimen Local vigente en España, en su Artículo 319 manifiesta que son funcionarios de la administración local, los que en virtud de

⁸⁰ Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas de España Art. 82

nombramiento legal desempeñan en las entidades u Organismos que la constituyen servicios de carácter permanente, que figuren en las correspondientes planillas y perciban sueldos o asignaciones fijas con cargo a los presupuestos respectivos”.⁸¹ “En estas definiciones aparecen dos características, una objetiva, otra de carácter netamente jurídico; en la primera se refiere al funcionario público que presta sus servicios profesionales los cuales son retribuidos económicamente. (La retribución es inherente a la profesionalidad); mientras la segunda es el vínculo que une al servidor público con el Estado, regulado por las leyes .en el campo administrativo.”⁸²

La Constitución Venezolana señala que en su Art. 145 y siguientes que son funcionarios públicos y funcionarias públicas son aquellos están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna. Su nombramiento o remoción no podrán estar determinados por la afiliación u orientación política.

Artículo 146. Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la Ley.

El ingreso de los funcionarios públicos y las funcionarias públicas a los cargos de carrera será por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. El ascenso estará sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión o retiro será de acuerdo con su desempeño.

⁸¹ Ley de Régimen Local vigente en España Art. 319

⁸² BOQUERA Oliver, José María Derecho Administrativo, Volumen I, Segunda Edición, Madrid España, Pag. 236

Artículo 147. Para la ocupación de cargos públicos de carácter remunerado es necesario que sus respectivos emolumentos estén previstos en el presupuesto correspondiente.

Las escalas de salarios en la Administración Pública se establecerán reglamentariamente conforme a la ley.

La Ley Orgánica podrá establecer límites razonables a los emolumentos que devenguen los funcionarios públicos y funcionarias públicas municipales, estatales y nacionales.

La ley nacional establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y municipales.

Artículo 148. Nadie podrá desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, a menos que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley. La aceptación de un segundo destino que no sea de los exceptuados en este artículo, implica la renuncia del primero, salvo cuando se trate de suplentes, mientras no reemplacen definitivamente al principal.

Nadie podrá disfrutar más de una jubilación o pensión, salvo los casos expresamente determinados en la ley.

Artículo 149. Los funcionarios públicos y funcionarias públicas no podrán aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros sin la autorización de la Asamblea Nacional.

La legislación Panameña en su Art. 299 de la Constitución define a los Servidores Públicos, como aquellas personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas o semiautónomas; y en general, las que perciban remuneración del Estado.

ARTICULO 300. Los servidores públicos serán de nacionalidad panameña sin discriminación de raza, sexo, religión o creencia y militancia política. Su nombramiento y remoción no será potestad absoluta y discrecional de ninguna autoridad, salvo lo que al respecto dispone esta Constitución.

Los servidores públicos se registrarán por el sistema de méritos; y la estabilidad en sus cargos estará condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio.

ARTICULO 301. Los estudiantes y egresados de instituciones educativas prestarán servicios temporales a la comunidad antes de ejercer libremente su profesión u oficio por razón de Servicio Civil obligatorio instituido por la presente Constitución. La Ley reglamentará esta materia.

ARTICULO 302. Los deberes y derechos de los servidores públicos, así como los principios para los nombramientos, ascensos, suspensiones, traslados, destituciones, cesantía y jubilaciones serán determinados por la Ley.

Los nombramientos que recaigan en el personal de carrera se harán con base en el sistema de mérito.

Los servidores públicos están obligados a desempeñar personalmente sus funciones a las que dedicarán el máximo de sus capacidades y percibirán por las mismas una remuneración justa

ARTICULO 303. Los servidores públicos no podrán percibir dos o más sueldos pagados por el Estado, salvo los casos especiales que determine la Ley, ni desempeñar puestos con jornadas simultáneas de trabajo.

Las jubilaciones de los servidores públicos se fundarán en estudios actuariales y proporciones presupuestarias razonables.

ARTICULO 304. Todos los empleados o funcionarios públicos de manejo conforme al Código Fiscal, deben presentar al inicio y al término de sus funciones una declaración jurada de su estado patrimonial, la cual deberán hacer mediante escritura pública, en un término de diez días hábiles a partir de la toma de posesión del cargo y diez días hábiles a partir de la separación.

La Constitución del Ecuador desde su Art. 229 al 234 establece que serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

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

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.

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

Art. 230.- En el ejercicio del servicio público se prohíbe, además de lo que determine la ley:

1. Desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita.
2. El nepotismo.
3. Las acciones de discriminación de cualquier tipo.

Art. 231.- Las servidoras y servidores públicos sin excepción presentarán, al iniciar y al finalizar su gestión y con la periodicidad que determine la ley, una declaración patrimonial jurada que incluirá activos y pasivos, así como la autorización para que, de ser necesario, se levante el sigilo de sus cuentas bancarias; quienes incumplan este deber no podrán posesionarse en sus cargos. Los miembros de las Fuerzas Armadas y

Policía Nacional harán una declaración patrimonial adicional, de forma previa a la obtención de ascensos y a su retiro.

La Contraloría General del Estado examinará y confrontará las declaraciones e investigará los casos en que se presuma enriquecimiento ilícito. La falta de presentación de la declaración al término de las funciones o la inconsistencia no justificada entre las declaraciones hará presumir enriquecimiento ilícito.

Cuando existan graves indicios de testaferrismo, la Contraloría podrá solicitar declaraciones similares a terceras personas vinculadas con quien ejerza o haya ejercido una función pública.

Art. 232.- No podrán ser funcionarias ni funcionarios ni miembros de organismos directivos de entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación, quienes tengan intereses en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas o representen a terceros que los tengan.

Las servidoras y servidores públicos se abstendrán de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad en los que presten sus servicios.

Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas.

Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

Art. 234.- El Estado garantizará la formación y capacitación continua de las servidoras y servidores públicos a través de las escuelas, institutos, academias y programas de formación o capacitación del sector público; y la coordinación con instituciones nacionales e internacionales que operen bajo acuerdos con el Estado.

En conclusión podemos decir que El objetivo principal de todo Estado en el mundo es el logro del bien común, el bienestar social, su eficiencia del mismo se medirá en relación de que todas las acciones que realice el **SERVIDOR PÚBLICO** estén enfocadas a garantizar este fin. La Administración Pública es el medio y la estructura de que dispone el Estado para garantizar el cumplimiento de sus objetivos. Esto es a las personas que integran y conforman dicha armazón Institucional, llámeseles Servidores Públicos, Colaboradores, Administradores o Funcionarios Públicos, deben ser personas dignas, respetadas y honestas. Donde el factor moral constituye uno de los elementos primordiales de los programas y políticas de Gobierno.

En consecuencia, el Servidor Público debe ser un ejemplo de moralidad, donde el cumplimiento del deber y el orgullo de ser Funcionario Público, se debe vivir día a día para recobrar la confianza de la ciudadanía.

4.- Curva Comparativa de Salarios 2011: Sector Público VS Sector

Privado

Para el Dr. Fabián Robles Neira, en su publicación “Sector Público vs Sector Privado“, en la Revista - Novedades Jurídicas Ecuador, Pag. 41, manifiesta que una vez que en el sector público se eliminaron los excesos y se unificaron otros componentes o beneficios en el Remuneración Mensual Unificada, las curvas de salarios de muchas EPs acentuaron su inequidad, estas taras se deberán ir corrigiendo con un proceso técnico, hasta tener una curva que refleje que a mayor responsabilidad y contribución, se tenga una mayor remuneración. Los Gobiernos Autónomos Descentralizados están también sujetos a la Ley Orgánica de Servicio Público y por ello en cumplimiento del Art. 228 de la Constitución y el Art. 66 de la LOSEP. En los requerimientos de los concursos de méritos y oposición, publicados en los periódicos locales, se puede advertir: La partida presupuestaria, la misión del puesto, el grupo ocupacional, la unidad administrativa, la remuneración mensual unificada, lugar de trabajo y rol. Entre los requerimientos: instrucción formal, experiencia específica, capacitación específica y un sinnúmero de competencias del puesto: ética profesional, comunicación, compromiso con resultados, liderazgo, trabajo en equipo. La pregunta es saber ¿si efectivamente se están evaluando a los participantes el cumplimiento de los requisitos mencionados?}; por lo

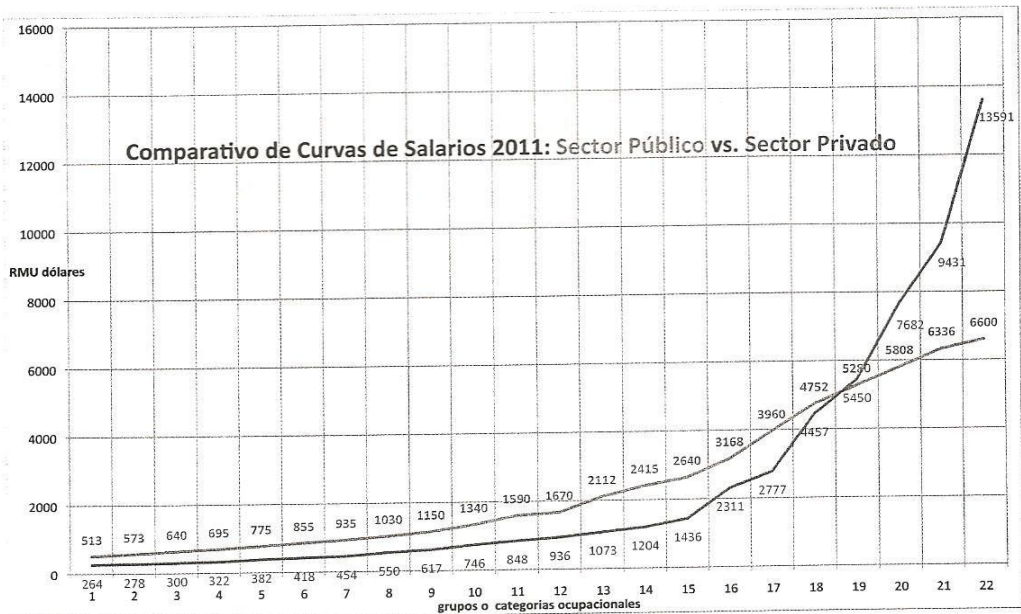
que se debe tomar en cuenta lo que manifiesta el Art. 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas: “Cualquier incremento salarial se efectuará exclusivamente previa evaluación de desempeño realizada por la administración de la empresa con el apoyo de firmas externas especializadas y en consideración de la capacidad económica de la empresa.” Los gerentes y quienes ejerzan su representación legal no podrán percibir otras compensaciones, bonificaciones o retribuciones que no sean exclusivamente honorarios o remuneración de ser el caso; por lo que ⁸³para el mencionado profesional *“URGE APLICAR NUEVAS Y EFECTIVAS PRÁCTICAS QUE APOYEN CON TRANSPARENCIA Y AGILIDAD EL DESARROLLO INSTITUCIONAL”*.

⁸³ Revista - Novedades Jurídicas Ecuador, Pag. 41, Dr. Fabián Robles Neira.

CUADRO COMPARATIVO DE SALARIOS ENTRE SERVIDORES PUBLICOS Y EMPLEADOS PRIVADOS PARA UNA MISMA CATEGORIA OCUPACIONAL

Análisis Realizado por : Fabián Robles Neira fabianroblesneira@hotmail.com

Servidores y Funcionarios de Empresas Públicas EP -MRL - LOSEP		Trabajadores y Empleados del Sector Privado-CT		
No.	Grupo Ocupacional / cargos referenciales	RMU \$	Cargo Tipo para la categoría ocupacional	RMU \$
1	Servidor Público de Servicios, Chofer (\$500),Recepcionista(\$500).	513	Obrero No calificado, Servicio Doméstico	264
2	Servidor Público de Apoyo	573	Obrero Comisiones Sectoriales, Semicalfificado	278
3	Servidor Público de Apoyo 3, Técnico de Salud e Higiene	640	Mensajero	300
4	Servidor Público de Apoyo 4, Asistente (\$700)	695	Obrero Calificado	322
5	Servidor Público 1, Asistente de Comunicación Social	775	Chofer	382
6	Servidor Público 2, Analista de Sistemas 2	855	Secretaria/Aux.Adm	418
7	Servidor Público 3, Asistente Auditoría (\$900)	935	Recepcionista/Aux.Contab	454
8	Servidor Público 4, Abogado de coactivas	1030	Cobrador/Cajero/Bodeguero	550
9	Servidor Público 5,Abogado(Comisaría de salud e Higiene)	1150	Secretaria/Asistente RRHH/Electricista	617
10	Servidor Público 6, Jefe de Contratación Pública	1340	Electromecánico	746
11	Servidor Público 7, Técnico de Proyectos (\$1500)	1590	Asistente Costos/Asistente Auditoría	848
12	Servidor Público 8	1670	Analista	936
13	Servidor Público 9 (\$ 1930)	2112	Supervisor/Asistente de Gerencia	1073
14	Servidor Público 10,Coordinador Contabilidad y Finanzas (\$2000)	2415	Responsable de Compras/Jefe de Turno	1204
15	Especialista Seguros y Riesgos (\$2500)	2640	Jefe de Nómina	1436
16	Mayor FFAA \$2280, Capitan FFAA \$ 2140	3168	Contador General	2311
17	Auditor General (\$3200), Grte. Talento Humano (\$3900)	3960	Jefe Financiero	2777
18	SubGerente General (\$4200), Gerente Regional	4752	Gerente de Mantenimiento	4457
19	Dignatarios, Autoridades y Funcionarios de Nivel Jerárquico Superior	5280	Gerente de Producción	5450
20	Gerente General (\$5000), Presidente Ejecutivo	5808	Gerente Nacional de Ventas	7682
21	Vicepresidente de la República, Ministros	6336	Director / Vicepresidente	9431
22	Presidente de la República del Ecuador	6600	Gerente General, Presidente Ejecutivo	13591



***5.- Jubilaciones de Las Servidoras y Servidores Públicos desde una
Perspectiva Constitucional y Legal al Amparo de la LOSEP***

Nuestra Constitución de la República y la Ley Orgánica de Servicio Público en sus artículos 229 y 4 respectivamente, definen a las servidoras y servidores públicos como “todas las personas que en cualquier forma o cualquier título trabajen, presenten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”.

