

El estado de situación del derecho sindical en el sector público en Ecuador

Solimar Herrera Garcés¹⁵⁶

solimarh25@gmail.com

Resumen

Este trabajo tiene como objetivo abordar ciertos aspectos referentes a los derechos sindicales y la contratación de los trabajadores y servidores públicos en el régimen ecuatoriano. En ese contexto, explicaré la diferenciación que hace la ley ecuatoriana entre los trabajadores y sus diferentes regímenes como son: régimen laboral o administrativo; los trabajadores antes de la reforma del 2015 estaban regidos por el Código del Trabajo, mientras que los servidores públicos, por la Ley Orgánica del Servicio Público. Sin embargo, en la actualidad existe un retroceso en la relación entre las leyes especiales de trabajo con la Constitución ecuatoriana del año 2008, porque se contraponen al nivel constitucional que define a nuestro Estado como constitucional de derechos, que supone la positivización en igual jerarquía de derechos en el marco constitucional, entre ellos el del Derecho al Trabajo.

156 Doctora en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador y magister en Derecho del Trabajo y del Empleo por la Universidad de Ciencias Sociales de Toulouse, Francia. Se ha desempeñado como catedrática de Derecho en la Universidad Central del Ecuador. Desde el sector público ha ocupado diferentes roles y cargos de asesoría en temas laborales a los ministros del Trabajo, además en el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

** Lo escrito en el presente artículo constituye un trabajo presentado en la Cátedra de Derecho Colectivo del Trabajo con el Dr. Matías Cremonte de la Universidad de Buenos Aires durante mi estancia en el Módulo de Derecho Laboral (Argentina) 2016.

Introducción

El derecho al trabajo al ser un resultado de las necesidades sociales se encuentra en un constante cambio, adaptándose incluso al mercado laboral imperante al momento. Tomando en cuenta este planteamiento, se determina que el dinamismo de la ley ha impulsado a la Organización Internacional del Trabajo a adoptar ciertos convenios que se vayan adecuando a esta evolución, uno de ellos es el Convenio número 151 de 1978, sobre Derecho de *Sindicalización y las condiciones de empleo en la Administración Pública*, en el cual se hace un reconocimiento a los empleados de la administración pública de los Estados, que en la legislación ecuatoriana son llamados servidores públicos. Sin embargo, el estudio de varios datos apunta a que en el mundo los servidores públicos existen mucho antes del reconocimiento que les hace la OIT; en el esclavismo, por ejemplo, eran aquellos funcionarios que fortalecían el trabajo de las élites dentro de los territorios, mientras que, en la página web, <http://www.wincalendar.com>, se los define como “aquellas personas que brindan su fuerza de trabajo a labores contratadas por el Estado de una nación o el Gobierno de una región”.

En lo que respecta al concepto de trabajo público se dice que: “Es la relación en la que el Estado es el *empleador*”. Entonces, la diferencia según la mayoría de doctrinas, entre el obrero y el servidor público está en las funciones que realiza cada uno; por un lado, el obrero entrega su fuerza de trabajo física; el servidor público en cambio tiene un trabajo eminentemente intelectual y realiza labores que benefician al Estado.

En el caso de América Latina existen países como Bolivia, Venezuela, Nicaragua y Perú en donde sus legislaciones establecen diferencias en el marco normativo, el Código del Trabajo rige para los obreros, mientras que el Estatuto del Servicio Civil a los empleados; esto es porque las funciones que ejercen ambos son distintas, sin embargo, ésta distinción repercute en sueldos y salarios, beneficios, etc.

En el Derecho Laboral existen, entre otros, dos instituciones jurídicas importantes: la libertad que tienen los trabajadores de poder organizarse sindicalmente y la de presentar un contrato colectivo que regule como norma vinculante las relaciones laborales entre trabajadores y empleador/es, cuyo objetivo consiste en mejorar las condiciones laborales, es decir, de los obreros. De manera que la única forma de culminar con los objetivos de la organización finalmente es la posibilidad de la suscripción de un contrato colectivo. Además, cabe destacar que los contratos colectivos determinarán las condiciones que se establecerán en los contratos individuales, es decir, estos últimos no podrán estipular condiciones que no estén establecidos en el contrato colectivo. Esto fomenta mejores condiciones de vida para los futuros trabajadores de determinada empresa o institución.

