



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA INESTABILIDAD LABORAL DEL SERVIDOR PÚBLICO CON NOMBRAMIENTO PROVISIONAL QUE HA SIDO DECLARADO GANADOR DEL CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN”

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN
DEL TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR: David José Duran Vega

DIRECTOR: Dr. Mg. Carlos Manuel Rodríguez

Loja – Ecuador
2015

CERTIFICACIÓN

Dr. Mg. Carlos Manuel Rodríguez DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO, MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA, DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA Y DIRECTOR DE TESIS

CERTIFICA:

Que la presente Tesis de Abogado, elaborada por el postulante señor David José Duran Vega, titulada: **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA INESTABILIDAD LABORAL DEL SERVIDOR PÚBLICO CON NOMBRAMIENTO PROVISIONAL QUE HA SIDO DECLARADO GANADOR DEL CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN”**, ha sido desarrollada bajo mi dirección cumpliendo con todos los requisitos de fondo y de forma establecidos por los respectivos reglamentos e instructivos de la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo la presentación del estudio para la sustentación y defensa de ley, dejando constancia para los fines legales pertinentes.

Loja, noviembre de 2015



Dr. Mg. Carlos Manuel Rodríguez
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, David José Duran Vega, declaro ser autor del presente trabajo de Tesis, y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes Jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Firma:



Autor: David José Duran Vega

Cédula: 110217340-6

Fecha: Loja, noviembre de 2015

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, David José Duran Vega, declaro ser autor(a) de la Tesis titulada: **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA INESTABILIDAD LABORAL DEL SERVIDOR PÚBLICO CON NOMBRAMIENTO PROVISIONAL QUE HA SIDO DECLARADO GANADOR DEL CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN"**; Como requisito para optar al Grado de ABOGADO; autorizo al sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero. Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 13 días del mes de noviembre del dos mil quince. Firma el autor.

FIRMA:



AUTOR: David José Duran Vega

CÉDULA: 110217340-6

DIRECCIÓN: Quito - Clemente Ponce N14-11 y Hnos Pazmiño, Parroquia Santa Prisca

CORREO ELECTRÓNICO: davicho6812@gmail.com

TELÉFONOS: 022336691 - 0997332676 - 0983161450

DATOS COMPLEMENTARIOS:

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Mg. Carlos Manuel Rodríguez

TRIBUNAL DE GRADO: Dr. Mg. Marcelo Armando Costa Cevallos (PRESIDENTE)

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda

Dr. Mg. Sebastián Rodrigo Díaz Páez

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, quiero agradecer sinceramente y expresar mi eterna gratitud a la Universidad Nacional de Loja. Carrera de Derecho, quien me abrió sus puertas para obtener la información y poder ser un excelente profesional, al cuerpo docente quienes me han sabido brindar sus mejores conocimientos y experiencias, a mis compañeros de aula con quienes he compartido buenos y malos momentos, a mi maestro director de Tesis, ya que gracias a sus conocimientos impartidos he podido llegar a conseguir esta meta.

David José Duran Vega

DEDICATORIA

A Dios, a mi familia; porque mi vida ha crecido en sus corazones; porque son mi lugar y mi razón de ser; porque me han ayudado en cada derrota y me levantan en cada caída, por ello estoy aquí y por ellos vivo.

A mis profesores y a la Honorable Universidad de Loja, Carrera de Derecho, de los cuales llevo las mejores enseñanzas y recuerdos.

David José Duran Vega

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS

AGRADECIMIENTO

DEDICATORIA

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO
2. RESUMEN
 - 2.1. ABSTRACT
3. INTRODUCCIÓN
4. REVISIÓN DE LITERATURA
 - 4.1. MARCO CONCEPTUAL
 - 4.2. MARCO DOCTRINARIO
 - 4.3. MARCO JURÍDICO
 - 4.4. DERECHO COMPARADO
5. MATERIALES Y MÉTODOS
 - 5.1. Materiales
 - 5.2. Métodos Utilizados
6. RESULTADOS
 - 6.1. Resultados de la aplicación de la Encuesta
7. DISCUSIÓN
 - 7.1. Verificación de Objetivos.
 - 7.2. Contrastación de Hipótesis
 - 7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Jurídica.
8. CONCLUSIONES
9. RECOMENDACIONES
 - 9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA
10. BIBLIOGRAFÍA
11. ANEXOS

1. TÍTULO

“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA INESTABILIDAD LABORAL DEL SERVIDOR PÚBLICO CON NOMBRAMIENTO PROVISIONAL QUE HA SIDO DECLARADO GANADOR DEL CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN”

2. RESUMEN

La problemática jurídica materia de la presente investigación se orienta al análisis legal del régimen jurídico en materia laboral en el Ecuador es determinante por su trascendencia en las relaciones jurídicas que se desprenden de la relación contractual entre el servidor público y la administración pública en cualquiera de sus formas institucionales, siendo entonces impostergable el tratamiento de asuntos inherentes al trato legítimo que debe darse al servidor público.

Sin embargo es necesario identificar en qué medida se está garantizando el derecho al trabajo y todas las prerrogativas tanto del servidor público como del trabajador, así como los principios laborales que de acuerdo a nuestra Constitución deben observarse en forma óptima sin restricción de ninguna naturaleza.

Es preciso mencionar que la Ley Orgánica del Servicio Público como una normativa relativamente nueva en el país, ha traído consigo evidentes variaciones en la regulación contractual con el servidor público, estableciendo nuevas figuras dentro del sector público.

Un asunto de interés que estimo constituye un conflicto jurídico dentro de la institucionalidad pública ecuatoriana, tiene relación con el régimen de

nombramientos que regula la LOSEP, particularmente con el nombramiento provisional regulado en el literal b.5 del art. 17 que textualmente dice:

“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;”

En concordancia con que dispone el literal antes transcrito, podemos observar que el Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público también se refiere a esta figura del nombramiento provisional en los siguientes términos:

“b) Provisionales: Aquellos otorgados para ocupar temporalmente los puestos determinados en el literal b) del artículo 17 de la LOSEP; no generarán derecho de estabilidad a la o el servidor;”

Con este antecedente, se observa que el servidor que ha postulado en un concurso de méritos y oposición para ingresar a la función pública y que ha resultado ganador, aun habiéndole sido extendido su nombramiento, éste tiene el carácter de provisional, es decir debe transcurrir un periodo de prueba durante un periodo de tres meses, lo cual genera un clima de inseguridad jurídica, inestabilidad laboral para el funcionario en mención, pues aun habiendo ganado el concurso, no tiene seguro el ingreso a la carrera del servicio público, pues debe demostrar durante tres meses sus aptitudes, conocimientos, destrezas y capacidades, lo cual por lógica se entiende ya las ha demostrado durante el proceso de evaluación y calificación de sus méritos y conocimientos dentro del concurso.

2.1 ABSTRACT

The legal issues concerning this investigation is aimed at legal analysis of the legal framework on labor in Ecuador is crucial for its significance in the legal relations arising from the contractual relationship between the public servant and public administration in any institutional forms, being then postponed the treatment of issues inherent in the legal treatment to be an official.

However it is necessary to identify the extent to which is guaranteeing the right to work and all the prerogatives of the public servant as both worker and labor principles according to our Constitution must be observed optimally without restriction of any kind.

It is worth mentioning that the Organic Law of the Public Service as a relatively new law in the country, has brought remarkable changes in the contractual regulation with the public server, setting new figures within the public sector.

In accordance with the available literal quoted above, we can see that the General Regulation of the Organic Law of Public Service also refers to this figure of provisional appointments in the following terms:

"B) Provisional: Those granted to temporarily fill the positions identified in paragraph b) of Article 17 of the LOSEP; will not generate stability right or server; "

With this background, it appears that the server has been postulated on merit and opposition to enter the civil service and has won, even when they had been extended his appointment, he has the character of provisional, that is to elapse probation for a period of three months, leading to a climate of legal uncertainty, employment instability to the official in question, but having won the competition, no insurance entry into the career of public service, it must demonstrate during three months their skills, knowledge, skills and abilities, which logically means and has shown during the process of evaluation and assessment of their merits and knowledge in the contest.

3. INTRODUCCIÓN

La investigación jurídica intitulada **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA INESTABILIDAD LABORAL DEL SERVIDOR PÚBLICO CON NOMBRAMIENTO PROVISIONAL QUE HA SIDO DECLARADO GANADOR DEL CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN”**, constituye un requisito de carácter obligatorio que exige la Universidad Nacional de Loja y su Modalidad de Estudios a Distancia (MED) previo a obtener el título de abogado

La problemática determinada gira en torno del régimen jurídico, particularmente en lo referente a la; las singularidades y elementos del amerita su revisión y diagnóstico, por lo que corresponde emprender en el análisis en forma crítica para establecer la necesidad de garantizar los derechos del servidor público en el Ecuador.

Dentro de la revisión de la literatura se hace realiza una importante síntesis de conceptos sobre el servicio público, servidor público, se analiza el concepto de la figura del contrato, pues en efecto la modalidad de contrato para prestar servicios para el estado o sus instituciones, entidades, y órganos adscritos, de tal manera que se incurre en este análisis para determinar la esfera o el ámbito de acción del servidor y lógicamente los elementos que caracterizan la prestación de este servicio.

Dentro del marco doctrinario se revisan definiciones y referencias de autores, tratadistas y estudiosos del derecho sobre principios peculiares del trabajo en los cuales se sustenta el derecho social y que son aplicables tanto al trabajador como al servidor público; en relación a la temática se examinan criterios calificados sobre los tipos de nombramiento en el servicio público y el estado situacional del sector público en el Ecuador.