La Dra. Gabriela Hernández, Abogada de los Juzgados de los Tribunales de la República del Ecuador, Magister en Derecho Procesal de la Universidad Indoamérica y como ex Directora de Recursos Humanos de la ex Corte Superior de Justicia de Pichincha, en una entrevista realizada manifiesta que: “Constitucionalmente los derechos de las y los servidores públicos son irrenunciables; para lo cual el Art. 229 de la Constitución establece la creación de un Organismo rector en materia de Recursos Humanos y Remuneraciones para todo el sector público; que regule todas aquellos aspectos que conciernen a la administración pública como la cesación de funciones de sus servidores”.⁸⁵

Así como los servidores y servidoras tienen derechos irrenunciables; es su obligación servir a la colectividad desde su puesto de trabajo en función de principios constitucionales como el de eficiencia, eficacia, participación, planificación y transparencia; indicando que las obreras y obreros del sector público están sujetos al

⁸⁵ Foro- Entrevista a la Dra. Gabriela Hernández ex Directora de Recursos Humanos de la ex Corte Superior de Justicia de Pichincha.

Código del Trabajo, a diferencias de los servidores públicos que realizan funciones de índole administrativa que están sujetos a la Ley Orgánica de Servicio Público.

Respecto a las jubilaciones del sector público la mencionada entrevistada además considera que mediante Decreto Ejecutivo No 1701 de 18 de mayo del 2009, en aplicación al Mandato Constituyente No. 8, se suprimen y regulan los beneficios que percibían las instituciones del sector público por jubilación, causando malestar en el sector público, sobre todo en aquellos sectores de la administración pública que percibían ciertas ventajas desmedidas en relación al resto del sector público, en virtud que la ex Secretaria Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público le correspondía como Organismo Rector de ese entonces mediante Resolución SENRES-2009-000200 de 12 de agosto del 2009, con anterioridad a la Ley Orgánica de Servicio Público, emitió directrices para las jubilaciones de las servidoras y servidores públicos, bajo los parámetros jurídicos del Decreto Ejecutivo citado; en el que se establecía parámetros para renuncia y retiro voluntario de los servidores públicos.

El beneficio económico por jubilación se estableció de acuerdo al salario mínimo básico del trabajador privado para los años 2009, 2010 y 2011, y por edad, clasificándose en grupos que han alcanzado los sesenta (60) y sesenta y cuatro (64) años y entre los sesenta y cinco (65) y sesenta y nueve (69) años, entre los setenta (70) y setenta y cuatro (74) años; entre los setenta y cinco (75) y setenta y nueve (79) años y más de ochenta (80) años de edad. En cuanto a los años de servicio en el sector público se dividió en grupos comprendidos entre los (12) doce, y veinte y tres (23) años; y

entre veinte y cuatro (24) treinta y cinco (35) años y más de treinta y seis (36) años de servicio; disposiciones que debían estar en plena armonía jurídica con las Leyes de Seguridad Social y las correspondientes certificaciones presupuestarias para tal efecto.

Sin embargo de lo mencionado, estas disposiciones quedaron sin efecto, con la publicación de la Ley Orgánica de Servicio Público, publicada en el R.O. No. 294 de 06 de Octubre del 2010, que determina como debe aplicarse la ley con respecto a las o los servidores públicos que deseen acogerse a la jubilación voluntaria y obligatoria; derecho contemplado en el Art. 37 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador.

Para un mejor entendimiento, la jubilación de las servidoras y servidores públicos, implica la cesación de sus funciones, para acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización por jubilación, para lo cual deberán cumplir con los requisitos establecidos en los Arts. 47, 81, 128 y 129 de la Ley Orgánica de Servicio Público y en las condiciones que determine la Ley de Seguridad Social; recalcando que la actual Constitución, reconoce los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, (*adultos mayores*), reconociendo como tales el Art. 36 del citado cuerpo legal: “... *a aquellos que han cumplido los (65) sesenta y cinco años de edad; pudiendo jubilarse voluntariamente por cuanto habrán llegado al tope de su carrera en el servicio público*”, independiente del grupo ocupacional que hubieren tenido al momento sin que pudieren ascender.

En cuanto a los servidoras y servidores públicos que hayan cumplido los setenta (70) años, deberán obligatoriamente retirarse del servicio público y cesarán de su puesto, con la recomendación de una planificación institucional previa.

Para el caso de las servidoras y servidores públicos que cumplan con los requisitos de edad y número de aportaciones mensuales que determinan los artículos 185 y 188 de la Ley de Seguridad Social para la jubilación, sea esta voluntaria u obligatoria, deberán solicitar expresamente el cumplimiento de este derecho a la Autoridad Nominadora de la Institución del sector público a la que pertenecen; quien emitirá el correspondiente acto administrativo aceptando el derecho de jubilación obligatoria o voluntaria de acuerdo con políticas institucionales en beneficio de la colectividad y de los derechos constitucionales que asisten a los servidores públicos que deseen acogerse a este beneficio.

Es importante señalar que las diferentes instituciones del sector público comprendidas en el Art. 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público, cuenten con el presupuesto económico suficiente para el efecto, a fin que los servidores y servidoras públicos que deseen acogerse a esta beneficio puedan percibir la totalidad de su liquidación de una manera justa y equitativa; indicándose que por ley, este beneficio también puede pagarse con bonos del Estado, lo cual podría tener ventajas y desventajas dependiendo del título valor emitido, su cotización en el mercado y la facilidad de venta de estos bonos que los servidores públicos percibieren por beneficio de jubilación; por lo que bajo ningún concepto se debería aceptar la renuncia de una servidora o servidor público que desee acogerse a la jubilación voluntaria u obligatoria,

sin que se cuente con la disponibilidad presupuestaria correspondiente, por cuanto, es menester que se manejen políticas públicas al respecto, esto con la finalidad de que no se perjudique a la Administración Pública, cuyo objetivo primordial siempre es el de servir a la colectividad; velando siempre por la planificación y sustentación que estas tengan, a fin de evitar que se dejen libres puestos abandonados en el sector público, como los de atención prioritaria o estratégica, tales como salud, educación, entre otros.

Un dato interesante aportado por la Dra. Gabriela Hernández es que además los jubilados podrían reingresar al sector público para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción y aquellos comprendidos en la escala del nivel jerárquico superior; ello con la finalidad de aprovechar los conocimientos, talento y experiencia de determinados profesionales que pese a su condición de jubilados o retirados, podrían contribuir en el sector público como Subsecretarios de Estado, Asesores, Directores, Coordinadores, entre otros.

En definitiva, partiendo del análisis aportado por la Dra. Hernández, partiendo del estado constitucional de derechos que a través del Decreto Ejecutivo No. 1701 de 18 de Mayo del 2009 y Resolución NO. SENRES-2009-000200 de 12 de Agosto de 2009, reformado mediante Acuerdo Ministerial No. MRL-2009-00017 de 28 de septiembre del 2009, se indicó las pretensión de establecer pautas para las jubilaciones de las servidoras y servidores públicos, mismas que causaron malestar en la Administración Central, sobre todo en lo que respecta al beneficio económico, por lo que, con la emisión de la Ley Orgánica de Servicio Público, y su Reglamento se trata de evitar que el orden jerárquico de las normas jurídicas de la Constitución no sean

vulneradas o ejecutadas erróneamente, debiéndose desde un principio tratarse con una ley y no con una Resolución como se hizo inicialmente, con la finalidad de evitar que gobiernos de turno pretendan manipular fácilmente los beneficios que por jubilación hoy corresponden a las servidoras y servidores del Estado ecuatoriano.

Sin embargo el Ejecutivo dictó el Decreto No. 813 de 07 de julio del 2011, publicado en el Suplemento del R.O. 489 de 25 de julio del 2011, que reforma el Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público, mismo que expresa en su parte pertinente lo siguiente: **Artículo 8.-** “*A continuación del artículo 108, añádase el siguiente artículo innumerado.*

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

En cambio el Artículo 108 del Reglamento de la LOSEP, habla de **cesación de funciones para acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización; y cesación por retiro por jubilación**, es así que con esta disposición legal no es obligatoria la compra de renunciaciones obligatorias, lo que ha ocasionado se vulnere los derechos de estabilidad laboral de las servidoras o servidores públicos.

Viéndose afectados los servidores públicos por el artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813 de 07 de julio del 2011, plantearon **Demanda de**

Inconstitucionalidad, ante la Corte Constitucional, demanda encabezada por el Dr. Miguel Ángel García Falconí, Dirigente de la Federación de Servidores Públicos del Ecuador, y otros, amparándose en el numeral 2 del artículo 436 y 439 de la Constitución de la República del Ecuador⁸⁶, numeral 6 del artículo 79 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁸⁷, en concordancia con la letra a) del artículo 23 de la Ley Orgánica de Servicio Público⁸⁸, normas que reconocen como derecho irrenunciable el gozar de estabilidad laboral en sus puestos, y la forma de demandarlos en caso de su expresa violación, acción que fue dirigida en contra del señor Presidente de la República del Ecuador, Eco. Rafael Correa Delgado y del señor Procurador General del Estado, quien es representante judicial del Estado, conforme lo señalan los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el R.O. No. 312 de 13 de Abril del 2004⁸⁹.

⁸⁶ **Constitución de la República del Ecuador Art. 436 numeral 2.-** *La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:... 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado...*

Art. 439 ibídem.- Art. 439.- *“Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente”.*

⁸⁷ **Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 79.-** *“Demanda de inconstitucionalidad.- la demanda de inconstitucionalidad contendrá:... 6.- La solicitud de suspensión provisional de la disposición demandada debidamente sustentada, cuando a ello hubiere lugar; sin perjuicio de la adopción de otras medidas cautelares conforme la Constitución y esta Ley...”.*

⁸⁸ **Ley Orgánica de Servicio Público, Artículo 23.-** *“Derechos de las servidoras y los servidores públicos.- Son derechos irrenunciables de las servidoras y servidores públicos:... a) Gozar de estabilidad en su puesto...”.*

⁸⁹ **Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 5.-** *Art. 5.- Del ejercicio del patrocinio del Estado.- “Para el ejercicio del patrocinio del Estado, el Procurador General del Estado está facultado para: ... d) Representar judicialmente al Estado, a los organismos y entidades del sector público, de acuerdo con la Constitución Política de la República, tratados y convenios internacionales y la ley, en cualquier proceso o procedimiento que corresponda a la jurisdicción de los organismos, jueces o autoridades en otro Estado, con facultad para desistir de las acciones que hubiere propuesto y con facultad para transigir...”.*

Art. 6 ibídem.- *De las citaciones y notificaciones.- “Toda demanda o actuación para iniciar un proceso judicial, procedimiento alternativo de solución de conflictos y procedimiento administrativo de impugnación o reclamo contra organismos y entidades del sector público,*

Como investigación de campo sobre este particular, he procedido a entrevistar al Dr. Miguel Ángel García Falconí, con el objeto de obtener su criterio jurídico, de acuerdo al interrogatorio que le he planteado:

1.- ¿De conformidad a la demanda de Inconstitucionalidad presentada por Usted en calidad de Servidor Público, conjuntamente con otros Servidores que creen afectados sus derechos, porqué no se solicitó a la Corte Constitucional, de manera definitiva la derogatoria del artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813, publicado en el Suplemento del R.O. 489 de 25 de Julio del 2011 y talves no como lo hicieron de manera suspensiva?

El Decreto 813 fue emitido por el Presidente de la República, acogiendo la prerrogativa que tiene de acuerdo a la norma constitucional, establecida en el artículo 147, numeral 3 que de manera textual le otorga esa facultad al Presidente de la República, pero le hace la siguiente observación: dice el artículo 147, “*son atribuciones y deberes del presidente de la república, numeral 3: expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes*”, cosa que hace, porque efectivamente el decreto 813 lo que hace es modificar el reglamento que ya estaba emitido en relación a la Ley Orgánica de Servicio Público, pero lo que dice el numeral 13 del art. 147 de la Constitución, dice que estos reglamentos no pueden contravenir ni alterar la ley, y este reglamento modificado por el 813, modifica la ley, puesto que, incorpora una norma

deberá citarse o notificarse obligatoriamente al Procurador General del Estado. De la misma manera se procederá en los casos en los que la ley exige contar con dicho funcionario. La omisión de este requisito, acarreará la nulidad del proceso o procedimiento..”.

llamada por el Presidente de la República, compra de renuncia obligatoria, norma que ya fue planteada a la Asamblea y que no fue aprobada, en consecuencia, si la única instancia, la Asamblea Nacional, que puede legislar, le dijo no a esta pretensión, el Presidente no puede incorporar esta norma que le fue negada mediante reglamento. Esa es una de las circunstancias que nos llevaron a impugnar la constitucionalidad; la derogatoria no se pide por que el Presidente insiste en que está actuando en base de la ley, en consecuencia, como esta normado por la constitución, hemos acudido a la Corte Constitucional, que es la única instancia que puede definir la constitucionalidad o no de los actos administrativos que emite el ejecutivo, por lo que no era pertinente la solicitar la derogatoria de la norma legal, era pertinente el pedido de inconstitucionalidad del artículo 8 del decreto 813.

2.- ¿En este caso, publicado que ha sido el Decreto 813, usted cree que el artículo 8 se podría asemejar a un despido intempestivo, si bien es cierto que la figura jurídica señalada, no está contemplada en la Ley Orgánica de Servicio Público, sino en la Codificación Laboral?

Si, despido intempestivo o compra de renuncia obligatoria, es lo mismo con la variación gramatical, pero efectivamente esto es un despido intempestivo, esto es consagrar que a alrededor de cuatrocientos mil empleados del servicio público se les declara de libre remoción, cuando el art. 81 de la ley orgánica del servicio público, dice que *“por excepción se establece regímenes de libre remoción”*, este momento, los únicos que son de libre remoción, son los Ministros, Subsecretarios, Asesores, Consultores, el resto tiene estabilidad de acuerdo al artículo 23 de la Ley Orgánica de Servicio Público, en consecuencia, decir compra de renuncia obligatoria, primero que

es *“hasta un insulto al pensamiento decir que la renuncia es obligada”*, eso ya no es *renuncia*, por el concepto mismo, **“la renuncia en sí, es un acto volitivo de la persona”**. Otra de las cosas que se trata mal en este Decreto, es considerar que el derecho al trabajo es una mercancía, y usted señor estudiante sabe que *el derecho al trabajo no es una mercancía*, no está de venta, y en consecuencia, no se puede hablar de compras obligatorias de una cosa que no es mercancía, *sino un derecho*.