Dentro de la estructura de la tesis se hace constar el marco jurídico, en este punto se citan todas las referencias constitucionales, legales y reglamentarias, así como la normativa conexas en relación a la situación contractual del servidor público, enfatizando en el régimen jurídico de la ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento, así se examinarán importantes referencias tomadas de la Constitución de la República del Ecuador para delimitar las condiciones y naturaleza del problema objeto de investigación;

En lo referente a materiales y métodos utilizados para la ejecución del informe final, siendo que la investigación jurídica por su naturaleza se ha sustentado en el método científico a través de los procedimientos de análisis y de síntesis; así mismo se utilizó el método deductivo para acercar el conocimiento de lo general a lo particular;

Conforme a la metodología del desarrollo de la tesis y en relación a los lineamientos y directrices académicas para este tipo de trabajos, se da paso

a los resultados que se circunscriben al desarrollo de encuestas a profesionales del derecho, con estos insumos se dio paso a la discusión, fase en la que se han verificado los objetivos planteados y contrastado la hipótesis, proceso metodológico con la que procedí a fundamentar la propuesta jurídica para la reforma legal.

Finalmente hago una exposición de las conclusiones y recomendaciones que constituyen la síntesis del trabajo de investigación a las cuales llegué luego del acopio de información científica e investigación de campo, lo cual me permitió plantear sobre la base de lo investigado mi propuesta de reforma a la LOSEP.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL

Para desarrollar la presente investigación jurídica y conforme lo establece la reglamentación académica de la Universidad Nacional de Loja, la estructura de la tesis debe contener un marco conceptual, el mismo que nos permite conocer importantes acepciones de tipo científico jurídico alrededor de las instituciones jurídicas que sin parte del análisis y de la problemática identificada; por esta razón procedo a citar algunas nociones conceptuales referidas por importantes autores y especialistas en el área temática determinada en este informe final.

4.1.1 CONCEPTO DE NOMBRAMIENTO

De notable importancia es citar algunas conceptualizaciones respecto de la figura del nombramiento, siendo una de las instituciones centrales en esta investigación, en donde precisamente se busca resaltar la importancia de la garantía de la estabilidad laboral dentro del servicio público; ya dentro de la teoría podemos inferir algunas variaciones del significado de nombramiento, ya en algunos casos como designación, cargo o puesto; así:

“Una designación puede referirse a un cargo o puesto asumido por una persona. Cuando una autoridad designa a un sujeto para que asuma

una responsabilidad, le está otorgando ciertas competencias en una determinada área. Las designaciones pueden producirse en el ámbito del gobierno o dentro de una empresa.”¹

Otra definición de nombramiento es la que se propone a continuación por parte del autor Granja Galindo:

“El nombramiento de un servidor público en general, es un acto administrativo que da origen a derechos y obligaciones entre el Estado y dicho servidor o funcionario. El acto de nombramiento produce sus efectos completos, según la doctrina más exacta, desde el día en que se expidió”²

El Artículo 16 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público al referirse a la figura del nombramiento, establece lo siguiente:

“Entiéndase por nombramiento el acto unilateral del poder público expedido por autoridad competente o autoridad nominadora mediante la expedición de un decreto, acuerdo, resolución, acta o acción personal, que otorga capacidad para el ejercicio de un puesto en el servicio público”.

1 <http://definicion.de/designacion/#ixzz3mcfDJir>

2 GRANJA GALINDO, Nicolás: Fundamentos de Derecho Administrativo Quinta Edición. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito, 2006.

4.1.2 EL CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN

Una vez revisadas algunas nociones sobre la figura del nombramiento, es preciso conocer también algunas consideraciones respecto del proceso de concurso de méritos, el mismo que se organiza en forma externa a efecto de cubrir aquellos perfiles profesionales requeridos en una determinada institución;

Según el artículo 5 de la Norma Sustitutiva de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, el concurso de méritos y oposición:

“es el proceso por el cual se convoca a todas las personas mayores de dieciocho años, que se encuentren legalmente habilitadas para el ingreso y desempeño de un puesto, cargo, función o dignidad en el sector público, conforme lo determina la LOSEP y su Reglamento General, y que reúnan los requisitos establecidos en la convocatoria relativos al perfil del puesto, para participar en los procesos de reclutamiento y selección a que haya lugar en las instituciones del Estado.”

Las referencias digitales consultadas nos permiten conocer la siguiente definición:

“Un concurso de méritos y oposición es el proceso legal y técnico de reclutamiento y selección de personal, que deben utilizar las instituciones

públicas, para cubrir sus puestos permanentes, que de manera obligatoria se realiza utilizando la plataforma tecnológica administrada por el Ministerio del Trabajo.”³

“Oposición o concurso-oposición es un procedimiento selectivo en el que varias personas concurren para ocupar uno o más puestos en una empresa u organización. La oposición suele constar de varias pruebas (test, psicotécnicas, desarrollo de temas, supuestos prácticos, idiomas, etc.) para evaluar la aptitud y capacidad de los aspirantes (opositores). La igualdad es un principio que debe regir todo el desarrollo del proceso.”

La oposición es un procedimiento muy habitual para el ingreso en la Administración. Otros procedimientos de ingreso son: concurso-oposición y concurso

“El concurso de méritos y de oposición es el único camino idóneo para llegar a un cargo en el sector público, entendiéndose que a él, a través del citado concurso debe y tiene que llegar la o el aspirante más destacado, con antecedentes completamente limpios, capacidad y extremada probidad, encontrándose respaldado éste en la Constitución Política de la República.”⁴

El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la

³ <http://www.meritocracia.gob.ec/concurso-de-meritosigualdad-de-oportunidades/>

⁴ <http://abogadosmanabi.blogspot.com/2008/04/el-concurso-de-mritos-y-de-oposicin.html>

forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora.

El artículo 65 de la Ley Orgánica del Servicio Público dice que:

“El ingreso a un puesto público será efectuado mediante concurso de merecimientos y oposición, que evalúe la idoneidad de los interesados y se garantice el libre acceso a los mismo.”

Al respecto el artículo 180 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público dispone:

“El concurso abierto es el proceso mediante el cual se convoca a servidoras, servidores y personas ajenas a la institución, que reúnan los requisitos establecidos en la LOSEP y en las bases del concurso, dados a conocer a través de la convocatoria para que participen en los procesos selectivos a que hayan lugar en las instituciones del sector público, para llenar puestos vacantes”

4.1.3 ENFOQUE CONCEPTUAL SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO

Para comprender la naturaleza jurídica del concepto de servicio público me permito citar las siguientes conceptualizaciones proporcionadas por

especialistas del derecho público en relación a la figura materia de análisis, así, los autores manifiestan:

Maurice Harriou refiere que:

*“Es un servicio técnico prestado al público por una organización pública, en forma regular y continua para satisfacer necesidades públicas”*⁵

Jorge Olivera Toro citando a Marcel Waline manifiesta que:

*“Es una actividad de interés público en que, en unos casos la Administración, tiene directamente la responsabilidad financiera y en otros carece de ella”*⁶

El tratadista José Araujo sobre la noción de servicio público opina que es:

*“Toda actividad que debe ser asegurada, regulada, y controlada por los gobernantes porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y cumplimiento de la interdependencia social y que es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino con la intervención de la fuerza gobernante”*⁷

5 NAVA NEGRETE, Alfonso. Derecho Administrativo Mexicano, Fondo de Cultura Económica 2001. Pág. 419

6 OLIVERA TORO, Jorge. Manual de Derecho Administrativo. Pág. 49

7 ARAUJO – JUÁREZ; José. Servicio Público. Ediciones Paredes. Venezuela. Año 2010. Pág. 58

En la definición se señala en forma remarcada las finalidades del servicio público, ya que el servicio público evidentemente debe ser el instrumento de interdependencia social, de la cohesión global de la sociedad en sus múltiples factores (económico, cultural, social, etc.), y, en fin, de la solidaridad social.

Entonces debido a ello sabemos que se trata de una parte solamente de la administración pública, en cuya existencia se garantiza la existencia de algunas prestaciones a favor de la sociedad.

Luis Caicedo en su obra de Derecho Administrativo explica:

"Entendemos por Servicios Públicos, las actividades, entidades u órganos públicos o privados con personalidad jurídica creados por Constitución o por ley, para dar satisfacción en forma regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, bien en forma directa, mediante concesionario o a través de cualquier otro medio legal con sujeción a un régimen de Derecho Público o Privado, según corresponda"

Igual de importante es la definición que encontramos en la Wikipedia, la enciclopedia libre del conocimiento en la que encontramos la siguiente noción:

“Servicio público es el conjunto de prestaciones reservadas en cada Estado a la órbita de las administraciones públicas y que tienen como finalidad ayudar a las personas que lo necesiten. Suelen tener un carácter gratuito, que corre a cargo del Estado, son propios de los países con un Estado de bienestar.” 8

Finalmente para Sourivon Morenilla el servicio público es:

“Un servicio será público, en este amplio sentido, cuando la actividad administrativa busque el desarrollo de una tarea destinada a satisfacer un interés colectivo o cuando expone la noción de servicio público es decir de interés general o colectivo, o en fin, el servicio público como tarea destinada a satisfacer un interés colectivo o general”9

De los criterios que anteceden podemos identificar elementos en común sobre el servicio público, entendiendo que se trata de 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; por lo tanto se puede concluir que servicio público tal como lo señala el concepto anterior es el desarrollo de una tarea administrativa, orientada a satisfacer necesidades de la colectividad y así satisfacerlos de forma eficiente y oportuna.

8 http://es.wikipedia.org/wiki/Servicio_p%C3%BAblico
9 SOUVIRON MORENILLA, La actividad de la Administración y el servicio público. Ganada – España. Año 1998. Pág. 134-137.

4.1.4 NOCIÓN CONCEPTUAL DE SERVIDOR PÚBLICO

Servidor público según José Araujo – Juárez se podría definir de la siguiente manera:

*“La persona natural que participa en la prestación del servicio público que tiene un vínculo con una persona de Derecho público.- Persona de Derecho público que tenga por misión, la prestación de un servicio público”.*¹⁰

Lo que quiere decir que lo que califica a un servidor público es su vínculo a una persona de Derecho Público, ya que no cabe la posibilidad que personas que estén al servicio de una organización que no tenga la naturaleza jurídica de Derecho público puedan revestir la condición de servidores públicos.

*“Los Servidores Públicos por definición, son personas que prestan servicios al estado como miembros de las corporaciones públicas, como empleados o trabajadores del mismo y de sus entidades descentralizadas, sean ellas territoriales o especializadas, como miembros de la fuerza pública, o en cualquier otra condición que antela ley les dé tal carácter”*¹¹.

¹⁰ ARAUJO – JUÁREZ; José. Servicio Público. Ediciones Paredes. Venezuela. Año 2010. Pág. 154

¹¹ http://www.laprimavera-vichada.gov.co/apc-aa-files/62306261303163303530643230343365/SERVIDORES_PUBLICOS.pdf, fecha de consulta 18 de mayo del 2013

Por tanto, hablar de servidores públicos es indicar que se tratan de personas que prestan sus servicios al estado, en algunas circunstancias o funciones.

4.1.5 LA INSTITUCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Una institución central en mi investigación es el contrato de trabajo, por ende me parece necesario determinar los elementos y características de este convenio, independientemente de las diferentes modalidades de contratación en el sector público o privado; así:

El Diccionario de la lengua Española de la Real Academia Española que dice: (Del lat. *contractus*): *“pacto o convenio oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.”*¹²

La Enciclopedia jurídica Mexicana propone la siguiente definición para el término contrato:

“Es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transferencia de derechos y obligaciones) debido al reconocimiento de una norma de derecho. Sin embargo tiene una doble

¹² Diccionario de la lengua Española de la Real Academia Española, segunda edición 2006

naturaleza, pues también presenta el carácter de una norma jurídica individualizada.”¹³

Las definiciones que anteceden nos antepone elementos que permiten entender la naturaleza jurídica misma del contrato, sinónimo de pacto que implícitamente entraña un acuerdo de voluntades entre las partes, así como una causa y un objeto lícito, elementos que legitiman su validez, a esto necesariamente y por lógica conceptual se suman la voluntad y el consentimiento, presupuestos impostergables para la licitud del acto;

Según el tratadista argentino Guillermo Cabanellas, Contrato de Trabajo *“Es aquel que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico y por el cual una de las partes –el patrono empresario o empleador- da remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o de servirse, bajo su dependencia o dirección de la actividad profesional o de otra. El esfuerzo productivo debe, en todos los casos, recibir una compensación equitativa de aquél que obtiene sus beneficios”.*

14

El tratadista y maestro laboral mexicano Luis Mario de la Cueva sostiene que *“Contrato de Trabajo es aquel por el cual una persona mediante el pago de*

13 Instituto de Investigaciones Jurídicas, Enciclopedia Jurídica Mexicana. UNAM 2002 Tomo 2, pág. 551.

14 CABANELLAS, Guillermo: “Tratado de Derecho Laboral”, Tomo II, Buenos Aires, 1949, Pág. 41.

la retribución correspondiente, subordina su fuerza de trabajo al servicio de los fines de la empresa”.¹⁵

A manera de síntesis, el autor español Menéndez Pidal define el Contrato de Trabajo, así: “Es el acuerdo de prestar un trabajo por cuenta ajena, bajo su dependencia y remuneración”.¹⁶

El tratadista Ernesto Krotoschin afirma que el Contrato de Trabajo “Es una subespecie de la locación de servicios; es aquella locación de servicios en que el locador se obliga a prestar servicios en calidad de trabajador dependiente”.¹⁷

El autor venezolano Rafael Caldera, define el Contrato de Trabajo como un “*convenio mediante el cual un trabajador se obliga a prestar sus servicios a un patrono, bajo su dependencia y mediante una remuneración*”.¹⁸

Para Francisco de Ferrari, Contrato Individual de Trabajo es “*Aquel por el cual una persona se obliga a trabajar por cuenta y bajo la dependencia de otra o a estar simplemente a sus órdenes, recibiendo como compensación una retribución en dinero*”.¹⁹

15 DE LA CUEVA, Luis Mario: Citado por Guerrero Figueroa, Guillermo: “Introducción al Derecho al Trabajo”, Bogotá – Colombia, 1992, Pág. 291.

16 MENDEZ, Pidal: “La Estabilidad en el Empleo y otros Estudios de Derecho del Trabajo”, Ediciones De palma, Buenos Aires, 1957, Pág. 25.

17 KROTOSCHIN, Ernesto: “Instituciones de Derecho del Trabajo”, Buenos Aires, 1947, T.I, Págs. 171 y 172.

18 CALDERA, Rafael: Derecho del trabajo”, Segunda Edición, Ed. El Ateneo, Buenos Aire, 1960, Pág. 71.

19 DE FERRARI, Francisco: “Derecho del Trabajo” Segunda Edición, Vol. II, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1969, Pág. 73.

Según el autor español Carlos García Oviedo, Contrato de Trabajo *“Es aquel en virtud del cual una persona se compromete a trabajar para con otra por tiempo fijo o sin fijación del tiempo mediante una remuneración, llamada salario”*.²⁰

Según la doctrina francesa, Rouast define este contrato, “como una convención por la cual una persona pone su actividad profesional a disposición de otra, de modo que trabaje bajo la dirección de esta, mediante una remuneración denominada salario. Y finalmente podemos decir que según Cabanellas “es aquel que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico y por el cual una de las partes da una remuneración a cambio de disfrutar o servirse, bajo dependencia o dirección de la actividad profesional de otra”.²¹

De los conceptos expuestos, podríamos concluir manifestando que el Contrato de Trabajo es la institución jurídica más importante y central del Derecho de Trabajo, se trata de un acuerdo de voluntades en virtud del cual la persona se compromete a prestar sus servicios por cuenta ajena, bajo la dirección y dentro de la entidad que corresponde a la persona física o jurídica que le contrata, a cambio de una remuneración; nótese que no hay diferencia entre trabajador o servidor público en cuanto a los derechos, principios que rigen la relación de trabajo, pues la diferencia se genera en

20 GARCÍA OVIEDO, Carlos: “Derecho Social”, Madrid, 1948, Pág. 105.5

21 Guillermo Cabanellas, “Tratado de Derecho Laboral”, Tomo II, Vol. 1, págs. 15 y 16.

virtud únicamente respecto del tipo de actividad que desempeña el uno y el otro;

4.1.6 EL RÉGIMEN LABORAL EN EL ECUADOR

En el Ecuador existen dos regímenes de contratación laboral, el público y el privado, el primero regulado por las leyes administrativas como la Ley Orgánica de Servicio y Público y el segundo normado por el Código del Trabajo;

De aquí se ha derivado una variedad de criterios para identificar la relación contractual que las personas adquieren en virtud de este régimen contractual, por esta razón no existe una unificación de criterios, para describir a los servidores públicos, llamándolos funcionarios o empleados, para referirse a las personas que prestan sus servicios a las entidades públicas, los funcionarios se desempeñan en las diversas ramas del poder público pese a esto se encuentran regulados por normas que si bien son completamente diferentes, protegen todos los derechos de los trabajadores previamente ya revisados.

La relación laboral del funcionario con la administración puede generarse mediante un contrato, un nombramiento, un proceso de elecciones, etc., en cuanto a los trabajadores oficiales se vinculan a la administración por medio de un contrato de trabajo, y tanto su permanencia como desvinculación

deben ceñirse a las normas que rigen la materia, es decir, las disposiciones del Código de Trabajo.

Estos empleados se caracterizan por estar vinculados a la administración mediante una relación legal y reglamentaria; esta vinculación se manifiesta en la práctica por el acto de nombramiento y posesión del empleado, y quiere decir que el régimen al cual quedan sometidos está previamente determinado en la ley, de manera que no hay posibilidad legal de discutir y acordar con la administración las condiciones de prestación del servicio, ni al momento del nombramiento ni posterior a la posesión.

4.2 MARCO DOCTRINARIO

Continuando con el desarrollo de la investigación jurídica en referencia y de acuerdo a las directrices metodológicas señaladas para el efecto por el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, corresponde revisar cuestiones atinentes al marco doctrinario, para ello se analizarán en los siguientes acápite importantes comentarios y análisis de doctrinantes y otras fuentes de información documental y digital en torno a la temática materia de tratamiento en el presente informe final;

4.2.1 ANTECEDENTES DEL DERECHO PÚBLICO COMO ENTE REGULADOR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El Derecho Público no puede desentenderse de la reflexión sobre los fines del Estado y los medios necesarios para alcanzarlos, esto es especialmente cierto al abordar el régimen jurídico de los servicios públicos; por tanto, señala la doctrina que:

“Cualquier reflexión sobre los fines del Estado deben situarse dentro de los valores constitucionales y de las características de nuestro modelo de Estado que, considerados dinámicamente constituyen el proyecto constitucional, utilizando el término con la riqueza de contenido que deben

discurrir los ejes del Estado y las políticas públicas concretas que pretenden satisfacerlas”²²

Con el análisis que antecede es importante reflexionar sobre los fines del Estado a luz del modelo de estado sui generis establecido en la Constitución vigente aprobada en Montecristi en el año 2008; es decir, la tendencia más evolucionada del neo constitucionalismo se percibe en nuestra normativa constitucional, estamos frente a una jurisdicción de derechos que prevalece sobre cualquier otra norma jurídica o disposición legal, en materia laboral se han definido principios de fundamental importancia a observar en el tratamiento de las relaciones de trabajo, que sin embargo en el escenario real de los contratos de trabajo en el sector público o privado, deja mucho que desear la forma en que se pretende tutelar el derecho del trabajador o del servidor público.

4.2.2 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La administración pública constituye un tema clave dentro del presente trabajo, pues es dentro de su complejo ámbito de competencias y que se relaciona en síntesis con la diversidad de instituciones, órganos, empresas públicas, a quienes la Constitución y la ley les ha conferido facultades y potestades de acción, intervención, control, regulación principalmente en materia administrativa.