3. ¿De acuerdo a la demanda de inconstitucionalidad presentada, cuál es la pretensión que intenta conseguir el gremio de los servidores públicos?

La demanda contiene varios argumentos legales que sustentan nuestra pretensión, *la pretensión específica, es que se declare inconstitucional, el contenido del art. 8 del Decreto 813*, puesto que viola de manera expresa normas constitucionales como los artículos 424 y 425 de la Constitución, esto es la jerarquía de la ley pretendiendo que una norma subordinada, esto es un Reglamento que se vaya por encima de lo que establece el artículo 425, que las Leyes Orgánicas como la del caso específico de la del servicio público, está muy por encima del Reglamento, además de todas las connotaciones que se derivan de esta ley, esto especialmente en el ataque a los derechos de los trabajadores que están contemplados en los artículos 33 y 66 de la Constitución, entre otros.

4. ¿Conoce si la demanda de inconstitucionalidad presentada, ha sido calificada o reúne los preceptos jurídicos necesarios para su posterior admisión?

Esta demanda tiene un procedimiento, el procedimiento es que la Comisión de Admisibilidad, determine si se cumple con todos los requisitos; efectivamente se cumple con todos los requisitos, luego se sorteara a ver a que Sala de la Corte le toca analizar el caso, y dentro de la Sala se sorteara cual es el Señor Magistrado ponente para que prepare borradores, es un procedimiento un poquito largo, pero estamos seguros que tendrá éxito.

De la entrevista concedida por el señor Doctor Miguel Ángel García Falconí, Representante de la Federación de Servidores Públicos, se deduce la gran importancia que la demanda de inconstitucionalidad presentada, reúna todos los requisitos legales determinados en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con el fin de que en la Corte Constitucional, los procedimientos constitucionales, sean llevados con absoluta transparencia, con apego al debido proceso y a la ley, a fin que la Corte Constitucional en méritos del proceso resuelva de forma fundamentada y motivada lo que estime pertinente.

Mi criterio personal es que la demanda presentada contra el Decreto Ejecutivo suscrito por el señor Presidente Constitucional de la República, es un acto legítimo que intenta frenar posibles abusos de la Administración Pública, ya que la voluntad en el presente caso, se ve afectada cuando el Ejecutivo obliga a las personas a realizar actos que no son voluntarios, por lo que en definitiva en derecho las cosas se deshacen como se hacen, por lo que debería considerar este Poder del Estado, posibles conversaciones con el gremio de Servidores Públicos, a efectos que se respete la estabilidad laboral de los servidores y no se eroguen gastos innecesarios que afectan de forma directa a la colectividad.

6.- La Continuidad Como Carácter Jurídico del Servidor Público

En la historia de los Estados a nivel mundial, se ha estudiado el tema de la ininterrupción o continuidad de la prestación de servicios públicos y su eficiencia, porque los únicos y totales beneficiarios de los mismos son los ciudadanos.

La Dra. Elizabeth Villacis Román en su publicación emitida en el Foro Análisis, Novedades Jurídicas, en el mes de Febrero del 2011, sostiene que: “Estado es la organización jurídica permanente en que se constituye una nación, con arreglo a la norma primaria fundamental que ha expedido al efecto, con el fin sustancial de regular la convivencia y asegurar su progreso, para cuyo propósito se asigna a esa organización la potestad o poder supremo de crear, modificar, y aplicar el derecho, así como de establecer y mantener relaciones con otros Estados.”⁹⁰

El catedrático Roberto Dromi relaciona al Estado con la realidad social como política de un pueblo, es así que para él, esa realidad “hecha” por el hombre, se da necesariamente en el marco de una sociedad cambiante y en permanente evolución, causas para que se encuentren inmersos principios de Estado de derecho, emanados y enmarcados por una Constitución”.⁹¹

El servicio público para Duguit por ejemplo es “...una cooperación de servicios públicos, organizada y controlada por los gobernantes y no simplemente por la

⁹⁰ Roberto Ríos Elizando, El Acto de Gobierno, México, Porrúa, 1975, p. 16

⁹¹ Roberto Dromi, Derecho Administrativo, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2004, Pg. 87.

*soberanía, así resuelta que toda actividad del Estado es servicio público, que debe ser reglado y controlado por los gobernantes, cuyo deber consiste en emplear su poder para asegurar el cumplimiento del servicio público de modo continuo, ya que es indispensable realización y desarrollo de interdependencia social... ”.*⁹²

Los elementos de la continuidad como carácter jurídico del servicio público, son varios según Elizabeth Villacis Román, ya que el primer elemento es la necesidad de la colectividad, que se lo divide en dos puntos dice: *“la necesidad que es el impulso irresistible que hace que las causas obren infaliblemente, también definidas como las cosas que son menester para la conservación de la vida...”*⁹³, como todo aquello con lo cual es imposible substraerse, faltar o resistir; y colectividad, como el *“conjunto de personas que persiguen un objetivo común; sociedad...”*. El segundo elemento es la satisfacción de necesidad, que también se lo divide en dos puntos: La Satisfacción que se define como *“la acción y efecto de satisfacer o satisfacerse”, “satisfacer”, es “dar solución a una duda o a una dificultad”*⁹⁴. El tercer elemento es el derecho del particular, que tiene para usar el servicio público, dentro de los límites que le imponen las normas reglamentarias pertinentes, cuyo objetivo de éstos es el de velar por el bienestar del grupo de personas, que vienen buscando el bien común.

Adicionalmente la continuidad se caracteriza por ser: oportuno e ininterrumpido, característica que es el de ejecutar permanentemente un servicio con efectos de bienestar colectivo, actos sometidos a normas que regulan la continuidad del

⁹² Orlando García-Herreros S., Lecciones de Derecho Administrativo, Santa Fe de Bogotá, Univ. Sergio Arboleda, 1997, Pág. 279-280.

⁹³ Dra. Elizabeth Villacis Román, Novedades Jurídicas, Quito-Ecuador, 2011, Pág. 34

⁹⁴ Real Academia Española, 1970. Pág. 1183

servicio para asegurar la no interrupción del servicio; para lo cual se ha previsto la reglamentación del derecho a la huelga y la restricción lock out patronal, para impedir su paralización o la aplicación de la imprevisión para que en caso de dificultades económicas no se paralice el servicio.

Finalmente las clases de continuidad dadas por la Dra. Elizabeth Villacis Román, como carácter jurídico del servicio público, son desde el punto de vista de la prestación, en absoluta y relativa. Absoluta cuando hay servicios que por la necesidad colectiva que satisfacen no pueden ser interrumpidos, por ejemplo la provisión de agua potable, electricidad, etc...; y Relativa cuando el servicio no se presta ininterrumpidamente, sino en determinados momentos, como el servicio de bomberos, etc...

Para terminar este título, es menester del Estado asegurar la continuidad del servicio público, toda vez que es un servicio brindado a la sociedad bajo principios de equidad, eficiencia, imparcialidad, accesibilidad, universalidad, a efectos de salvaguardar la soberanía institucional y el bien común de todos sus asociados.

Sin embargo de lo expuesto la continuidad del servicio público también debería extenderse al servidor del Estado ecuatoriano, con el fin de garantizar el derecho a su estabilidad laboral, que gozamos cada uno de los ciudadanos de la República, según el ordenamiento jurídico emanado por la Constitución, en que determina la estabilidad laboral como garantía constitucional, pero de todas maneras en el sector público se han

visto vulnerados estos derechos cuando se han suscrito de forma continua y perversa contratos de servicios ocasionales, sin regulación alguna, pese a que la LOSCCA anteriormente, y actual LOSEP, norman este mecanismo de contratación “laboral”, específicamente en el Art. 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público; por lo que, al servidor que efectivamente a demostrado un alto nivel de trabajo se lo debería incentivar, no violentando sus derechos, sino otorgándole un nombramiento provisional o definitivo, obviamente previo concurso de meritos y oposición.

7.- Datos Estadísticos Del Crecimiento En La Tasa Laboral Dentro Del Sector Público

Es imperativo y relevante mencionar que el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), como Organismo Rector de la producción estadística en el Ecuador, tiene como función u objetivo principal el mantener y satisfacer oportunamente las necesidades de información de empleo, desempleo y subempleo, etc., del Estado ecuatoriano, a través de variables, resultados, sustentados en una investigación de campo, actualizaciones conceptuales que permiten la identificación de la investigación, con la finalidad de lograr la mejor y más precisa comparabilidad regional e internacional.

Además que el INEC genera y difunde información estadística útil y de calidad, con el propósito de facilitar la evaluación del desarrollo de la sociedad y de la economía, es promotor de las actividades del Sistema Estadístico nacional, convirtiéndose en una fuente de información completa, oportuna y confiable que satisface las necesidades de

información estadística del sector público, sector privado y de la sociedad en general, se rige por **Principios Rectores**, demandantes de su actividad, las cuales son:

Relevancia:

Produciendo información estadística necesaria y útil para el país y para los fines de la política pública y las decisiones privadas.

Respeto:

Manteniendo una relación de mutuo respeto y confianza con los usuarios de la información y con los proveedores de datos.

Proporcionalidad:

Solicitando datos que sean estrictamente necesarios para los propósitos propuestos.

Confidencialidad:

Difundir los datos estadísticos proporcionados por los proveedores de información básica en forma innominada.

Oportunidad:

Difundiendo la información estadística a los usuarios con la oportunidad debida, a fin de evitar su pérdida de vigencia debido al desfase con la dinámica de la realidad.

Precisión:

Manteniendo un compromiso con la calidad de la información y el rigor técnico profesional.

Transparencia:

Proveyendo toda la documentación metodológica utilizados en la elaboración de la información estadística y de los alcances de la misma.

Accesibilidad:

Garantizando un acceso amplio, rápido y fluido a los datos utilizando los mecanismos más eficaces y modernos.

Coherencia:

Armonizando y estandarizar los conceptos, metodologías y clasificaciones, para lograr la consistencia y comparabilidad de las estadísticas.⁹⁵

En definitiva el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, es un Organismo que facilita a la ciudadanía y a agentes externos, fuentes de investigación de campo, técnicas y de estudio confiables, determinando el crecimiento o descenso de la tasas de empleo, subempleo, desempleo, alfabetización, población económicamente activa, vivienda, entre otras, que servirán de análisis gubernamental, para fomentar políticas económicas y sociales, con el fin de lograr un desarrollo sustentado del Estado.

⁹⁵ Pagina web INEC.- www-inec.gob.ec

7.1. Crecimiento de Empleo en el Sector Público

El Ecuador, durante los últimos 10 años ha presentado un notable crecimiento en la tasa de empleo en el sector público, en vista que en cada Gobierno de Turno se han creado nuevas Subsecretarías o Carteras de Estado, con el fin de brindar un servicio a la colectividad y satisfacer necesidades económicas y sociales, por lo que se puede identificar que para el año 2001 existieron 312.572 servidores públicos, y en la actualidad se registra alrededor de 451.899 servidores, por lo que se puede evidenciar que en los últimos 10 años ha existido un crecimiento de 139.327 servidores aproximadamente, y en tal virtud a continuación presento los respectivos cuadros estadísticos, recogidos por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