²² GARCÍA PELAYO, Manuel. “Las Transformaciones del Estado contemporáneo”. Madrid – España. Año 1984.

Dentro de la clasificación tradicional de la Administración Pública se consideran los servicios públicos como una de las posibles manifestaciones de la actividad de la Administración Pública, y claro hay que agregar que puede tener dos formas de exteriorizarse, ya como administración pública central o institucional.

“Una vez que el Estado califica una actividad como servicio público (publicatio), el régimen jurídico que rige esa actividad no será ya que régimen jurídico del Derecho común o de Derecho privado sino el conjunto de normas y principios del Derecho administrativo o del Derecho público, o según la más moderna doctrina francesa del denominado Derecho de los servicios públicos, conformado por principios u normas que son aplicables a las actividades calificadas como tales”. 23

La noción de servicio público como expresión de la actividad de prestación que caracterizó el tránsito del Estado liberal al estado social (finales del siglo XIX y primeras décadas del XX), constituyó desde la aparición de la Escuela del servicio público, el punto de referencia para determinar o conceptualizar el alcance, finalidad y justificación del Derecho administrativo.

El esfuerzo doctrinal y jurisprudencial por delimitar con exactitud las actividades que pueda ser definidas como función de prestación, de garantía prestacional o simplemente servicio público, no es simple afán académico, la

23 ARAUJO – JUÁREZ; José. Servicio Público. Ediciones Paredes. Venezuela. Año 2010. Pág. 17

noción de servicio público ha sido y seguirá siendo el tema central de cualquier sistema jurídico – administrativo de un Estado.

El origen de todo servicio público se encuentra una necesidad reconocida por la colectividad, que la iniciativa privada no logra satisfacer, y que puede estar vinculada ya sea a la garantía de las libertades o derechos fundamentales ya a la existencia de solidaridades reconocidas.

“Es por ello que se comparte con el aserto de que el servicio público nació para satisfacer las necesidades de la sociedad. No obstante hay que advertir que no todas las necesidades generales o colectivas son satisfechas mediante servicios públicos, pues como de manera exagerada se ha advertido el servicio público, en el derecho administrativo, es casi todo, pero no es todo”²⁴

4.2.3 PRINCIPIOS UNIVERSALES DEL DERECHO LABORAL

El Derecho del Trabajo se inspira en principios propios inspirados en las históricas conquistas laborales de los trabajadores, un conjunto de prerrogativas determinantes para consolidar el respeto al trabajador y que han continuado evolucionando a través del tiempo para convertirse en auténticos valores sociales y sobre la base de éstos recordemos emerge la obligatoriedad de reconocimiento y tutela del derecho del trabajador que en

²⁴ BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo. Editorial El Ateneo. Buenos Aires, Argentina, pág. 152 - 153

sí es un derecho fundamental, intangible, innato, universal; para sustentar esta tesis del derecho fundamental me permito citar un importante análisis proporcionado por Luigi Ferrajoli, quien refiere:

“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.”

Se infiere entonces que 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.

Continuando con lo referente al tratamiento de los principios de Doctrinariamente se ha definido la importancia de estos principios, por ejemplo el tratadista Manuel Alonso García dice que son:

*"Aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del Derecho".*²⁵

Por su parte el profesor Américo Plá Rodríguez refiere que son:

*"Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos"*²⁶

4.2.4 LA IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS

"Por renuncia de derechos se entiende el acto jurídico en virtud del cual el titular se despoja de algunos derechos que le corresponden a favor o en beneficio de otra persona.

²⁵ GARCIA, Manuel Alonso. Derecho del Trabajo, Barcelona, 1960, Tomo I, Pág. 247

²⁶ PLA RODRIGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo, Ediciones De palma, Buenos Aires, 1978, Pág. 9

La renuncia de derechos es reconocida jurídicamente cuando versa sobre derechos que atañen, exclusivamente, al interés particular del renunciante y siempre que sea consentida libremente por el mismo renunciante y no se perjudique con ella a terceros”²⁷.

En las relaciones laborales están comprometidos los intereses individuales del trabajador, pero están igualmente los de las personas que de él dependen económicamente, los de los demás trabajadores y los de la sociedad en general.

De otra parte, de serle permitido al trabajador la renuncia de sus derechos podría ser constreñido a ello por el empleador e impulsado en el mismo sentido por las necesidades y ventajas actuales sobre todo cuando se trata de garantías que le signifiquen disminución de utilidades inmediatas a cambio de beneficios permanentes en el futuro, tal sucede con el derecho de sindicalización, la afiliación al seguro social obligatorio, etc.

²⁷ CONTENIDOS TEÓRICOS DEL MÓDULO IX DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

4.3 MARCO JURÍDICO

Conforme a la estructura y metodología de este tipo de investigación, es necesario referirme a toda la normativa existente en relación al problemática objeto de estudio, así entonces, citaré importantes referencias constitucionales, legales, reglamentarias y otras de carácter conexo en relación a al régimen jurídico vinculado a la propuestas de investigación en curso, todo dirigido a sustentar mis posiciones frente a la problemática que estimo existe en el Ecuador por las falencias y limitaciones de la normativa objetivo de análisis y discusión y sobre la cual planteare oportunamente mi propuesta de reforma.

4.3.1 LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Y SU REGULACIÓN RESPECTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El Art. 225 de la Constitución de la República del Ecuador se refiere a la noción del sector público, indicando que éste comprende todos los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social; Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado; Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y, las personas jurídicas creadas por acto normativo

de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

De la misma forma se enfoca y se trata lo relacionado con la Administración pública, siendo que en el Art. 227 de la norma suprema se menciona 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 Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva también nos trae el concepto de la administración pública cuando determina, “es la organización con personalidad pública que desarrolla su actividad para satisfacer el interés general”, de lo anotado puede deducirse por que en el Ecuador el funcionario público es considerado también como servidor.

Nuestro Régimen Laboral se encuentra regido principalmente por el Código de Trabajo, la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento, que son las normas que rigen la relación laboral en el Ecuador, consideradas como las dos grandes fuentes que derechos y obligaciones para los empleadores y trabajadores.

4.3.2 EL SERVICIO PÚBLICO CONFORME A LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

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

No es indiferente en la carta magna la descripción de servidor público, definiéndolos como tales a 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.

Queda definido que 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.

Un asunto de trascendental importancia es el derecho que les queda reconocido en torno al derecho a la remuneración, en efecto ésta será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.

Avanzando con el reconocimiento de los derechos de los servidores y servidoras públicas, la Constitución en forma expresa dice que 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.

4.3.3 LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y SU MARCO JURÍDICO

Resulta importante luego de revisar aspectos regulatorios de carácter constitucional, referirse a lo dispuesto en la LOSEP, que como ley de carácter secundario operativiza o dispuesto en la Constitución; así, la Ley Orgánica del Servicio Público en su Art. 4 y en total concordancia con la Ley Suprema 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.

Más adelante en el título II que reza De los Servidores Públicos dispone importantes regulaciones y requisitos para el ingreso al sector público, así en su Art. 5 se estipula que para ingresar al servicio público se requiere:

- 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;
- 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.

- 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”

4.3.4 DERECHOS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Partimos de la premisa de que todos los derechos constitucionales reconocidos para su efectividad tienen en nuestra legislación como la LOSEP, el Código de Trabajo y toda la legislación y reglamentación afín las suficientes garantías para su efectiva tutela;

El Art. 325 de la Constitución manifiesta, que el Estado garantizará el derecho al trabajo, reconoce todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano, y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores.

En el Art. 23 de la LOSEP se enuncian los derechos de carácter irrenunciable de los servidores públicos, que precisamente son el tema central de mi propuesta de investigación, pues la misma se orienta a demostrar que existen contradicciones normativas que han generado vulneración de algunos de los derechos de este importante sector de

funcionarios por efecto del periodo a prueba que deben acreditar una vez que han sido declarados ganadores de concursos de méritos y oposición.

A continuación se citan los derechos de las servidoras y servidores públicos reconocidos en el Art. 23 de la LOSEP y sobre los cuales hay presunciones de afectación:

- a) Gozar de estabilidad en su puesto;
- c) Gozar de prestaciones legales y de jubilación de conformidad con la Ley;
- 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;
- g) Gozar de vacaciones, licencias, comisiones y permisos de acuerdo con lo prescrito en esta Ley;

Los derechos citados en el párrafo que antecede se encuentran desarrollados más adelante cuando en el Art. 26 se trata con precisión respecto del Régimen de licencias y permisos, refiriéndose que se concederá licencia o permiso para ausentarse o dejar de concurrir ocasionalmente a su lugar de trabajo, a las servidoras o los servidores que perciban remuneración, de conformidad con las disposiciones de esta Ley.

En el Art. 27 hace referencia a las licencias con remuneración, siendo que toda servidora o servidor público tendrá derecho a gozar de licencia con remuneración en los siguientes casos:

- a) Por enfermedad que determine imposibilidad física o psicológica, debidamente comprobada, para la realización de sus labores, hasta por tres meses; e, igual período podrá aplicarse para su rehabilitación;
- b) Por enfermedad catastrófica o accidente grave debidamente certificado, hasta por seis meses; así como el uso de dos horas diarias para su rehabilitación en caso de prescripción médica;
- c) Por maternidad, toda servidora pública tiene derecho a una licencia con remuneración de doce (12) semanas por el nacimiento de su hija o hijo; en caso de nacimiento múltiple el plazo se extenderá por diez días adicionales. La ausencia se justificará mediante la presentación del certificado médico otorgado por un facultativo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y, a falta de éste, por otro profesional de los centros de salud pública. En dicho certificado se hará constar la fecha probable del parto o en la que tal hecho se produjo;

- d) Por paternidad, el servidor público tiene derecho a licencia con remuneración por el plazo de diez días contados desde el nacimiento de su hija o hijo cuando el parto es normal.