PROVINCIA Y AREA	TOTAL	CATEGORIA DE OCUPACION						NO DECLARADO	TRABAJADOR NUEVO
		PATRONO O SOCIO ACTIVO	CUENTA PROPIA	EMPLEADO O ASALARIADO			TRABAJADOR FAMILIAR SIN REMU- NERACION		
				DEL MUNI- CIPIO O CONSEJO PROVINCIAL	DEL ESTADO	DEL SECTOR PRIVADO			
REPUBLICA DEL ECUADOR									
TOTAL	4,585,575	412,397	1,571,714	73,974	312,572	1,529,626	259,756	398,933	26,603
URBANA	2,846,004	284,121	838,190	60,681	254,466	1,028,483	86,996	272,875	20,192
RURAL	1,739,571	128,276	733,524	13,293	58,106	501,143	172,760	126,058	6,411
AZUAY	232,664	20,576	85,531	3,188	15,094	79,881	12,932	14,645	817
URBANA	125,268	13,390	36,721	2,418	12,768	48,505	2,471	8,448	547
RURAL	107,396	7,186	48,810	770	2,326	31,376	10,461	6,197	270
BOLIVAR	63,151	3,716	33,773	1,008	5,282	5,305	8,951	4,915	201
URBANA	16,146	1,290	6,203	723	3,937	2,115	730	1,106	142
RURAL	47,005	2,426	27,670	285	1,345	3,190	8,221	3,809	59
CAÑAR	72,319	5,363	31,700	1,068	4,859	16,554	6,460	6,045	270
URBANA	26,169	2,595	8,541	800	3,646	7,131	788	2,524	144
RURAL	46,150	2,768	23,159	268	1,213	9,423	5,672	3,521	126
CARCHI	58,471	5,151	24,424	1,038	4,912	14,197	3,380	5,134	235
URBANA	28,681	2,847	10,797	825	3,990	6,051	1,031	2,963	177
RURAL	29,790	2,304	13,627	213	922	8,146	2,349	2,171	58
COTOPAXI	141,062	10,133	62,611	1,277	8,358	33,724	16,296	8,138	525
URBANA	37,563	3,965	13,037	775	5,643	9,835	1,339	2,700	269
RURAL	103,499	6,168	49,574	502	2,715	23,889	14,957	5,438	256
CHIMBORAZO	164,009	10,600	81,202	1,727	13,361	25,678	21,114	9,753	574
URBANA	60,749	6,214	21,272	1,416	10,924	14,525	1,905	4,103	390
RURAL	103,260	4,386	59,930	311	2,437	11,153	19,209	5,650	184
EL ORO	195,046	18,831	66,009	3,238	14,800	65,979	7,560	17,568	1,061
URBANA	148,685	15,447	51,291	2,929	13,295	44,552	5,107	15,138	926
RURAL	46,361	3,384	14,718	309	1,505	21,427	2,453	2,430	135
ESMERALDAS	129,655	11,491	51,154	2,376	11,752	31,741	10,528	9,461	1,152
URBANA	53,406	5,694	17,316	1,666	7,386	13,076	2,367	5,310	591
RURAL	76,249	5,797	33,838	710	4,366	18,665	8,161	4,151	561
GUAYAS	1,220,389	116,818	372,336	18,796	63,046	456,927	47,093	135,437	9,936
URBANA	1,012,636	96,243	299,026	17,408	59,702	385,067	33,006	113,522	8,662
RURAL	207,753	20,575	73,310	1,388	3,344	71,860	14,087	21,915	1,274
IMBABURA	132,200	11,648	51,474	2,024	9,209	39,354	7,456	10,446	589
URBANA	69,565	7,402	23,787	1,671	6,894	21,668	1,794	5,975	374
RURAL	62,635	4,246	27,687	353	2,315	17,686	5,662	4,471	215
LOJA	137,885	8,259	63,257	2,907	15,340	22,851	13,996	10,819	456
URBANA	64,032	5,424	20,233	2,370	12,376	15,518	2,281	5,503	327
RURAL	73,853	2,835	43,024	537	2,964	7,333	11,715	5,316	129
LOS RIOS	225,875	21,749	80,588	2,880	10,962	75,224	11,198	22,054	1,220
URBANA	114,123	11,946	38,548	2,370	9,072	32,163	5,182	13,963	879
RURAL	111,752	9,803	42,040	510	1,890	43,061	6,016	8,091	341
MANABI	382,106	35,352	141,051	5,978	24,482	104,075	27,206	41,744	2,218
URBANA	206,276	20,822	66,753	4,927	20,913	56,549	9,235	25,683	1,394
RURAL	175,830	14,530	74,298	1,051	3,569	47,526	17,971	16,061	824
MORONA SANTIAGO	40,911	2,521	20,074	898	4,812	5,086	4,746	2,680	94
URBANA	14,237	1,020	5,282	715	2,926	2,718	512	1,016	48
RURAL	26,674	1,501	14,792	183	1,886	2,368	4,234	1,664	46
NAPO	30,375	1,246	13,836	944	3,342	4,895	4,200	1,773	139
URBANA	9,771	596	3,091	615	2,096	2,170	363	764	76
RURAL	20,604	650	10,745	329	1,246	2,725	3,837	1,009	63
PASTAZA	24,332	1,503	9,206	795	4,176	4,316	2,743	1,511	82
URBANA	10,474	939	3,227	630	2,027	2,681	313	611	46
RURAL	13,858	564	5,979	165	2,149	1,635	2,430	900	36
PICHINCHA	995,452	98,563	243,457	18,725	76,846	453,238	25,275	73,603	5,745
URBANA	721,593	73,925	171,181	14,928	62,365	325,907	14,417	54,336	4,534
RURAL	273,859	24,638	72,276	3,797	14,481	127,331	10,858	19,267	1,211
TUNGURAHUA	197,033	19,992	84,905	2,315	10,082	56,825	12,804	9,373	737
URBANA	80,962	10,599	27,500	1,535	7,625	26,683	2,356	4,264	400
RURAL	116,071	9,393	57,405	780	2,457	30,142	10,448	5,109	337
ZAMORA CHINCHIPE	26,076	1,167	12,514	852	3,120	3,042	3,065	2,263	53
URBANA	9,083	500	3,220	650	2,304	1,119	513	748	29
RURAL	16,993	667	9,294	202	816	1,923	2,552	1,515	24
GALAPAGOS	8,772	693	2,540	320	1,255	2,995	205	712	52
URBANA	7,438	645	2,079	276	1,111	2,491	163	626	47
RURAL	1,334	48	461	44	144	504	42	86	5
SUCUMBIOS	49,509	3,002	18,402	813	4,224	12,470	5,154	5,231	213
URBANA	19,440	1,747	6,218	585	2,453	5,157	730	2,431	119
RURAL	30,069	1,255	12,184	228	1,771	7,313	4,424	2,800	94
ORELLANA	33,706	1,801	12,986	609	2,595	7,193	5,682	2,724	116
URBANA	9,707	871	2,967	449	1,013	2,802	393	1,141	71
RURAL	23,999	930	10,019	160	1,582	4,391	5,289	1,583	45
ZONAS NO DELIMITADAS	24,577	2,222	8,684	198	663	8,076	1,712	2,904	118
RURAL	24,577	2,222	8,684	198	663	8,076	1,712	2,904	118

CUADRO No. 13
NACIONAL URBANO
POBLACIÓN OCUPADA, SEGÚN SECTORES ECONÓMICOS Y GRUPO DE OCUPACIÓN POR CATEGORÍA DE OCUPACIÓN

SECTORES ECONÓMICOS Y GRUPO DE OCUPACIÓN	TOTAL	CATEGORÍA DE OCUPACIÓN					
		Patrón	Cuenta propia	Trabajador familiar no remunerado	Asalariado de gobierno	Asalariado privado	Empleado doméstico
NACIONAL URBANO	4.182.798	215.335	1.218.650	306.268	451.899	1.820.143	170.503
Personal direct./admin. pública y empresas	90.908	20.159	53.626	429	25.374	44.947	
Profesionales científicos e intelectuales	443.377	29.653	13.898	3.069	197.390	159.639	
Técnicos y profesionales de nivel medio	277.461	13.397	36.666	6.506	62.489	158.403	
Empleados de oficina	328.031	11.640	24.073	23.011	42.285	227.023	
Trabajad. de los servicios y comerciantes	1.001.930	49.458	406.250	174.469	52.900	307.222	11.631
Trabajad. calificados agropecuarios y pesqueros	135.658	21.876	67.580	3.957	681	41.131	432
Trabajad. calificados agropecuarios y pesqueros	580.147	54.632	189.958	20.023	6.294	309.240	
Oficiales operarios y artesanos	315.677	11.064	127.867	2.963	18.680	155.102	
Operadores de instalac. máquinas y montad.	994.765	3.456	312.629	71.843	30.962	417.436	158.439
Trabajadores no calificados	14.844				14.844		
Fuerzas Armadas							
SECTOR FORMAL	1.813.620	88.315	61.345	43.526	451.899	1.168.536	
Personal direct./admin. pública y empresas	87.167	16.418	13.898	429	25.374	44.947	
Profesionales científicos e intelectuales	385.131	19.539	13.898	2.927	197.390	151.377	
Técnicos y profesionales de nivel medio	223.853	7.099	3.138	3.320	62.489	147.807	
Empleados de oficina	258.379	7.423	5.588	9.447	42.285	193.637	
Trabajad. de los servicios y comerciantes	307.486	20.593	23.507	20.339	52.900	190.148	
Trabajad. calificados agropecuarios y pesqueros	27.653	4.165	153		681	22.654	
Oficiales operarios y artesanos	155.711	9.698	4.582	3.436	6.294	131.701	
Operadores de instalac. máquinas y montad.	126.270	3.380	4.559	1.165	18.680	98.486	
Trabajadores no calificados	227.126		5.920	2.463	30.962	187.781	
Fuerzas Armadas	14.844				14.844		

CAPITULO IV.

RESPONSABILIDADES Y SANCIONES A LOS SERVIDORES PÚBLICOS POR INCUMPLIMIENTO A LA NORMA LEGAL

La determinación de las responsabilidades para todos aquellos que administren los recursos públicos, así como para terceros que tienen relación directa o indirecta con tal administración, están previstas en la Constitución Política, en Ley y en el Reglamento respectivo, con sus consecuentes grados de culpabilidad y sanciones, siendo las normas que rigen esta materia la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE) y el Reglamento de Responsabilidades.

La Contraloría General del Estado es el Órgano de Control Superior que *le* compete el control externo de los recursos públicos (Art. 31 de la LÓCGE) del Estado y de las instituciones públicas estatales y autónomas, que son sus fondos financieros y sus bienes, para lo cual regula los sistemas de auditoría gubernamental e interna, los exámenes especiales, la custodia *de* los recursos financieros y materiales, etc. Y determina las responsabilidades administrativas y civiles, al igual que la presunción de las penales sobre los actos y contratos administrativos que las responsabilidades de los servidores públicos y de terceros ejecutan y suscriben los servidores públicos, mediante reglamentos y manuales de procedimiento. Este control y determinación de responsabilidades son de carácter TÉCNICO, por ser de absoluta objetividad.

La Contraloría General del Estado, tiene tres facultades para el control público:

- a) Reglamentaria, para emitir reglamentos de contabilidad y auditoría gubernamental.
- b) Controladora, a través de auditorías internas (ejercidas por servidores de la entidad controlada) y auditorías gubernamentales (ejercidas por servidores de la CGE).
- c) Determinadora de responsabilidades administrativas y civiles, además de poder emitir indicios de responsabilidad penal, tras el informe de auditoría gubernamental. La determinación de responsabilidad penal es propia del juez penal.

Los auditores internos de cada institución pública son quienes emiten sus informes detectando responsabilidades (Art. 17 inciso final de la LOCGE) los mismo que los auditores gubernamentales, pero es el Contralor General del Estado quien a través de sus Resoluciones, establece las responsabilidades administrativas y civiles y la presunción de responsabilidades penales, tras los informes de las respectivas auditorías y de los exámenes especiales (Art. 19 LOCGE).

“Es importante recalcar que la Administración Pública es un proceso jurídico a través del cual se viabiliza y direcciona los parámetros de desenvolvimiento de las

funciones de cada uno de los servidores públicos”,⁹⁸ quienes se rigen por los siguientes parámetros:

- La planificación es una guía para la ejecución de obras y el primer paso obligatorio para futuras acciones constructivas del Estado;
- La Organización determina que los servidores asuman funciones, responsabilidades, decisiones y la ejecución de actividades; y se ponga en orden a las personas y cosas;
- La Dirección orienta, ejecuta, manda y ordena y vigila las actividades hacia el cumplimiento de los fines, responsabilidades, decisiones y la ejecución de actividades; y se ponga en orden a las personas y cosas;
- La Coordinación armoniza y establece en forma clara y delimitada las atribuciones y deberes que corresponde a cada servidor en sus puestos de trabajo, engranando los recursos y adecuando las cosas para el logro de los objetivos de la organización;
- El Control permite registrar, inspeccionar y verificar la ejecución del plan capaz de que pueda comprobarse los resultados obtenidos de los programados y tomar medidas conducentes para asegurar la realización de los objetivos; y,
- La Evaluación nos conduce a descubrir debilidades y fortalezas de la administración; demostrar los grados de responsabilidad de los funcionarios y empleados en el cumplimiento de sus tareas, medir interpretar y analizar sus resultados sobre el plan de trabajo con el objeto de eliminar errores y obstáculos y adoptar medidas adecuadas para el futuro.

⁹⁸ Dra. DAVALOS MARIA Verónica, La Situación del Sector Público y su Profesionalización en el Ecuador Revista Jurídica

La actividad racional, técnica, jurídica y permanente, ejecutada por el Estado, que tiene por objeto planificar, organizar, dirigir, coordinar, controlar y evaluar el funcionamiento de los servicios públicos. con el fin de que la administración pública preste servicios eficientes y eficaces para satisfacer necesidades generales y lograr el desarrollo económico, social y cultural del País. Para obtener estos resultados la administración tiene que formular objetivos, trazar políticas, elegir procedimientos, decidir correctamente, ejecutar las resoluciones y controlar las acciones de los servidores.

1.- La Responsabilidad del Servidor Público dentro de la normativa legal de La Ley Orgánica del Servicio Público LOSEP

Previo a iniciar el análisis de la temática de la Responsabilidad del servidor Público, es menester enunciar la definición de la misma señalándose que el término "responsabilidad" viene de la expresión responder, es decir, reconocer por sí mismo los actos y contratos de un ser humano.

“Desde el punto de vista jurídico la responsabilidad en términos generales, es la capacidad que tenemos las personas para aceptar y responder por las consecuencias de un acto, hecho o contrato, efectuado de manera consiente y voluntaria, La responsabilidad general una obligación de reparar y satisfacer por uno mismo el mal inferido o el daño causado”⁹⁹

⁹⁹ Dr. LOPEZ JACOME, Nelson, La responsabilidad Administrativa, penal y civil de los Servidores Públicos, Tercera Edición, Quito-Ecuador, Pág. 23

El Diccionario Jurídico del Dr. Guillermo Cabanellas de Torres dice en términos generales que RESPONSABILIDAD es: "Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado." Le da el sinónimo de "DEUDA MORAL" y de hecho lo es, pues, quien es responsable por un acto está obligado a reparar el daño que haya causado.

Para el Dr. Hernán¹⁰⁰ Jaramillo Ordóñez la responsabilidad del Estado es “.... El deber y la obligación que tienen los servidores públicos para realizar con voluntad, capacidad y conciencia las actividades encomendadas por la administración y responder por sus actos y consecuencia” es decir que la responsabilidad del Estado es una de los temas de mayor relevancia en el ámbito de la administración pública, ya que su objetivo es el de reparar las injusticias cometidas en aras de obtener una verdadera justicia para sociedad.

La Administración pública se enfrenta en la actualidad a un reto capital: responder a las demandas sociales con eficacia, manteniendo unos mínimos niveles de calidad en un contexto de creciente servicio a la gente. No obstante, en el seno de las organizaciones humanas así como de los funcionarios o servidores públicos se hace necesaria la recuperación de los valores éticos como referentes de su actuación. Las estructuras económicas y políticas son instrumentos al servicio del hombre, como también la Administración Pública debe promover los derechos fundamentales y hacer

¹⁰⁰ Dr. JARAMILLO ORDOÑEZ, Hernán, LA Actividad Jurídica de la Administración , Loja Ecuador, año 1999, Pag-18

posible un ambiente de calidad y eficacia en el marco de la legalidad y del servicio público. Cuando se pierde de vista el carácter instrumental de las instituciones y los únicos aspectos que sobresalen son los mercantiles, entonces la lucha por los derechos fundamentales del hombre no puede menos que experimentar un claro retroceso.