Continuando con el análisis del Art. 28 de la LOSEP, se trata sobre las Licencias sin remuneración, al respecto se refiere que se podrá conceder licencia sin remuneración a las o los servidores públicos, en los siguientes casos:

- a) Con sujeción a las necesidades de la o el servidor, la Jefa o el Jefe de una oficina, podrá conceder licencia sin remuneración hasta por quince días calendario; y, con aprobación de la autoridad nominadora respectiva o su delegada o delegado, hasta por sesenta días, durante cada año de servicio, a través de la Unidad de Administración del Talento Humano;
- b) Con sujeción a las necesidades e intereses institucionales, previa autorización de la autoridad nominadora, para efectuar estudios regulares de posgrado en instituciones de educación superior, hasta por un periodo de dos años, siempre que la servidora o servidor hubiere cumplido al menos dos años de servicio en la institución donde trabaja;

En el Art. 29 de la LOSEP se trata de los derechos del servidor a las vacaciones y a los permisos, siendo que está permitido al tenor de la Ley que para efectuar estudios regulares de posgrados, reuniones, conferencias, pasantías y visitas de observación en el exterior o en el país, que beneficien a la Administración Pública, se concederá comisión de servicios hasta por dos años, previo dictamen favorable de la unidad de administración del talento humano, siempre que la servidora o servidor hubiere cumplido un año de servicio en la institución donde trabaja.

Es importante indicar asimismo en relación a la legislación laboral del Ecuador, así en la Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 33 se puede observar:

“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”²⁸.

Por lo tanto el trabajo en el Ecuador se reporta tanto como un deber como un derecho, es importante sus dos características pues es fuente de realización personal y base de la economía, el cual al no ser estable pierde estas dos características protegidas a nivel constitucional.

²⁸CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Registro Oficial Nro. 449, del 20 de octubre del 2008

Sin mayor interpretación entonces nos encontramos frente a un derecho de carácter social; la Constitución de la República, en actual vigencia preceptúa que todos los derechos en materia laboral son irrenunciables como aquí la norma indica:

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

.... 2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario”²⁹.

Cabe resaltar dos aspectos importantes, el Estado garantiza para los servidores públicos tanto el ingreso, como la estabilidad y que la remuneración sea justa, cosa que no se cumple si se toma en cuenta que el

Con estas reflexiones, es evidente a presuponer que existen indicios de afectación de derechos de los servidores públicos en el Ecuador, porque precisamente se han identificado algunas antinomias o contradicciones normativas entre la Constitución de la República y una norma de menor jerarquía como la Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento General.

²⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Registro Oficial Nro. 449, del 20 de octubre del 2008

4.3.5 LAS CLASES DE NOMBRAMIENTOS EN LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO

De acuerdo al Art. 17 de la Ley Orgánica del Servicio Público, existen algunas clases de nombramiento, siendo que para el ejercicio de la función pública los nombramientos pueden ser los siguientes:

a) Permanentes: Aquellos que se expiden para llenar vacantes mediante el sistema de selección previstos en esta Ley;

b) Provisionales, aquellos que se expiden para ocupar:

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

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

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

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

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

c) De libre nombramiento y remoción; y,

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

4.3.6 REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO

Dentro de la sección 4ª, dentro del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público en relación a los nombramientos, el art. 16 del cuerpo legal en referencia dice que debe entenderse por nombramiento el acto unilateral del poder público expedido por autoridad competente o autoridad nominadora mediante la expedición de un decreto, acuerdo, resolución, acta o acción de personal, que otorga capacidad para el ejercicio de un puesto en el servicio público.

En el Art. 17 se establecen las clases de nombramientos, refiriéndose que los nombramientos extendidos para el ejercicio de un puesto en la función pública pueden ser:

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 el literal b) del artículo 17 de la LOSEP; no generarán derecho de estabilidad a la o el servidor;

c) De libre nombramiento y remoción: Los expedidos a favor de personas que van a ocupar puestos de dirección política, estratégica o administrativa en las instituciones del Estado; y,

d) De período fijo: Aquellos cuyos titulares son nombrados para ejercer un puesto en el servicio público por un período determinado por mandato legal.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

Acorde con la naturaleza del problema jurídico, utilicé métodos generales y particulares, con las técnicas relativas que presentaré a continuación:

5.1 MATERIALES

El desarrollo del trabajo investigativo se direccionó con la utilización de material bibliográfico, la utilización de obras literarias de carácter jurídico referentes a la problemática planteada, revistas jurídicas y páginas web especializadas, diccionarios de Derecho, información de periódicos, entre otros, con los cuales se realizaron los marcos referenciales o revisión de literatura. Los materiales de escritorio, útiles de oficina, entre papel, esferográficos, carpetas, cd, flash memory, Recursos Técnicos, entre otros, el uso de computadora, impresora, copiadora, scanner, grabadora.

5.2 MÉTODOS

Dentro del proceso investigativo, apliqué los métodos: el Método Científico, que fue el instrumento adecuado que me permitió llegar al conocimiento de los fenómenos que se producen en la naturaleza y en la sociedad, mediante la conjugación de la reflexión comprensiva y el contacto directo con la realidad objetiva, puesto que es considerado como el método general del conocimiento.

La utilización de los Métodos: Analítico y sintético, Deductivo, e Inductivo, implicó conocer la realidad de la problemática de investigación, partiendo desde lo particular para llegar a lo general, en algunos casos, y segundo partiendo de lo general para arribar a lo particular y singular del problema, puesto que la investigación trasciende al campo institucional, la problemática se vuelve más compleja, con lo cual me remití al análisis de la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica del Servicio Público, para asimilar jurídicamente lo sucinto que fue la clave del éxito en la investigación.

Con el método analítico pude investigar las diferentes implicaciones y efectos negativos que produce la deficiente práctica de los procedimientos que regulan el sector público, especialmente el relacionado con la estabilidad de los servidores.

También estuvo presente el método sintético mediante el cual relacioné hechos aparentemente aislados, que me permitan sustentar la existencia de limitaciones y falencias en las leyes que regulan el servicio público.

El método estadístico, me permitió establecer el porcentaje referente a las encuestas y conocer los resultados positivos o negativos de la hipótesis.

5.3 PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS

Los procedimientos utilizados fueron, el documental - bibliográfico y de campo comparativamente que me llevó a encontrar las diferentes normas comunes en el ordenamiento jurídico nacional y comparado, para descubrir sus relaciones y estimular sus diferencias o semejanzas, y por tratarse de una investigación analítica se manejó también la hermenéutica dialéctica en la interpretación de los textos que fueron necesarios.

Como técnicas de investigación para la recolección de la información utilicé fichas bibliográficas, fichas nemotécnicas y de transcripción, con la finalidad de recolectar información doctrinaria, y la recolección de la información a través de la aplicación de la técnica de la encuesta.

La encuesta fue aplicada en un número de treinta abogados en libre ejercicio profesional, por tratarse de reformas de carácter legal.

Finalmente los resultados de la investigación recopilada durante su desarrollo fueron expuestos en el Informe Final, el que contiene la recopilación bibliográfica y análisis de los resultados, que fueron expresados mediante cuadros estadísticos; y, culminé realizando la comprobación de los objetivos, finalicé redactando las conclusiones, recomendaciones y elaboré un proyecto de reformas legales que son necesarias para adecuarla a la legislación ecuatoriana.

6 RESULTADOS

6.1 ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS

PREGUNTA NRO. 1

¿EN SU CRITERIO LEGAL, CONSIDERA QUE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DISPUESTAS POR EL MINISTERIO DE RELACIONES LABORALES HAN SIDO INEFICACES PARA GENERAR ESTABILIDAD LABORAL DEL SERVIDOR PÚBLICO EN EL ECUADOR?

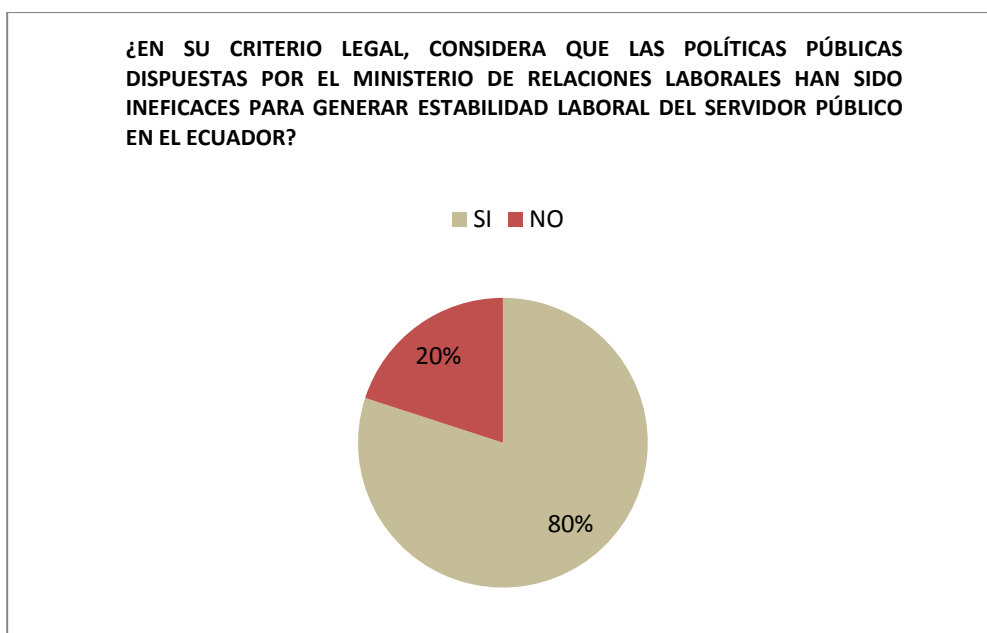
CUADRO NRO. 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	6	20 %
SI	24	80 %
TOTAL	30	100 %

Fuente: Abogados en libre ejercicio

Autor:

GRÁFICO 1



INTERPRETACIÓN

De los 30 encuestados, 24 personas que equivalen al 80 % de la muestra consideran que en efecto las políticas públicas dispuestas por el Ministerio de Relaciones Laborales han sido ineficaces para generar estabilidad laboral del servidor público en el Ecuador; mientras que 6 personas equivalentes al 20 % de la muestra encuestada consideran que no es así, que la política pública en materia laboral dentro del sector público ha sido positiva y garantista de derechos.