Las consideraciones éticas de acuerdo a lo planteado por Conill (1998) en la función pública tienen una importancia creciente pues no se puede olvidar que el oficio público supone una tarea de servicio a los demás. La Ética pública, en una primera aproximación, estudia el comportamiento de los funcionarios en orden a la finalidad del servicio público que le es inherente.

Es decir es la ciencia que trata de la moralidad de los actos humanos en cuanto realizados por funcionarios públicos. La Ética pública es, como la Ética en sí misma, una ciencia práctica. Es ciencia porque el estudio de la ética para la administración pública incluye principios generales y universales sobre la moralidad de los actos humanos realizados por el funcionario público o del gestor público.

En virtud de ello, se considera práctica porque se ocupa fundamentalmente de la conducta libre del hombre que desempeña una función pública, proporcionándole las normas y criterios necesarios para actuar adecuadamente en el ejercicio de sus funciones y sobre todo en beneficio de la colectividad

Una de las más frecuentes situaciones que se producen dentro del manejo del servicio público, es la falta de sanción por parte del funcionario público a un

subalterno, pese a que se haya identificado que cometió una infracción, y esto se debe a que en los reglamentos, existe la frase "podrá sancionar", y que puede prestarse a la interpretación del funcionario que debe aplicar la sanción, es decir se trata de la famosa discrecionalidad, y se amparándose en el Reglamento de la LOSEP que le dan opción a los sancionadores de hacerlo o no.

Aunque en la Ley Orgánica del Servicio Público LOSEP contempla las sanciones para los funcionarios públicos que cometiesen irregularidades en los actos realizados en ejercicio de sus funciones, que podría ser una amonestación, o la apertura de un expediente que podría culminar en la destitución del funcionario infractor, según el caso y lo que determine la ley; también en la Carta Magna se establece que ningún servidor público está exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, por lo que el **artículo 233** de la Constitución de la República del Ecuador es clara en señalar que “Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.”, en concordancia con el artículo 41 de la Ley Orgánica de Servicio Público que determina: “Art. 41.- La servidora o servidor público que incumpliere sus obligaciones o contraviniera las disposiciones de esta Ley, sus reglamentos, así como las leyes y normativa conexa, incurrirá en responsabilidad administrativa que será sancionada disciplinariamente, sin perjuicio de la acción civil o penal que pudiere originar el mismo hecho”. Es decir que el Estado y las demás entidades del sector público tienen la obligación de indemnizar a los particulares, por los perjuicios que le irroguen como

consecuencia de los servicios públicos o de los actos de los funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos.”¹⁰¹

Con la finalidad de tener una visión clara de este tema, es menester analizar las tres principales responsabilidades de los servidores públicos dentro del servicio público, así como el proceso de la determinación de responsabilidades las que se encuentran clasificadas de la siguiente manera:

Responsabilidades Administrativa, Civil y Penal.

Al respecto, el *Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, en su artículo 56, determina el Proceso de la Determinación de Responsabilidades, de la siguiente manera:

a. En las sanciones a los servidores públicos, pueden presentarse desde una simple multa hasta la destitución del servidor o ambas, que deberá notificarse al servidor sobre las desviaciones detectadas y dentro del plazo que determina la ley, el servidor ejercerá su defensa; la Contraloría General del Estado, establecerá su resolución dentro del plazo de 60 días, el auditado podrá acudir al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, dentro del término de 30 días, contados desde el día siguiente de la notificación con la resolución, en donde hará valer sus derechos.

b. En el caso de la responsabilidad civil culposa, una vez notificado el responsable, éste tendrá el plazo de 60 días para impugnar la glosa; la Contraloría General del Estado, expedirá la resolución dentro del plazo de 180 días, se podrá proponer el recurso de revisión dentro del plazo de 60 días; la Contraloría General en el plazo de 30 días resolverá el otorgamiento o negativa del recurso.

¹⁰¹ DIEZ, Manuel María, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires Argentina, año 1997, Pag. 11

En esta acción, se puede ejercer el derecho a la acción contencioso administrativa, dentro del término de 60 días de haberse fallado dicho recurso de revisión, una vez agotada totalmente la fase administrativa.

Cabe tener presente que el recurso de revisión no constituye requisito previo para impugnar la resolución de la Contraloría, una vez que ésta haya confirmado total o parcialmente la glosa;

c. El reintegro está tipificado en el artículo 53, numeral 2 de la Ley de la Contraloría y dice que una vez notificada la orden de reintegro al implicado, éste tendrá el plazo improrrogable de 90 días para cumplir con la orden de reintegro o para pedir la reconsideración de dicha orden.

La petición de reconsideración, La Contraloría General en el plazo de 30 días contados a partir de la recepción de la misma y su resolución será definitiva en la fase administrativa, pero podrá impugnarse en la vía contencioso administrativa; y,

d. Los indicios de responsabilidad penal se tramitarán conforme lo dispuesto en los artículos 65 al 68 de la citada ley.

Para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios dispuestos por los tribunales o jueces de lo Penal, la Contraloría General del Estado requerirá a las judicaturas competentes que remitan copia certificada de las sentencias y liquidaciones respectivas, vigilará que tales pronunciamientos se ejecuten de manera efectiva.

2.- Responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos.

El concepto de Responsabilidad en Derecho Administrativo es que *el* Estado a través de sus dignatarios, autoridades, funcionarios o servidores públicos y terceros, se

haga cargo de los efectos jurídicos que emanaron de sus actos u omisiones culposas o intencionales.

“...La responsabilidad Administrativa.- Consiste en la inobservancia de las disposiciones legales y reglamentarias referente a actos y contratos administrativos por parte de los servidores públicos y en el incumplimiento de sus funciones o cargos. Es decir, se trata de casos de indisciplina que se aplica en servidores públicos y por excepción en terceros.”¹⁰² Este tipo de responsabilidad se le puede imponer al servidor, sin perjuicio de que exista también la responsabilidad civil o penal que pueda originar el incumplimiento de los deberes u atribuciones que el servidor o funcionario público comete en razón de sus funciones, y se la aplica cuando con su conducta contraviene las obligaciones y deberes previstos en la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP) y su respectivo Reglamento, es así que el fundamento jurídico para establecer la responsabilidad Administrativa de un servidor público se encuentra específicamente en Título III referente al Régimen Interno de Administración de Talento Humano, en su Capítulo I, de los Deberes, Derechos y Prohibiciones, Art. 22 y 24 de la LOSEP.

El Art. 41 de la LOSEP señala Responsabilidad administrativa.- La servidora o servidor público que incumpliere sus obligaciones o contraviniera las disposiciones de esta Ley, sus reglamentos, así como las leyes y normativa conexas, incurrirá en responsabilidad administrativa que será sancionada disciplinariamente, sin perjuicio de la acción civil o penal que pudiere originar el mismo hecho.

La sanción administrativa se aplicará conforme a las garantías básicas del derecho a la defensa y el debido proceso, ya que la imposición de la sanción

¹⁰² Dra- RIVAS CASERETTO, María, La Responsabilidad de Servidores Públicos y de Terceros Derecho Administrativo, Quito-Ecuador, Pag.5

administrativa no es una facultad discrecional de la autoridad sancionadora, sino que corresponde propiamente a la actividad jurídica de normas que exigen como presupuesto objetivo el encuadre de la falta administrativa incriminada en el tipo predeterminado legalmente.

Es por ello que cuando un servidor público incurre en el incumplimiento de sus deberes y comete las prohibiciones de Ley, recae en él la responsabilidad administrativa cuya sanción será conforme a la gravedad de la falta. No obstante esta declaración, existe un caso en que no es posible establecer responsabilidad por el ejercicio de funciones públicas. Es el caso de los Asambleístas. Que en el Art. 128 de la Constitución Política de la República, establece al respecto: **Art. 128.-** Las Asambleístas y los Asambleístas gozarán de fuero de Corte Nacional de Justicia durante el ejercicio de sus funciones; no serán civil ni penalmente responsables por las opiniones que emitan, ni por las decisiones o actos que realicen en el ejercicio de sus funciones, dentro y fuera de la Asamblea Nacional.”

En lo que respecta a la Administración Pública, el Estado es responsable ante sus habitantes (los administrados) por los actos y contratos que realicen y celebren sus autoridades, servidores públicos en general y por sus contratistas. Por ello debe indemnizar a sus administrados en caso de irrogación de perjuicios por haber prestado servicios públicos deficientes y por los demás actos de la Administración Pública, así lo enuncia el artículo 11 numeral 9 de la Constitución Política del Ecuador que manifiesta “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos..” y los artículos 1, 2 y 4 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Esta obligación Estatal tuvo su nacimiento en la Revolución Francesa, cuando el concepto de soberanía se transfirió del Rey absolutista al pueblo. Desde entonces, nada excusa al Estado de su responsabilidad directa frente a sus contribuyentes y ciudadanos en general.

Por su parte, los servidores públicos tienen la obligación de servir a los administrados cumpliendo ciertas cualidades que deben constituir en ellos un emblema de su cargo: capacidad, honestidad y eficiencia, conforme el artículo 227 de nuestra Constitución Política. “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. De estas cualidades las que más exige el ciudadano a su favor es la honestidad y la eficiencia del servidor público a fin de que se cumpla el deber del Estado: el bien común. Es decir que la responsabilidad administrativa constituye una norma constitucional, y se encuentra establecida en el artículo 233 de la Constitución Política de la República, que establece que “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus

funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.”

En lo referente a la Responsabilidad Administrativa Culposa, *la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado* en su artículo 45, contempla que la responsabilidad de las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado, se establecerá en base del análisis documentado que se presente por el incumplimiento de sus deberes y obligaciones, en razón de su cargo, así como de las estipulaciones contractuales que por acción u omisión incurran al margen de la Ley.

3.- Las Sanciones Administrativas de los Servidores Públicos.

3.1.- Las Sanciones Administrativas

“La sanción disciplinaria administrativa es una expresión de las potestades que le corresponden a la administración pública, que se expresan en actos administrativos, es decir que esta sanción es una consecuencia de la potestad represiva que tiene todo estado”¹⁰³

La facultad sancionadora es una manifestación derivada de la potestad jurídica para mantener los valores, la seguridad y la paz, estableciéndose que la seguridad de la norma se encuentra en el cumplimiento de la misma, el orden que esta asegura se

¹⁰³ DIEZ, Manuel María, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires Argentina, año 1997, Pag. 126

encuentra en la sanción que impone ante su infractor, y la paz en la exclusión de las perturbaciones.

En la Administración la actividad sancionadora es consecuencia de la potestad jurídica y en especial de su carácter específico, pues quién tiene poder para reglar la conducta de terceros o de sus empleados, debe tener lógicamente poder para sancionar las infracciones que cometan los servidores o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

3.2.- Las Sanciones Disciplinarias.

La finalidad o propósito primordial que todo servidor público debe tener siempre presente, es el de cumplir con lo que establece la norma legal como es la LOSEP y su Reglamento, sobre todo en la referente a sus deberes y prohibiciones ya que su infracción acarrearía una responsabilidad que puede ser Administrativa, civil o penal. “Cuando la violación del deber del funcionario público solamente alcanza al aparato administrativo, al orden, a la competencia se dice que el funcionario a incurrido en responsabilidad disciplinaria.”¹⁰⁴ Es decir que el servidor público que incumpliera sus obligaciones o contraviniera las disposiciones de la Ley y sus reglamentos, incurrirá en responsabilidad Administrativa que será sancionada disciplinariamente.

El Art. 80 y siguientes del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público que tiene relación con el Art. 43 de la Ley Orgánica de Servicio Público señala

¹⁰⁴ Dr. LOPEZ JACOME, Nelson, La responsabilidad Administrativa, penal y civil de los Servidores Públicos, Tercera Edición, Quito-Ecuador, Pag. 44

que las sanciones disciplinarias administrativas por su orden de gravedad son las siguientes:

1. **Amonestación Verbal.-** es aquella que se la aplica con el cometimiento de faltas leves, que son aquellas acciones u omisiones realizadas por error, descuido o desconocimiento menor sin intención de causar daño y que no perjudican el normal desarrollo y desenvolvimiento del servicio público, que están determinadas en el Art. 43 de la LOSEP y según lo determine el reglamento Institucional de personal.

Las amonestaciones verbales al servidor público cuando desacate sus deberes, obligaciones y las disposiciones de las autoridades institucionales. Esta sanción disciplinaria será impuesta por la UATH (Unidad Administrativa de Talento Humano), como establece el Art. 80 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público, previa petición motivada del jefe inmediato, con las indicaciones de las normas presuntamente infringidas por el servidor y la valoración de las pruebas de descargo.

2. **Amonestación escrita.-** es aquella que se le impondrá al servidor público, cuando durante un mismo mes calendario haya sido sancionado con 2 o más amonestaciones verbales, será sancionado por escrito por el cometimiento de faltas leves.
3. **La Sanción Pecuniaria Administrativa (Multa).-** es aquella que se la impone a un servidor Público que reincida en el cometimiento de faltas que hayan provocado amonestación escrita por 2 ocasiones dentro de un

año calendario. La sanción pecuniaria Administrativa no excederá del diez por ciento de la remuneración mensual unificada.

- 4. Suspensión Temporal sin goce de remuneración.-** Es aquella que se le impone al servidor por incumplir con los deberes determinados en el Art. 22 o que incurriere en las prohibiciones señaladas en el art. 24 de la LOSEP, siempre y cuando el incumplimiento de tales deberes o prohibiciones no sea causal de destitución.

Esta sanción disciplinaria no podrá exceder de 30 días y será impuesta únicamente por la autoridad nominadora previo un sumario administrativo; en este lapso el servidor no podrá laborar en la institución, de obligarlo a ello se estaría violando una garantía constitucional ya que ninguna persona podrá ser obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso

- 5. La Destitución.-** constituye la máxima sanción administrativa dentro del sector público y será impuesta únicamente por la autoridad nominadora, con posterioridad al sumario administrativo respectivo y fundado en las causales señaladas en el Art. 48 (causales de destitución) de la LOSEP y el ordenamiento jurídico vigente.

Cuando exista reincidencia en una falta que haya merecido suspensión temporal sin goce de remuneración, dentro del período de un año consecutivo, ese servidor será sancionado con la destitución previa la realización del sumario administrativo.