ANÁLISIS

Los resultados obtenidos respecto de lo consultado en esta pregunta nos conducen a determinar que un importante sector del foro jurídico estima que hay problemas y falencias para generar estabilidad laboral del servidor público en el Ecuador, por diferentes aspectos de carácter estructural, económico ante la insuficiencia de partidas presupuestarias y claro está, también están los obstáculos legales que no permiten un auténtico reconocimiento de derechos del servidor público.

PREGUNTA NRO. 2

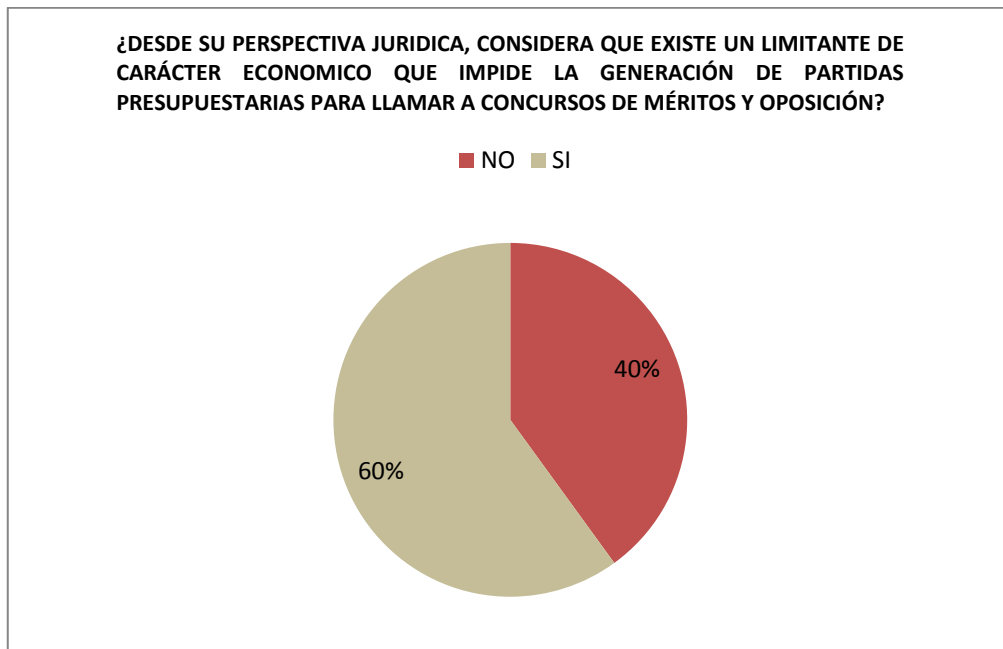
¿DESDE SU PERSPECTIVA JURIDICA, CONSIDERA QUE EXISTE UN LIMITANTE DE CARÁCTER ECONOMICO QUE IMPIDE LA GENERACIÓN DE PARTIDAS PRESUPUESTARIAS PARA LLAMAR A CONCURSOS DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN?

CUADRO NRO. 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	12	40 %
SI	18	60 %
TOTAL	30	100 %

Fuente: Abogados en libre ejercicio
Autor:

GRÁFICO 2



INTERPRETACIÓN

De las treinta personas encuestadas, 18 equivalentes al 60 % de la muestra poblacional, estiman que en el Ecuador existe un conflicto estructural dentro de la institucionalidad pública porque existe un limitante de carácter económico que impide la generación de partidas presupuestarias para llamar

a concursos de méritos y oposición; mientras que 12 personas que equivalen al 40 % de la muestra seleccionada estiman que se ha llamado a concursos de méritos y oposición según se han ido reformulando los estatutos por procesos internos de cada institución.

ANÁLISIS

Los resultados obtenidos respecto de lo consultado en esta pregunta permiten inferir importantes criterios que abogados en libre ejercicio que concuerdan en forma mayoritaria con el hecho de que existe un limitante de carácter económico que impide la generación de partidas presupuestarias para llamar a concursos de méritos y oposición, esto representa un indicador de que dentro del sector público no se propende a estabilizar a los servidores públicos, sino a mantenerlos provisionalmente con contratos de servicios ocasionales, atendiendo intereses políticos o de coyuntura gubernamental.

PREGUNTA NRO. 3

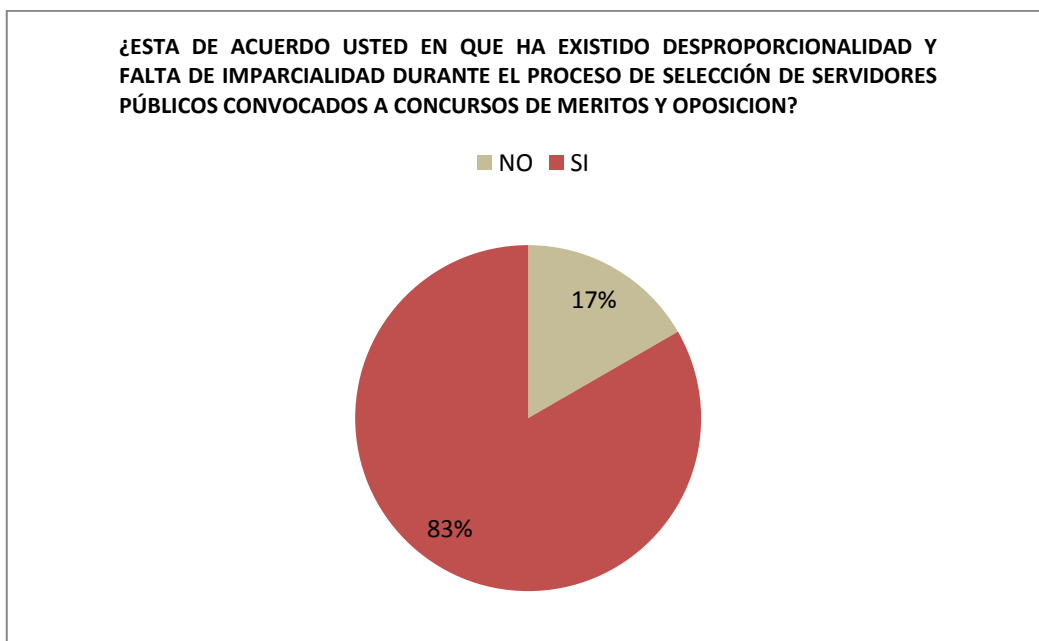
¿ESTA DE ACUERDO USTED EN QUE HA EXISTIDO DESPROPORCIONALIDAD Y FALTA DE IMPARCIALIDAD DURANTE EL PROCESO DE SELECCIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS CONVOCADOS A CONCURSOS DE MERITOS Y OPOSICION?

CUADRO NRO. 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	5	16.6 %
SI	25	83.3 %
TOTAL	30	100 %

Fuente: Abogados en libre ejercicio
Autor:

GRÁFICO 3



INTERPRETACIÓN

De las 30 personas encuestadas, 25 que equivalen al 83.33 % de la muestra encuestada responden con gran convencimiento que ha existido desproporcionalidad y falta de imparcialidad durante el proceso de selección de servidores públicos convocados a concursos de méritos y oposición; por otra parte, 5 personas equivalentes al 16.6 % no están de acuerdo con tal

aseveración, pues consideran que estos procesos han sido transparentes y respetuosos de la normativa en vigencia.

ANÁLISIS

De los resultados obtenidos se puede determinar una reflexión de los encuestados en torno a lo consultado que en forma mayoritaria nos permite identificar que si ha existido desproporcionalidad y falta de imparcialidad durante el proceso de selección de servidores públicos convocados a concursos de méritos y oposición, en razón de que son más los servidores que ingresan al servicio público por tener vínculos gubernamentales o políticos, frente al porcentaje al número de funcionarios que ingresan por méritos personales, siendo en todo caso un evidente escenario de desventaja en el que compiten muchos aspirantes a ingresar a la administración pública.

PREGUNTA NRO. 4

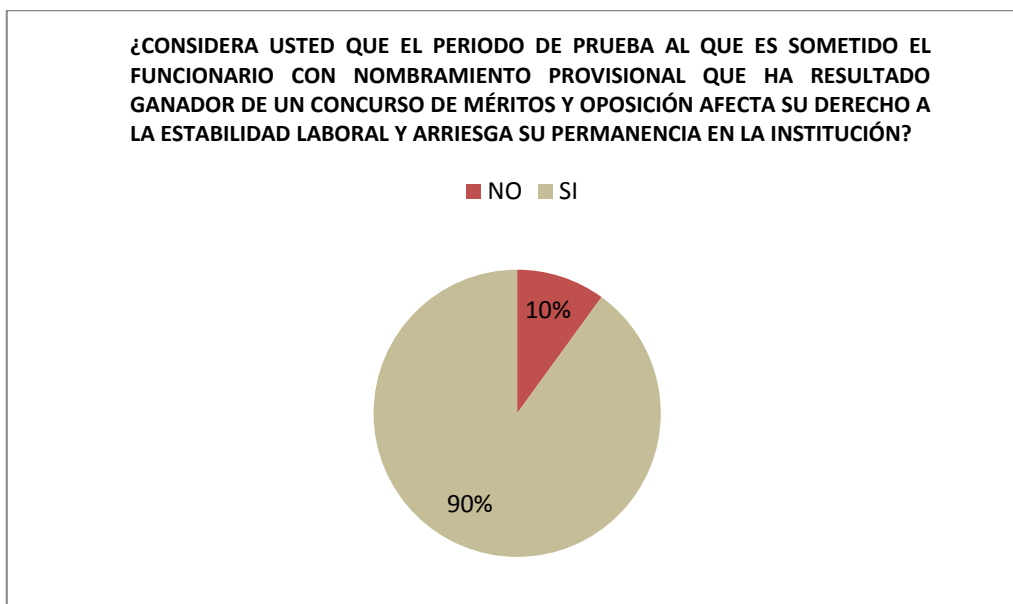
¿CONSIDERA USTED QUE EL PERIODO DE PRUEBA AL QUE ES SOMETIDO EL FUNCIONARIO CON NOMBRAMIENTO PROVISIONAL QUE HA RESULTADO GANADOR DE UN CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN AFECTA SU DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL Y ARRIESGA SU PERMANENCIA EN LA INSTITUCIÓN?

CUADRO NRO. 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	3	10 %
SI	27	90 %
TOTAL	30	100 %

Fuente: Abogados en libre ejercicio
Autor:

GRÁFICO 4



INTERPRETACIÓN

De las 30 personas encuestadas 27 que corresponde al 90 % de la muestra seleccionada contestan positivamente, que el periodo de prueba al que es sometido el funcionario con nombramiento provisional que ha resultado ganador de un concurso de méritos y oposición afecta su derecho a la

estabilidad laboral y arriesga su permanencia en la institución; por el contrario 3 personas equivalentes al 10% de la muestra seleccionada contestan que no, que los procesos de selección se llevan a cabo bajo estricta observancia del marco jurídico.

ANÁLISIS

Los resultados obtenidos nos permiten obtener un diagnóstico importante en relación a que el periodo de prueba al que es sometido el funcionario con nombramiento provisional que ha resultado ganador de un concurso de méritos y oposición afecta su derecho a la estabilidad laboral y arriesga su permanencia en la institución, se trata de un obstáculo normativo con repercusiones reales, no puede ser lógico que a quien se le declara ganador de un concurso por haber acreditado conocimiento y destreza durante el proceso del concurso se le conmine a cumplir un periodo de prueba dentro de la institución, con el riesgo de que por presiones políticas, se vea impedido de continuar en la institución.

PREGUNTA NRO. 5

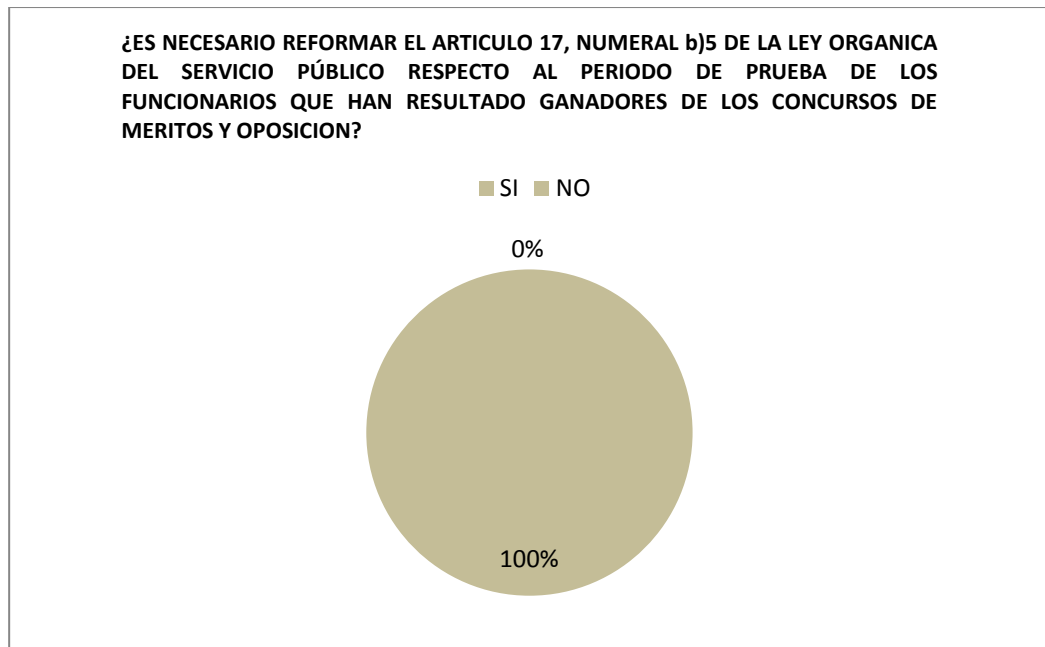
¿ES NECESARIO REFORMAR EL ARTICULO 17, NUMERAL b)5 DE LA LEY ORGANICA DEL SERVICIO PÚBLICO RESPECTO AL PERIODO DE PRUEBA DE LOS FUNCIONARIOS QUE HAN RESULTADO GANADORES DE LOS CONCURSOS DE MERITOS Y OPOSICION?

CUADRO NRO. 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	0	0 %
SI	30	100 %
TOTAL	30	100 %

Fuente: Abogados en libre ejercicio
Autor:

GRÁFICO 5



INTERPRETACIÓN

De las treinta personas encuestadas, en su totalidad afirman estar de acuerdo con lo consultado en referencia a la necesidad de reformar el artículo 17, numeral b)5 de la ley orgánica del servicio público respecto al

periodo de prueba de los funcionarios que han resultado ganadores de los concursos de méritos y oposición.

ANÁLISIS

Los resultados que se obtienen en la pregunta nro. 5 son determinantes para confirmar el problema identificado en la presente investigación; con absoluto convencimiento el pronunciamiento del encuestado refleja una posición frontal frente a la necesidad de reformar el artículo 17, numeral b)5 de la ley orgánica del servicio público respecto al periodo de prueba de los funcionarios que han resultado ganadores de los concursos de méritos y oposición; es decir debe transcurrir un periodo de prueba durante un periodo de tres meses, lo cual genera un clima de inseguridad jurídica, inestabilidad laboral para el funcionario en mención, pues aun habiendo ganado el concurso, no tiene seguro el ingreso a la carrera del servicio público, pues debe demostrar durante tres meses sus aptitudes, conocimientos, destrezas y capacidades, lo cual por lógica se entiende ya las ha demostrado durante el proceso de evaluación

7. DISCUSIÓN

7.1 Verificación de Objetivos

Al inicio de mí trabajo investigativo me propuse la verificación de cuatro objetivos, uno general y tres específicos, siendo éstos los siguientes:

OBJETIVO GENERAL:

□ REALIZAR UN ESTUDIO JURÍDICO Y CRÍTICO DE LA NORMATIVA DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL ECUADOR Y DE SUS IMPLICACIONES DENTRO DE LAS RELACIONES LABORALES ENTRE EL ESTADO Y LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

Este objetivo se encuentra plenamente justificado en razón de que se ha analizado en forma pausada y reflexiva el marco legal en relación a la ley orgánica del servicio público e identificado algunas falencias estructurales en su normativa.

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

□ DETERMINAR LAS FALENCIAS EXISTENTES EN EL RÉGIMEN CONTRACTUAL PARA EL INGRESO AL SERVICIO PÚBLICO A TRAVES DE LOS DIFERENTES TIPOS DE NOMBRAMIENTOS.

El primer objetivo específico ha sido demostrado en virtud de que la población encuestada ha dado razón de los inconvenientes y desfases de orden técnico y jurídico en los procesos de contratación de servidores públicos a través de los nombramientos que reconoce la ley de la materia.

□ IDENTIFICAR LA AFECTACIÓN DE DERECHOS SUBJETIVOS DEL SERVIDOR PÚBLICO QUE HA GANADO UN CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN, AL SOMETERSE A UN PERIODO DE PRUEBA PARA ACREDITAR SU CONOCIMIENTO Y EXPERIENCIA.

El segundo objetivo ha sido demostrado de igual forma, es decir la muestra encuestada está de acuerdo en que hay un grado de perjuicio alto para el servidor público que ha ganado un concurso de merecimientos y aun así es sometido a un periodo de prueba para acreditar destreza en el ejercicio de su cargo.

□ PROPONER UN PROYECTO DE REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO Y SU REGLAMENTO GENERAL A EFECTO DE SUPRIMIR EL PERIODO DE PRUEBA EN LOS CASOS DE NOMBRAMIENTO PROVISIONAL.

El tercer objetivo ha sido en forma contundente demostrado, pues se ha receptado el criterio legal de funcionarios experimentados y con

conocimiento pleno del problema y adicionalmente se ha sustentado posiciones y argumentos en base a conceptos de autores del derecho, que están de acuerdo en la reforma del artículo 17 de la Ley orgánica de servicio público en cuanto se refiere al periodo de prueba del servidor que ingresa al sector público luego de haber ganado un concurso de méritos y oposición.

7.2 CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La Hipótesis planteada en el proyecto de investigación fue la siguiente:

El periodo de prueba que debe cumplir el servidor público que ha resultado ganador de un concurso de méritos y oposición afecta sus derechos subjetivos de carácter laboral, porque genera un clima de inseguridad jurídica, inestabilidad laboral para el funcionario en mención, pues aun habiendo ganado el concurso, no tiene seguro el ingreso a la carrera del servicio público.

Concomitantemente, con la verificación de los objetivos, se ha logrado contrastar la hipótesis planteada, estableciéndose la pertinencia de demostrar la necesidad apremiante de reformar del artículo 17 de la Ley orgánica de servicio público en cuanto se refiere al periodo de prueba del servidor que ingresa al sector público luego de haber ganado un concurso de méritos y oposición.

7.3 FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

En el proceso de investigación alrededor de una problemática identificada en la esfera de la práctica del derecho a la seguridad social, y luego de la revisión doctrinaria, conceptual y jurídica en relación a instituciones atinentes al problema objeto de estudio, procedo a formular algunos planteamientos y reflexiones que estimo son importantes en el proceso de generación de alternativas legales a incorporarse en nuestro ordenamiento jurídico y en relación a mi temática de investigación;

El estudio del régimen jurídico en materia laboral en el Ecuador es determinante por su trascendencia en las relaciones jurídicas que se desprenden de la relación contractual entre el servidor público y la administración pública en cualquiera de sus formas institucionales, siendo entonces impostergable el tratamiento de asuntos inherentes al trato legítimo que debe darse al servidor público.