3.3.- La Potestad Administrativa

Son los atributos de los entes u organismos que ejercen funciones administrativas, necesarias para desarrollar tales actividades y lograr los fines de interés público, es así que las potestades administrativas integran el concepto de las competencias; dentro de las cuales encontramos:

1.- Potestad Sancionadora.- consiste en la atribución de imponer sanciones por acciones u omisiones antijurídicas que doctrinariamente se subdividen en:

a) Potestad Sancionadora Correctiva.- Tiene por objeto sancionar las infracciones a las normas administrativas y comprende a todos los individuos, sean o no sean empleados públicos. Ejm. sancionar a un individuo con una multa por el incumplimiento de una Ordenanza de construcciones.

b) Potestad Administrativa Disciplinaria.-Son las sanciones a los empleados públicos por acciones u omisiones en el ejercicio de sus deberes.

3.4.- Derecho Disciplinario

En el Derecho Disciplinario la autoridad es inseparable a la disciplina, es por ello que el derecho natural nos dice que no hay disciplina sin autoridad, sometándose

el derecho disciplinario a la Ley, bajo el principio de Reserva de Ley, la misma que establece que se requerirá de la expedición de una ley para tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes, dejando un estrecho margen a la discrecionalidad de la autoridad. “...El procedimiento y la sanción debe ejecutarse por un ente con atribuciones jurisdiccionales, para concretar el ideal del estado de derecho, que implica que todas las manifestaciones de la vida, de relación están sometidas a una norma jurídica como garantía cierta”.¹⁰⁵

La aplicación de la sanción disciplinaria, como en todo proceso debe obedecer a criterios científicos y no ha supuestos estimativos, sino a pruebas legalmente producidas logrando establecer garantías procesales para hacer efectivo el principio general de la presunción de inocencia y el debido proceso y estudiar cuidadosamente la responsabilidad del funcionario o empleado acusado de una falta disciplinaria.

El ejercicio del régimen disciplinario debe de constituirse en los siguientes principios:

- a) ***El Principio de legalidad o Reserva de la Ley.***- garantiza al servidor o funcionario público que debe responder por faltas o prohibiciones consagradas expresamente en la Ley.
- b) ***El principio de tipicidad de la falta.***- A ningún servidor público se le puede iniciar una investigación disciplinaria por un hecho que no esté tipificado en la Ley.
- c) ***El principio de Culpabilidad.***- El principio de culpabilidad, como garantía individual, se halla dentro del conjunto de postulados esenciales a todo Estado

¹⁰⁵ Dr. LOPEZ JACOME, Nelson, La responsabilidad Administrativa, penal y civil de los Servidores Públicos, Tercera Edición, Quito-Ecuador, Pág. 51

Constitucional de Derecho, que operan como límites de la potestad punitiva y se traducen en condiciones necesarias tanto para la atribución penal, como para imposición de la pena, esto quiere decir que la sanción disciplinaria que se pueda emplear en contra de un servidor público, la Institución que emana la Resolución deberá estudiar y configurar si la infracción ha sido cometido culposa o dolosamente.

- d) El Principio del Debido Proceso.-* Toda sanción que se imponga a un funcionario o servidor público debe ir precedida y actuada en un proceso regular, de acuerdo con las normas que regulan las respectivas faltas.
- e) El Principio del derecho a la defensa.-* En toda investigación disciplinaria el servidor público tendrá derecho a conocer el informe y las faltas que se imputan, a ser oído en audiencia pública a efectos de descargo, a que se le practiquen las pruebas que solicite, siempre que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, a ser representado por un Abogado, conforme lo garantiza el Art. 76 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador.

4.- La Responsabilidad Civil de los Servidores Públicos.

Es aquella que se da cuando por acción u omisión, un funcionario o servidor público ha perjudicado económicamente a la institución donde sirve, ya sea manejando los recursos financieros o en *el* proceso de contratación o de ejecución de obra pública. Esta responsabilidad está definida en el 52 de la LOCGE: "...una *acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero... de un acto administrativo sin tomar aquellas cautelas, precautelas o precauciones necesarias*

para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos."¹⁰⁶

La Responsabilidad Civil proviene de una mala conducta por parte del servidor público que obtiene un lucro indebido en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, un daño o perjuicio a los intereses económicos del Estado o de cualquier otra institución pública o privada que tenga un paquete accionario de más de un 50% de las acciones estatales, en este caso, está obligado a responder por el acto u omisión que cometió con los bienes de su propiedad, o de terceros, suficientes para cubrir los beneficios adquiridos por estos conceptos.

“El origen de la responsabilidad civil del servidor público, está en el enriquecimiento ilícito (lucro indebido), los daños y perjuicios ocasionados al Estado; daños y perjuicios a terceros, esta última modalidad da lugar, a su vez, a la responsabilidad civil solidaria o subsidiaria del Estado”¹⁰⁷.

Son sujetos de responsabilidad civil, todos aquellos servidores públicos, particularmente quienes manejan recursos o fondos públicos, ya sea que desempeñen un cargo con nombramiento, a contrato o en comisión de servicios en la administración pública. Es menester acotar que en esta responsabilidad también pueden incurrir terceros sujetos al derecho privado, quienes son los contratistas constructores o que

¹⁰⁶ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

¹⁰⁷ PAREDES ESCOBAR Cesar Bayardo, El delito de Peculado en el Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, año 2007-2009, Pág. 21

prestan un servicio y entre éstos últimos los fiscalizadores contratados. Todos ellos, de alguna forma están vinculados con el sector público, como podría ser mediante un contrato de obra o de prestación de servicios.

La responsabilidad civil del servidor público no se constriñe con sus actos como particular, sino a aquellos actos que realizan en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, o con motivo de ellos, lo realiza dolosa o culposamente causando algún daño a los bienes del Estado o a los particulares, con la obligación que éste tiene que repararlos o indemnizarlos ya sea mediante una sanción económica o pecuniaria de conformidad con las leyes aplicables para cada caso, es decir que los culpables de responsabilidad tendrán en su contra títulos de crédito a favor del Estado o de la institución perjudicada los que se cobrarán mediante coactiva ejercida ya sea por la entidad o por la Contraloría General del Estado y 57 de la LOCGE).

Las Responsabilidades Civiles se extinguen: por el pago, por el reintegro del bien motivo de la responsabilidad, previa la aceptación de autoridad competente, que en este caso, serán las Autoridades de la Contraloría General del Estado, por sentencia de Autoridad competente que deja sin efecto la responsabilidad constituida, por pago supletorio del Fondo para indemnizaciones del Erario Nacional, por prescripción delirada por autoridad competente; y por resolución favorable de la Contraloría General del Estado.

La Responsabilidad Civil Culposa.- El artículo 52 de la *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, determina que la responsabilidad civil culposa, nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, precauteladas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos.

La responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado, calculado a la fecha en que éste se produjo, que nace sin convención, proveniente de un acto o hecho culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin intención de dañar, que se regula por las normas del cuasidelito del Código Civil, que en sus Arts. 2214 señala "...El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito."

Art. 2220.- Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado".

Cabe señalar que en la instancia administrativa o judicial, debe probarse por quien afirma la culpa en la emisión o perfeccionamiento del acto o hecho administrativo, que los mismos fueron producto de acciones que denoten impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, in preparación o negligencia.

La responsabilidad civil culposa y las ordenes de reintegro se determinará en forma privativa por la Contraloría General del Estado, cuando por los resultados de la auditoria gubernamental, se hubiere determinado que se ha causado el perjuicio económico al Estado o a sus instituciones, como consecuencia de la acción u omisión culposa de los servidores públicos, o de las personas naturales o jurídicas de derecho privado que tengan recursos públicos en más del cincuenta por ciento. (Art. 53 *Ley Orgánica de la de la Contraloría*)

Finalmente, cuando del examen especial que se realice, aparezca la responsabilidad civil culposa de un tercero, esto es de una persona natural o jurídica privada, que, por su acción u omisión ocasionare perjuicio económico al Estado o a sus instituciones, como consecuencia de su vinculación con los actos administrativos de los servidores públicos, en estos casos también se establecerán las respetivas sanciones para aquellos implicados en estas irregularidades.

En conclusión podemos decir que los elementos Jurídicos para que se configure la Responsabilidad Civil son dos: 1) La culpa o el dolo que pueden ser por acción u omisión y 2) El Daño causado al usuario por parte del funcionario o servidor público, por la inobservancia o incumplimiento de las normas legales en la ejecución de sus funciones.

4.2.- Clasificación de las Responsabilidades Civiles

La responsabilidad Civil puede ser de dos clases: interna y externa.

Para que surja la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados interna o externamente, es indispensable que quién la reclama haya sido lesionado en sus derechos patrimoniales.

4.2.1.-Responsabilidades Internas.- Es interna cuando por resultados de la auditoria gubernamental se ha determinado que los servidores del sector público, o las personas naturales o jurídicas de derecho privado por acción u omisión, han causado perjuicio económico al Estado y es establecida privativamente por la Contraloría General.

4.2.2.- Responsabilidades Externas.- Es aquella que se da cuando los servidores de la Administración pública causan daños y perjuicios contra el patrimonio de los administrados, que legalmente no están obligados a soportar. Es por ello que el Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en sus Arts. 130 de la responsabilidad patrimonial señala “..Los particulares exigirán directamente a la Administración Pública Central o Instituciones de la Función ejecutiva, ante el órgano de mayor jerarquía, las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio o por el funcionamiento de los servicios públicos...”

Art. 131.- “El daño alegado deberá ser real y determinado con relación a una persona o grupo de personas”.

Art. 132.- “..Serán indemnizables los daños causados a las personas cuando estas no tengan la obligación jurídica de soportarlo; y, la acción de cobro prescribirá en el plazo de tres años desde que el acto lesivo se produjo..”

5.- La Responsabilidad Penal de los Servidores Públicos.

La responsabilidad Penal están consideradas como las transgresiones de la ley por parte de los dignatarios, funcionarios, autoridades y empleados que dan origen a las responsabilidades penal, esta afectará la disciplina del servicio publico, el orden público y el ambiente social. Incurren en responsabilidad penal los funcionarios que en ejercicio de su cargo realizan actos u omisiones que constituyen delito previsto y penado por las leyes penales

El Derecho Penal se encarga de la potestad pública de sancionar y aplicar medidas de seguridad a los autores de las infracciones punibles. Esa potestad supone, la de regular las condiciones de la sanción o de la aplicación de las medidas aseguradoras como complemento o en sustitución de la pena, esta regulación corresponde al derecho penal sustantivo o derecho penal propiamente dicho.

La responsabilidad penal es la que se imputa al culpable de un acto contrario a la ley, realizado con dolo, entraña la aplicación de sanciones públicas, penas o medidas de seguridad. El Código Penal prevé, califica y castiga los hechos delictuosos

imputables a los servidores públicos, sea por su participación activa en los mismos o por la mera pasividad ante el deber de intervenir, cuyas sanciones afectan a los derechos personales, en primer término el de la libertad.

El Dr. Jaramillo en su libro, *La Responsabilidad Administrativa y Penal* manifiesta: “cuando la acción u omisión del servidor público configura la tipificación de un delito, son, sin duda, las más graves, por cuanto lesionan el bien social, tipifican una conducta antisocial y repercuten en el orden público, solo los jueces están en la capacidad constitucional y legal de establecer definitivamente la responsabilidad penal en contra de éstos ciudadanos que han cometido esta clase de ilícitos.”¹⁰⁸

Los siguientes delitos se encuentran tipificados en la administración pública: El peculado, la malversación de fondos públicos, el cohecho, la concusión, le Corresponde a la Contraloría General del Estado, de conformidad con lo que establece el artículo 212 de la *Constitución de la Republica*, la potestad exclusiva de determinar responsabilidades administrativas, civiles y culposas, pero en cuanto a las responsabilidades penales solo está facultada para determinar indicios de las mismas.

La Contraloría, es la Institución encargada del seguimiento permanente y oportuno del control de los bienes públicos, cuando por sus actas con los resultados de las auditorias o exámenes especiales practicados se han establecido los indicios de

¹⁰⁸ JARAMILLO Hernán, *Responsabilidad Administrativa y Penal*, Loja Ecuador, 1999

responsabilidad penal, de ser el caso al amparo de lo que disponen los artículos 257 del *Código Penal* los agregados a continuación relacionados con el enriquecimiento ilícito, los citados delitos.

Los indicios de responsabilidad penal evidenciados por la auditoría interna, corresponderá al jefe auditor, comunicar inmediatamente del particular a la Contraloría General del Estado para que inicie las acciones legales que sean del caso. Los resultados de la auditoría gubernamental, los auditores evidenciaren indicios de responsabilidad penal respecto de los delitos contra la administración pública y otros que afecten a los intereses del Estado, de sus instituciones, tales resultados se presentarán a la Fiscalía para que inicie la acción penal correspondiente, de conformidad con lo que dispone el artículo 65 de la *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*.

Por último, el Art. 233 inciso primero de la *Constitución de la República del Ecuador*, manifiesta que ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo, administración de fondos, bienes y recursos públicos.

CAPITULO V

LA ESTABILIDAD LABORAL DEL SERVIDOR PUBLICO QUE SE ENCUENTRA BAJO LA MODALIDAD DE CONTRATO DE SERVICIOS OCASIONALES

El Derecho Laboral como parte del Derecho Social, tiene una misión fundamental: cuál es la de defender los derechos y garantías a favor de una inmensa parte de la colectividad, así como regular las relaciones de una actividad con la que el hombre pueda abastecerse de recursos económicos para su subsistencia.

Previo a incursionar en el tema, es necesario realizar un análisis de forma general de lo que es un Contrato El artículo 1481 de nuestro Código Civil, establece que contrato es el convenio por el cual, una parte se obliga para con otra, a dar, hacer o no hacer algo. Partimos de este concepto, para manifestar que el contrato de manera general, regula las relaciones jurídicas existentes entre dos o más personas, las mismas que según su libre voluntad, han convenido en obligarse a determinadas situaciones, fuentes de efectos jurídicos. Entonces, es un acuerdo entre dos o más personas teniendo en cuenta la obligatoriedad en su cumplimiento.