Sin embargo es necesario identificar en qué medida se está garantizando el derecho al trabajo y todas las prerrogativas tanto del servidor público como del trabajador, así como los principios laborales que de acuerdo a nuestra Constitución deben observarse en forma óptima sin restricción de ninguna naturaleza.

Es preciso mencionar que la Ley Orgánica del Servicio Público como una normativa relativamente nueva en el país, ha traído consigo evidentes variaciones en la regulación contractual con el servidor público, estableciendo nuevas figuras dentro del sector público.

Un asunto de interés que estimo constituye un conflicto jurídico dentro de la institucionalidad pública ecuatoriana, tiene relación con el régimen de nombramientos que regula la LOSEP, particularmente con el nombramiento provisional regulado en el literal b.5 del art. 17 que textualmente dice:

“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;”

En concordancia con que dispone el literal antes transcrito, podemos observar que el Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público

también se refiere a esta figura del nombramiento provisional en los siguientes términos:

“b) Provisionales: Aquellos otorgados para ocupar temporalmente los puestos determinados en el literal b) del artículo 17 de la LOSEP; no generarán derecho de estabilidad a la o el servidor;”

Entonces como conclusión se observa que el servidor que ha postulado en un concurso de méritos y oposición para ingresar a la función pública y que ha resultado ganador, aun habiéndole sido extendido su nombramiento, éste tiene el carácter de provisional, es decir debe transcurrir un periodo de prueba durante un periodo de tres meses, lo cual genera un clima de inseguridad jurídica, inestabilidad laboral para el funcionario en mención, pues aun habiendo ganado el concurso, no tiene seguro el ingreso a la carrera del servicio público, pues debe demostrar durante tres meses sus aptitudes, conocimientos, destrezas y capacidades, lo cual por lógica se entiende ya las ha demostrado durante el proceso de evaluación y calificación de sus méritos y conocimientos dentro del concurso.

8. CONCLUSIONES

- El estudio del régimen jurídico en materia laboral en el Ecuador es determinante por su trascendencia en las relaciones jurídicas que se desprenden de la relación contractual entre el servidor público y la administración pública en cualquiera de sus formas institucionales.
- Las leyes que regulan la administración pública no se han armonizado con los cambios estructurales propuestos en el marco constitucional vigente, siendo que aún se evidencia afectaciones flagrantes a los derechos de los servidores públicos en el Ecuador.
- Se ha exagerado dentro de las instituciones públicas en la contratación por servicios ocasionales, siendo que los porcentajes no son los permitidos por la ley, lo cual refleja una falta de capacidad gubernamental para regular a través de su estructura jurídica un adecuado régimen de contratación en el sector público.
- Los concursos de méritos y oposición en el sector público no se han llevado a cabo con transparencia, ni con plena observancia de principios administrativos y procedimientos reglamentarios, observándose en la mayoría de los casos, actos y resoluciones parcializados en razón de la coyuntura política.

- El periodo de prueba para los servidores que han resultado ganadores de un concurso de méritos y oposición redundante en una afectación a sus derechos, como la estabilidad y la legalidad, pues es ilógico que luego de haber demostrado su capacidad durante el proceso del concurso, tenga que probarse durante tres meses a fin de acreditarse como aptos para el cargo o función.

9. RECOMENDACIONES

- Es necesario identificar en qué medida se está garantizando el derecho al trabajo y todas las prerrogativas tanto del servidor público como del trabajador, así como los principios laborales que de acuerdo a nuestra Constitución deben observarse en forma óptima sin restricción de ninguna naturaleza.
- Se debe instar al debate público a la sociedad civil, al foro jurídico e institucionalidad pública y privada en el Ecuador a efecto de fortalecer procesos de concertación con los representantes del Gobierno, buscando equilibrio de las relaciones laborales entre servidores y estado, generando acciones positivas de reconocimiento de derechos y regulaciones legales acordes con la Constitución de derechos en el Ecuador.
- La administración pública central e institucional debe generar por intermedio del Ministerio del Trabajo mecanismos y condiciones de fortalecimiento de los presupuestos institucionales a fin de generar las partidas presupuestarias necesarias para convocar a los concursos deméritos y oposición en el sector público.
- Es preciso se transparente todo proceso institucional de méritos y oposición, sometiéndose incluso al escrutinio público real, que acredite

legitimidad de principio a fin y evite discrecionalidades o actos parcializados para favorecer a postulantes que mantengan relación política con el régimen.

- Es necesario reformar el art. 17, literal b5 de la Ley Orgánica del Servicio Público a efecto de suprimir la figura del periodo de prueba de tres meses para los servidores que han resultado ganadores de un concurso de méritos y oposición, por constituir una arbitrariedad.

9.1 PROYECTO DE REFORMA LEGAL

LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO

LA ASAMBLEA NACIONAL

EL PLENO:

Considerando:

Que, la Constitución de la República del Ecuador, en el Capítulo Séptimo del Título IV, dispone que la administración pública constituye un servicio a la colectividad, y se señala las instituciones que integran el sector público y las personas que tienen la calidad de servidoras y servidores públicos;

Que, es necesario que todas las servidoras y servidores de las instituciones y organismos que conforman el sector público se rijan por la Ley que regula el servicio público;

Que conforme lo señala el Art. 1 de la Constitución de la República, el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia social, en el que el ejercicio y goce de los derechos provenientes de la relación laborales deben garantizarse en forma efectiva;

; y,

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 171 numeral 9 de la Constitución, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA A LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO

Art. 1.- Suprímase del numeral b5) del art. 17 el siguiente texto:

“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.”

Art. 2.- Refórmese el numeral b5) del art. 17 por el siguiente texto:

“Se otorgará nombramiento provisional a los funcionarios que han sido ascendidos en sus cargos, 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;”

Artículo final: Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito de la República del Ecuador, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los días del mes de... de 2015.

f. Presidenta de la Asamblea

f. Secretario (a)

10.- BIBLIOGRAFÍA

NORMATIVA

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008

ESTATUTO DEL REGIMEN JURIDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION EJECUTIVA

LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO

REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO

DOCTRINA

BIELSA Rafael, Derecho Administrativo, editorial Le Ley, 6º edición, Buenos Aires, Argentina, 1980, Pág. 279.

CORTINA, Adela. Ética aplicada y democracia radical. Madrid, Tecnos, 2002. Pág. 56

CORRAL TALCIANI, Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual, Pág. 21.

CHIAVENATO Idalberto. Introducción a la Teoría General de la Administración», Séptima Edición, de, McGraw-Hill Interamericana, 2004, Pág. 10.

DIEZ, Manuel M. "MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO" Editorial EDINO 2005. Pág. 56

FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo, Pág. 63.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. "Ética en la Administración Pública", Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1996, No. 73, p. 128.

HAURIOU, Andre. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Editorial Ariel, 2ª Edición, 1980, pág. 118).

LAPORTA, Francisco y Álvarez, Silvina (eds) La corrupción política, Alianza Editorial, Madrid, 1997, 372 p.

MAZEUD, Lecciones de Derecho Civil, Pág. 7

MALEN SAÑA, Jorge, "La corrupción, aspectos éticos, políticos, jurídicos y filosóficos", Editorial Gedisa, 2003, p. 35.

11. ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA

“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA INESTABILIDAD LABORAL DEL SERVIDOR PÚBLICO CON NOMBRAMIENTO PROVISIONAL QUE HA SIDO DECLARADO GANADOR DEL CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN”

1. ¿EN SU CRITERIO LEGAL, CONSIDERA QUE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DISPUESTAS POR EL MINISTERIO DE RELACIONES LABORALES HAN SIDO INEFICACES PARA GENERAR ESTABILIDAD LABORAL DEL SERVIDOR PÚBLICO EN EL ECUADOR?

SI () NO()

2. ¿DESDE SU PERSPECTIVA JURIDICA, CONSIDERA QUE EXISTE UN LIMITANTE DE CARÁCTER ECONOMICO QUE IMPIDE LA GENERACIÓN DE PARTIDAS PRESUPUESTARIAS PARA LLAMAR A CONCURSOS DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN?

SI () NO()

3. ¿ESTA DE ACUERDO USTED EN QUE HA EXISTIDO DESPROPORCIONALIDAD Y FALTA DE IMPARCIALIDAD DURANTE EL

PROCESO DE SELECCIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS CONVOCADOS A CONCURSOS DE MERITOS Y OPOSICION?

SI () NO()

4. ¿CONSIDERA USTED QUE EL PERIODO DE PRUEBA AL QUE ES SOMETIDO EL FUNCIONARIO CON NOMBRAMIENTO PROVISIONAL QUE HA RESULTADO GANADOR DE UN CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN AFECTA SU DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL Y ARRIESGA SU PERMANENCIA EN LA INSTITUCIÓN?

SI () NO()

5. ¿ES NECESARIO REFORMAR EL ARTICULO 17, NUMERAL b)5 DE LA LEY ORGANICA DEL SERVICIO PÚBLICO RESPECTO AL PERIODO DE PRUEBA DE LOS FUNCIONARIOS QUE HAN RESULTADO GANADORES DE LOS CONCURSOS DE MERITOS Y OPOSICION?

SI () NO()

INDICE

PORTADA	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS	IV
AGRADECIMIENTO	V
DEDICATORIA	VI
TABLA DE CONTENIDOS	VII
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN	2
2.1. ABSTRACT	5
3. INTRODUCCIÓN	7
4. REVISIÓN DE LITERATURA	10
4.1. MARCO CONCEPTUAL	10
4.2. MARCO DOCTRINARIO	25
4.3. MARCO JURÍDICO	32
5. MATERIALES Y MÉTODOS	47
6. RESULTADOS	50
7. DISCUSIÓN	60
8. CONCLUSIONES	66
9. RECOMENDACIONES	68
9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA	70
10. BIBLIOGRAFÍA	73
11. ANEXOS	74
INDICE	76