En definitiva, es un acuerdo de voluntades y en este sentido cabe el concepto de lo que debe entenderse por contrato, haciendo abstracción del significado usual en el Derecho civil o lo que se puede entender en el derecho laboral; lo común a todos los

contratos es el acuerdo de voluntades que comprometen a las personas, además de que obliga cuando ésta se hace exigible por la responsabilidad que conlleva el compromiso.

En este orden de cosas, la actividad laboral no podía ser la excepción en lo que a protección legal se refiere, debía existir algo que regule las relaciones laborales, por lo que se estableció el contrato de trabajo; el mismo que por el mismo de ser una institución jurídica propia del Derecho Social, difiere sustancialmente de la generalidad de contratos; pues tal rama del Derecho, tiene como misión fundamental, el amparo y protección legal de la parte débil de la relación jurídica, en este caso, el trabajador en el ámbito privado o servidor público en el sector público.

En el área laboral, consideramos que la relación laboral se origina y se rige por un negocio jurídico, cuando en definitiva, surge por el hecho objetivo de la realización del trabajo ajeno y dependiente, cumplido por el beneficio de la retribución económica caracterizando a este contrato el vínculo de dependencia que existe entre el que desempeña el trabajo y aquel que lo ha ordenado, siendo principalmente tal vínculo de dependencia o subordinación, jurídico económica, lo que le diferencia de los contratos del Derecho Común.

En las últimas décadas se ha evidenciado una evolución del derecho y las Leyes Laborales de protección al Trabajador, en su realidad social y económica, lo que ha obligado a los Estados a formular un ordenamiento que garantice uno de los principios que fundamentan el Derecho del Trabajo que se refiere a la relación de trabajo y su

categorización, y que se lo conoce como el principio de la Primacía de la Realidad, que no es otra que la **ESTABILIDAD LABORAL** con la que cuenta el trabajador desde el momento que se encuentra bajo relación de dependencia, prestando ser servicios ya sea para la empresa privada o para la Administración pública.

El principio de estabilidad laboral es una garantía moderna en beneficio del trabajador que, según lo Manifiesta el tratadista Mario De la Cueva “...es una creación de la Asamblea Constituyente Mexicana de 1917, sin ningún precedente en otras legislaciones, ni siquiera en la doctrina de algún escritor o jurista. Nació en Querétano (México), sin que pueda decirse quien fue el autor.”¹⁰⁹, es así que en nuestra legislación también se señala el principio de la estabilidad laboral, que es Uno de los anhelos más arraigados de la clase trabajador, tanto pública como privada ya que con ello se lograría un equilibrio social – laboral.

Dentro del derecho laboral se distinguen dos clases de estabilidad laboral:

- Estabilidad Absoluta
- Estabilidad Relativa

ESTABILIDAD ABSOLUTA.- Este tipo de estabilidad propugna la firmeza de lo indisoluble del vínculo laboral, pero aquí prevalecerá las condiciones de producción y prestación de servicio que dieron nacimiento al vínculo contractual.

¹⁰⁹ “El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Editorial Porrúa S. A., México, 1974. Pág. 216.

ESTABILIDAD RELATIVA.- En esta clase de estabilidad, admite la terminación del vínculo laboral por causa de la voluntad unilateral del empleador, aunque este no tenga las suficientes causas que pueda justificar este hecho. La legislación laboral ecuatoriana se mantiene dentro del canon de la estabilidad relativa y de su principio rector que confiere al empleador la amplia facultad para dar por terminado el vínculo laboral, con el pago de una indemnización. Es así que dentro de este lineamiento la legislación ecuatoriana trata de garantizar la vida del contrato mediante el dictado de varias disposiciones que regulan la estabilidad de los trabajadores, ya en forma genérica o, específicamente para determinadas circunstancias.

En Derecho, todo aquello que tiene vida jurídica, en algún momento deja de tenerlo, deja de surtir efectos legales. En el ámbito laboral, sea pública o privada la terminación del contrato, implica la cesación de los derechos y obligaciones existentes entre el trabajador y su empleador; por existir algún mecanismo legal o de hecho o por acuerdo entre ellos. En la terminación de la relación laboral en el sector Público desafortunadamente puede darse en cualquier momento, puesto que la Administración Pública al tener la facultad de dar por terminado unilateralmente el contrato de servicios ocasionales con su trabajador, conforme lo establece la LOSEP, está frente a una clara oposición de lo que expresa el artículo 1561 del Código Civil, que define al contrato como ley para las partes.

En nuestro país, el Derecho Laboral al hablar de la Contratación Laboral en forma general, protege al trabajador durante el primer año de servicios mediante la estabilidad en el empleo. Sin embargo más adelante al regular las distintas modalidades

y formas de contratación especiales, no sigue con la misma protección; pues según el texto de la ley, de acuerdo a la “naturaleza” de la contratación o modalidad especial, no se asegura la estabilidad laboral; por lo que la terminación del contrato de trabajo es algo común y frecuente en estas modalidades.

La Terminación de la relación laboral, trae consigo diversas consecuencias, especialmente de tipo jurídico y social. Las consecuencias jurídicas de la terminación del contrato individual de trabajo, se expresa en la cesación de las obligaciones recíprocas adquiridas según el contrato de trabajo y en determinados casos, advienen también obligaciones de tipo económico, especialmente en el pago de indemnizaciones, según sea la forma que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo.

La consecuencia social de la terminación del contrato de trabajo, es el incremento de la desocupación y la subocupación; pues una vez cesada la relación laboral, el trabajador queda en el desempleo, o se dedica a actividades informales, a pesar de que nuestra Constitución propugna la estabilidad de todo trabajador en la práctica esto no ocurre, evidenciándose una vez más de que en el Ecuador no se cuenta con verdaderas normas jurídicas laborales que garanticen al trabajador ecuatoriano permanencia y estabilidad en la actividad laboral por la que fue contratado.

Es importante que la Constitución de la República y la normativa Jurídica en materia laboral, centren sus objetivos garantizar principalmente la estabilidad de trabajador sea cual sea la modalidad en la que fue contratado, ya que este es el

engranaje que mueve al motor (empresa o Institución Estatal) que da origen al desarrollo y progreso del país

1.- Contrato De Servicios Ocasionales en el Sector Público

En la esfera de la administración Pública, la estabilidad laboral también es uno de los anhelos de todo servidor público sobre todo de aquellos que se encuentran bajo la modalidad de Servicios Ocasionales, donde el Estado funciona como sujeto empleador de la relación laboral.

El Contrato por servicios ocasionales, de acuerdo a lo que señala el Art. 58 de la *LOSEP*, son aquellos contratos que son “.....autorizados por la autoridad nominadora, para satisfacer necesidades institucionales, previo el informe de la unidad de administración del talento humano, siempre que exista la partida presupuestaria y disponibilidad de los recursos económicos para este fin.”

Art. 5 inciso segundo del Reglamento General de la LOSEP establece: “....Los contratos de servicios ocasionales por su naturaleza, no se encuentran sujetos a concursos de méritos y oposición, por cuanto no ingresan a la carrera del servicio público.”

Art. 143 del Reglamento general de la LOSEP.- “De los contratos de servicios ocasionales.- La autoridad nominadora, podrá suscribir contratos para la prestación de servicios ocasionales, previo informe favorable de la UATH. El informe justificará la necesidad de trabajo ocasional, certificará el cumplimiento de los requisitos

previstos en la LOSEP y este Reglamento General para el ingreso ocasional al servicio público por parte de la persona a ser contratada; para el efecto se contará con la certificación de que existen los recursos económicos disponibles en la correspondiente partida presupuestaria y se observará que la contratación no implique aumento en la masa salarial aprobada; en caso de que esta contratación implique aumento de la masa salarial aprobada, deberá obtenerse en forma previa las respectivas autorizaciones favorables.”

La contratación de personal ocasional no podrá sobrepasar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad contratante; en caso de que se superare dicho porcentaje deberá contarse con la autorización previa del Ministerio de Relaciones Laborales, ***estos contratos no podrán exceder de doce meses de duración o hasta que culmine el tiempo restante del ejercicio fiscal en curso***, en caso de necesidad institucional se podrá renovar por única vez el contrato de servicios ocasionales hasta por doce meses adicionales. Se exceptúa de este porcentaje a aquellas instituciones u organismos de reciente creación que deban incorporar personal bajo esta modalidad, hasta que se realicen los correspondientes concursos de selección de méritos y oposición y en el caso de puestos que correspondan a proyectos de inversión o comprendidos en la escala del nivel jerárquico superior. ***“Por su naturaleza, este tipo de contratos no generan estabilidad***, no son sujetos de indemnización por supresión de puestos o partidas, incentivos para la jubilación, planes de retiro voluntario con indemnización, compras de renuncias, compensaciones por renuncia voluntaria, licencias sin remuneración y comisiones de servicio con remuneración para estudios regulares de postgrado, no ingresarán a la carrera del servicio público mientras dure la relación contractual; sin embargo, las personas contratadas deberán cumplir con todos

los requisitos y el perfil del puesto exigido en los manuales institucionales y en el Manual Genérico de Puestos”. Art. 143 inciso 6 del Reglamento General LOSEP.

La administración pública ha adoptado como práctica común, la sucesiva renovación de contratos de servicios ocasionales, muchas veces sin que la necesidad institucional se encuentre determinada técnicamente, desconociendo sus limitaciones normativas, Desafortunadamente para el servidor público contratado mediante esta modalidad, este tipo de contratos, por su naturaleza, de ninguna manera representará estabilidad laboral en el mismo, ni derecho adquirido para la emisión de un nombramiento permanente, pudiendo darse por terminado en cualquier momento, lo que no ocurre con servidores públicos de carrera quienes poseen una estabilidad laboral y muchos privilegios que tácitamente ya se encuentran consagradas en la constitución, en la ley LOSEP y su Reglamento General al señalar en su texto que solo para los servidores públicos que hayan ganado un concurso de méritos y posición tendrá estabilidad y todos los beneficios que conlleva ser un servidor públicos.

El Art. 227 señala que *“La administración pública constituye un Servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”*

El Art. 228 incorpora la siguiente regla: *“El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y*

oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción.”

Por su parte el Art. 229 dispone que *“La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, **estabilidad**, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.”* Es decir que la Constitución remite a la ley LOSEP y su Reglamento General la regulación de la estabilidad de los servidores públicos; ya que no existe un explícito reconocimiento constitucional como derecho a la estabilidad de los servidores públicos; es la ley la que la reconoce mediante la carrera administrativa a quienes hubieren sido seleccionados por el sistema de méritos, lo cual constituye una regla elevada a la categoría constitucional, tanto es así que ordena la destitución de la autoridad nominadora que la quebrante.

Con la nueva ley LOSEP que entro en vigencia mediante el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 294 Año, de fecha Miércoles 6 de Octubre del 2010, ya existe un tácito perjuicio en contra de los servidores públicos, quienes venían trabajando bajo la modalidad de contratos por servicios ocasionales por uno o dos años, ya que en la Ley sólo se extenderá un contrato estable de trabajo a aquellos que hayan estado en el mismo por cuatro años consecutivos, luego de que participen en un concurso de méritos y oposición; es decir, el resto simplemente cumplido su contrato serán despedidos. No existe una garantía Constitucional ni laboral en el Sector Público con la nueva Ley LOSEP.

En conclusión, para ingresar al servicio público, acceder a la carrera administrativa y a la estabilidad laboral es indispensable haber ingresado previo concurso de méritos y oposición que asegure niveles de eficiencia en la administración pública; lo que es absurdo es que la propia ley LOSEP establece que Las servidoras o servidores públicos sujetos al contrato por servicios ocasionales ***no ingresarán a la carrera del servicio público, mientras dure su contrato.*** Es inverosímil e inadmisibles darse cuenta que en la realidad, el personal que presta sus servicios en cualquier Institución Estatal bajo la modalidad de Servicios Ocasionales no son considerados verdaderamente servidores públicos, sino solo en algunos aspectos como por ejemplo que sin son sujetos de cualquier tipo de responsabilidad Administrativa, civil o penal por la acción u omisión de sus actos en el desempeño de sus funciones, pero en otros aspectos no tienen la calidad de servidor público para obtener ciertos privilegios que si los tienen los servidores de carrera como la concesión de licencias y comisiones de servicios con o sin remuneración para estudios regulares o de posgrados dentro de la jornada de trabajo, la de prestar servicios en otra institución del Sector Público, entre otras cosas.

La renovación constante y las contrataciones masivas de personas bajo la modalidad de contratos ocasionales en el sector público, se ha incrementado notablemente en los últimos tiempos, y se debe a que con este tipo de contratación el Estado se auto garantiza, que no existirá responsabilidad alguna de este frente al trabajador cuando se de por terminado el contrato o se haya cumplido el tiempo por el cual fue contratada la persona, sabe de antemano que no podrá existir reclamo

LABORAL alguno ya que al suscribir el contrato de trabajo se determina claramente las circunstancias y condiciones bajo las cuales se rigen y a que deben atenerse las partes, evidenciándose que al final la parte perjudicada siempre será el trabajador, ya que tiene una relación de dependencia y derechos a todos los beneficios económicos pero no una estabilidad asegurada, puesto que este contrato puede terminar cuando el empleador así lo determine, incluso no es necesario que se cumpla con el tiempo establecido en el contrato, ya que si el empleador establece que se han satisfecho o solucionado las necesidades institucionales, por la cuales se requirió contratar a determinado personal, simplemente prescindirá así de fácil de la prestación de los servicios del personal contratado bajo servicios ocasionales.

Es imperativo preguntarse entonces si es legítimo y por tanto justo reconocer el derecho a la estabilidad en virtud de la sucesiva renovación de contratos de servicios ocasionales convertida en una práctica fraudulenta de la administración pública, para evitar la obligación constitucional de seleccionar mediante el sistema de mérito, y así evadir aunque parezca y suene irónico de forma legal la responsabilidad que como empleador (el Estado) debería tener frente al servidor público bajo la modalidad de servicios ocasionales (trabajador) al dar por terminado la relación laboral, lo que va en menoscabo y contradicción con los objetivos y fines generales que busca establecer el Derecho Laboral que no es otra cosa que garantizar los derechos de los trabajadores en generales sea cual fue la modalidad por la cual fueron contratados.

2.- La Acción de Protección en los Contratos de Servicios Ocasionales

Conforme al artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador

“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial...si la violación del derecho causa daño grave...”

En concordancia con lo cual, el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prevé los requisitos de procedencia que deben operar en forma unívoca, estos son: 1.- la violación de un derecho constitucional; 2.- la existencia de un acto u omisión violatorio de ese derecho; y, 3.- que no existan mecanismos de defensa judicial adecuados y eficaces para proteger el derecho violado. El artículo 42 expresamente dispone que no proceda la acción de protección cuando se desprenda que no exista la violación de un derecho constitucional; cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.

Conforme dispone el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial corresponde a los jueces que integran las salas de lo contencioso administrativo, la competencia para conocer y resolver las controversias entre la administración pública y los particulares **por violación de normas legales o de derechos individuales en actos administrativos** no tributarios; así como

“Conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones

*del Estado que conforman el sector público y que **afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales...***”

Según Luigi Ferrajoli, son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, reconocidos en el ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales; se entiende por derecho subjetivo: cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica como la libertad, el derecho a la vida, entre otros. Los derechos fundamentales son normas; nacen de la Constitución y por tanto son prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado, cuya violación es causa de invalidez de las leyes y las demás decisiones públicas cuya observancia es condición de legitimidad de los poderes públicos.

“El derecho a la estabilidad laboral es un derecho singular en el sentido lógico de que para ello existe un titular determinado con exclusión de los demás; está destinado a ser constituido, modificado o extinguido por actos jurídicos; son actuaciones singulares que nacen de contratos, de decisiones administrativas. Este derecho es predispuesto por normas; corresponden a la genérica prohibición de no lesión u obligación de deber, se trata por tanto de derechos personales”¹¹⁰.

Es por ello que me permito citar un caso práctico en el que evidentemente se lesionan derechos laborales de servidores públicos que están bajo el régimen de

¹¹⁰ TORRES AMLDONADO, Ángel, La acción de Protección en los Contratos por Servicios Ocasionalmente Sucesivamente Renovados, pág. 9

contratación ocasional, toda vez que la Autoridad Nominadora, sin observar los procedimientos internos y dejándole en la indefensión a la afectada le hace conocer mediante Acción de Personal No. SRH-12-00000523 de 06 de Octubre del 2010, que se da por finalizado el contrato de servicios ocasionales como servidora pública de apoyo 1, correspondiente a la Unidad Administrativa del Ministerio de Salud Pública.

Ante este hecho la afectada Wendy Pamela Santana Garzón, plantea Acción de Protección Constitucional signada con el No. 1546 de 16 de diciembre del 2010, en contra del Ministerio de Salud Pública y del señor General del Estado, representante judicial del Estado, solicitando sea reintegrada a su puesto de trabajo, fundamentando su petición en las disposiciones constitucionales de los artículos 86 y 88 en concordancia con los artículos 39, 40 y 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; demanda que se ha presentado con la documentación probatoria y que ha merecido por parte del juzgador, admitir la acción de protección mediante sentencia, resolución que se fundamenta en los artículos 33, 86 88 y 229 de la Carta Magna¹¹¹, en los Tratados Internacionales ratificados por el

¹¹¹ Constitución de la República del Ecuador, **Art. 33.-** *El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. 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 o aceptado.*

Art. 88 *ibidem*, “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

Art. 229 *ibidem*. - “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

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

Ecuador, leyes y más normas jurídicas, manifestando el juez que estas leyes “RECONOCEN LA EXISTENCIA DE RECURSOS SENCILLOS Y RÁPIDOS ANTE LOS JUECES Y TRIBUNALES COMPETENTES Y QUE PARA ELLO, “...ES INDISPENSABLE QUE EXISTA UN PROCEDIMIENTO CAUTELAR EXPEDITO Y EFICAZ QUE FACULTE A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES PARA DICTAR MEDIDAS URGENTES EN AQUELLOS CASOS QUE SE AMENACE DE MODO INMINENTE Y GRAVE UN DERECHO. Y DE ESTA MANERA BRINDE PROTECCIÓN OPORTUNA Y SE EVITE DAÑOS IRREVERSIBLES”.

Por las consideraciones expuestas en la parte resolutive de la sentencia admite la acción de protección propuesta por la accionante dejando sin efecto el acto administrativo constante en la mencionada Acción de Personal, ordenando a la Autoridad reintegre inmediatamente a la actora a las funciones que venía desempeñando en esa Cartera de Estado.

En tal virtud, queda demostrado que la disposición de los incisos sexto y noveno del artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público de manera clara y evidente atentan contra la estabilidad laboral y el derecho a un trabajo continuo dentro del sector público, con fundamento a las normas constitucionales invocadas a lo largo de todo este trabajo.

De lo expuesto y manifestado anteriormente queda demostrado que la única forma de poder acceder a una estabilidad laboral en el sector público, bajo la modalidad de contrato de servicios ocasionales, cuando estos han sido renovados continuamente con la misma entidad estatal es a través de una Acción de protección, evidenciándose que el núcleo esencial de la acción de protección es el reconocimiento del derecho a la estabilidad laboral dentro de la Administración Pública.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

CONCLUSIONES

- El Estado es un ente conformado o cuyos elementos fundamentales que son: territorio, soberanía, habitantes y organización política. Para su mantenimiento debe contar con los recursos que constituyen sus dones sustentadores de su economía.

- El manejo de los recursos estatales les corresponde a los administradores públicos (Servidores Públicos) quienes deben direccionarle de la manera más optima, con el fin de generar utilidad para el Estado, planificando su destino y controlando su aplicación.

- La estabilidad que es el núcleo esencial de la acción de protección en los casos de contratos de servicios ocasionales sucesivamente renovados, se encuentran explícitamente reconocidos en la Constitución como el derecho a la estabilidad laboral de todas las personas, al manifestar que los derechos del trabajador y del servidor son intangibles e irrenunciables, por lo tanto la Ley Orgánica de Servicio Público debería hacer extensivo este derecho constitucional, para que determinado servidor, en base a su experiencia, conocimiento y evaluación, consiga dentro de la Administración donde presta sus servicios, su estabilidad al trabajo, una vez superado los 12 meses del contrato, con el fin que pueda acceder a un nombramiento definitivo, en el que además se vería beneficiada la

Administración puesto que, se evitarían conflictos legales internos o demandas judiciales que en definitiva causan gastos innecesarios que afectan el erario nacional.

- Si en el Ecuador existiera una correcta aplicación de las leyes relativas a las responsabilidades de servidores públicos en nuestro país, no hubiera lugar a corrupción, o por lo menos, su índice no sería tan elevado como lo es hoy en día.
- Los actos administrativos emanados de las autoridades públicas que dan por terminado los contratos de servicios ocasionales, pese a la sucesiva renovación de los mismos, deben ser impugnados inobjetablemente ante los Jueces Constitucionales o los Tribunales de lo Contencioso Administrativo correspondientes, por ser éstas las vías expeditas y por ser actos que conllevan pura legalidad.

RECOMENDACIONES

1.- Los servicios públicos mejorarán cuando el servidor público mejore, entregue todos sus conocimientos, su experiencia, su honradez, su capacidad en beneficio de la colectividad, es decir se debe contar con funcionarios públicos honestos, debidamente calificados, con un gran sentido de cooperación, al margen de cualquier bandera política a la que pertenezca, debidamente remunerados.

2.- Es necesario contar con un sistema educativo que propugne desde los Colegios hasta los Centros de Educación Superior valores morales, éticos, los cuales tengan como principio fundamental el combate a la corrupción en todas sus formas, para contar en el futuro con un servidor público o servidora pública que conozca a profundidad su rol en beneficio de la sociedad.

3.- Existen normas y practicas obsoletas que no permiten un control adecuado de los recursos del Estado, razón por la cual es necesario contar con un marco jurídico apropiado, con procesos adecuados acordes con el avance tecnológico que permita monitorear a los funcionarios públicos que tengan a su cargo o se encuentren en custodia, de los recursos y bienes del Estado.

4.- Además la Administración Pública debe incentivar a sus servidores con la mencionada estabilidad de trabajo que contempla la Constitución de la República del Ecuador, a aquellos servidores que realizan de manera eficiente, transparente y eficaz su trabajo, para que en razón de su tiempo, capacidad, experiencia, y evaluación sean merecedores de nombramientos definitivos y no por el contrario como ocurre que se dan por terminado sus contratos, siendo una práctica que atenta el orden social desde mi punto de vista.

5.- Que se debería considerar derogar los incisos sexto y noveno de la Ley Orgánica de Servicio Público, toda vez que contraviene disposiciones constitucionales, respecto al derecho de tener un trabajo estable e inalienable, ya que el deber fundamental del

Estado es de protege esta norma constitucional; toda vez que la Carta Magna, con fundamento a su supremacía legal, ninguna ley orgánica u ordinaria, puede ser contraria a sus normas jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA.

BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL

1. GARCIA RAMIREZ, Sergio. “Derechos de los Servidores Públicos” México.
2. JARAMILLO ORDOÑEZ, Hernán. “La Actividad Jurídica de la Administración” Loja - Ecuador. 1.999..
3. DIEZ, Manuel María. Manual de Derecho Administrativo, Plus Ultra Buenos Aires Argentina, 1997
4. GORDILLO, Agustín. “Tratado de Derecho Administrativo” Buenos Aires - Argentina. Tomo III.
5. TOBAR VEGA, Hugo. “La Administración Pública en el Ecuador. Quito-Ecuador.
6. PEREZ, Efraín. “Manual de Derecho Administrativo” Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2010
7. LOPEZ JACOME, Nelson. “LA Responsabilidad Administrativa, Civil y Penal de los Servidores Públicos” Editorial NINA Comunicaciones. Quito – Ecuador. 2009.
8. TORRES MALDONADO, Ángel, La acción de Protección en los Contratos por Servicios Ocasionales Sucesivamente Renovados.
9. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Editorial Porrúa S. A., México, 1974
10. JARAMILLO Hernán, Responsabilidad Administrativa y Penal, Loja Ecuador, 1999

11. Dra- RIVAS CASERETTO, María, La Responsabilidad de Servidores Públicos y de Terceros Derecho Administrativo, Quito-Ecuador
12. BOQUERA Oliver, José María Derecho Administrativo, Volumen I, Segunda Edición, Madrid España
13. María de los Ángeles , Guía Legal sobre los Derechos y Deberes del funcionario Ediciones Catálogo, Barcelona España
14. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM Enciclopedia Jurídica Mexicana F-L. editorial Porrúa México, 2002.
15. DE PIN VARA, Rafael Diccionario Jurídico editorial Porrúa año 2000
16. DELGADILLO GUTIERREZ, Luis Humberto, El Sistema de Responsabilidades de los Servidores Públicos, Cuarta Edición, Editorial Porrúa México 2001.
17. BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, sexta edición tomo III Buenos Aires Argentina, 1980.
18. CUEVA CARRIÓN, Luís , Peculado Tomo I Teoría, Práctica y Jurisprudencia primera edición, Quito Ecuador 2006
19. GARCIA, Aurelio, Ciencias del Estado, Casa de la Cultura Ecuatoriana, cuarta edición, tomo II Quito, Ecuador, 1979
20. PAREDES GONGALES, Diego, Especialista Derecho Administrativo, Revista Tribunal Constitucional
21. CAMPAÑA MORA, Joffre, Una visión del Derecho Administrativo en el Ecuador, Quito Ecuador
22. Dr. MORENO Ferney, Catedrático de la Universidad de Colombia, Estudio de la Administración Pública, Bogotá Colombia

- 23.HERNANDEZ MENDIBLE, Víctor Rafael, La nacionalización de los Servicios Públicos en Venezuela, Caracas Venezuela.
24. SARRIA Eustorgio, Derecho Administrativo
- 25.FERNANDEAZ DE CASTRO, El Acto Administrativo, la delegación de Facultades y la Nulidad del Acto Administrativo, 2001
- 26.FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo,13era Edición, Editorial Porrúa, año 1969
27. ZAVALA EGAS, Jorge, Introducción al Derecho Administrativo, Editorial Guayaquil-Ecuador
28. Borja Borja, Ramiro, Teoría General del Derecho Administrativo, Editorial PUDELECO, año 1995
29. Dr. Guzmán Lara, Aníbal, Diccionario Jurídico Ecuatoriano, Quito-Ecuador
30. GRANJA GALINDO, Nicolás, Fundamentos del Derecho Administrativo, Escuela de Causas Jurídicas de la UTPL, Loja Ecuador
31. DROM José Roberto, Instituciones del Derecho Administrativo, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina 1973
- 32.OSORIO Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Edición No. 21, Buenos Aires Argentina, año 1994
33. VILLEGAS, Basavilbaso, Derecho Administrativo, Editorial Trillas.
34. CUESTA RAFAEL, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Tecnos, 1995, 11ª edición.
- 35.PAREDES ESCOBAR Cesar Bayardo, El delito de Peculado en el Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, año 2007-2009, Pág. 21

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

1. CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Jurídico de Derecho Usual"
Editorial: Omeba. Buenos Aires - Argentina. 1.969.
2. OMEBA. "Diccionario Enciclopédico Jurídico".
3. CONSTITUCIÓN POLITICA DE LA REPÚBLICA. Quito, 2008."LEY
ORGANICA DE SERVICIO PUBLICO, 2010.
4. LEY ORGANICA DE SERVICIO PUBLICO
5. REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY ORGANICA DE SERVICIO
PÚBLICO. 2011
6. LEY ORGANICA DE GARANTÁS JURISDICCIONALES Y CONTROL
CONSTITUCIONAL
7. LEY ORGANICA DE LA CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO
8. LEY ORGANICA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL
9. LEY DE MODERNIZACION DEL ESTADO
- 10.CODIGO CIVIL
- 11.CODIGO PENAL
- 12.CÓDIGO DEL TRABAJO. Quito, 2000.
- 13.ESTATUTO DEL REGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA
FUNCIÓN EJECUTIVA
- 14.DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD
- 15.ACCION DE PROTECCION CONSTITUCIONAL
- 16.DATOS ESTADISTICOS DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE
ESTADISTICAS Y CENSOS (INEC).