Marx sostiene en su obra *Trabajo asalariado y capital*, publicada en el año 1849, en Alemania, que el trabajo no ha sido siempre trabajo asalariado, ya que el esclavo no vendía su fuerza de trabajo al esclavista; éste era vendido con su fuerza de trabajo a su dueño, es así que él era una mercancía, pero su fuerza de trabajo no es una mercancía suya. En el modo de producción feudal, el siervo de la gleba solo vende una parte de su fuerza de trabajo, pero no obtiene un salario del propietario del suelo, el propietario del suelo es quien percibe de él un tributo. En el sistema capitalista aparece el obrero; éste, como individuo, no pertenece a ningún propietario ni está adscrito al suelo, su ingreso económico es el resultado de la venta de su fuerza de trabajo. Para Karl Marx la fuerza de trabajo es: “el conjunto de las facultades físicas y mentales que existen en la corporeidad, en la personalidad viva de un ser humano y que él pone en movimiento cuando produce valores de uso de cualquier índole”. (Marx, 1844).

La obra de Marx, explica cómo el trabajo ha ido evolucionando a través de la historia, y cómo, con la lucha obrera se ha venido alcanzando mejores condiciones laborales para la satisfacción mínima de las necesidades del trabajador y su familia. Omar

Guerrero Orozco, en su libro *Principios de administración pública*, reeditado en 2007, en Santafé de Bogotá, sostiene que generalmente los estudios sobre el servicio público empiezan en Alemania, debido a que el derecho alemán era más desarrollado en lo que se refiere a los funcionarios.

También se sostiene que, en el siglo XVIII, los funcionarios eran denominados servidores reales, posteriormente se los denominaba servidores del Estado, mientras que en el siglo XIX se los llama funcionarios. Se plantea también que en la Alemania Federal los funcionarios de los servicios públicos se dividían en dos categorías: por un lado, están los que ejercen funciones de mando y coerción (funcionarios de derecho público); los otros funcionarios estaban bajo el régimen de convenios colectivos de derecho privado. En lo que se refiere a la Carrera Administrativa, sostiene: “Supone el desarrollo profesional del funcionario público, que entraña un proceso de selección y formación previa al ingreso; un desempeño ascendente a través de una escala regida por el principio de mérito; un proceso de formación” (Orozco, 2007).

El libro de Omar Guerrero Orozco, permite identificar la diferencia existente entre el trabajador y el servidor público, tales como las funciones que cumplen, la dependencia laboral de éstos, y, la diferencia en su régimen jurídico. Patricia Kurczyn Villalobos, en la obra *Derechos humanos en el trabajo y la seguridad social*, publicada en 2014, en México, cita a Ferrajoli al tratar la temática de “El valor de los derechos humanos al interior de los sistemas jurídicos internos”, aquí se hace referencia a la importancia de la positivización de derechos fundamentales en las Constituciones, o en palabras de la autora plantea que: “Los derechos humanos deben operar como guía principal de las instituciones estatales, ya sea para la creación de leyes, el dictado de sentencias o el diseño de políticas públicas y programas de gobierno” (Villalobos, 2014).

La obra de Patricia Kurczyn Villalobos, contribuye a comprender lo trascendental de la positivización de los derechos funda-

mentales, entre estos los derechos del trabajador en la Constitución, y cómo eso aporta a una mejor convivencia social dentro de un Estado. La Constitución del Ecuador del año 2008, en los artículos 33, 226, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, reconoce el derecho de las personas al trabajo, por lo que el Estado garantizará el acceso al mismo, además se contempla derechos de los trabajadores y también determina el régimen jurídico de los servidores públicos y el de los trabajadores.

La Enmienda Constitucional en el 2015 en sus artículos 229 y 326, así como la Disposición Transitoria Primera, marcan un cambio, principalmente, en el régimen jurídico de los trabajadores que forman parte de la Administración Pública. Los tratados y convenios internacionales en materia laboral crean principios, la Organización Internacional del Trabajo (OIT); adoptó el 7 de junio de 1978 el Convenio sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública, Convenio N° 151, en el que se determina la protección de los derechos de los empleados públicos en lo referente a la sindicalización, principalmente.

Por otro lado, encontramos el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958, N°. 111, aquí se define a la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Discusión

En el Ecuador a los servidores públicos los regía en 1928 la Ley Orgánica de Hacienda, Título V, que constituyó el instrumento legal que normaba las funciones, responsabilidades, sueldos y nombramientos. Más adelante el 30 de octubre de 1959 se crea la Ley de Carrera Administrativa, esta ley buscaba regular la estabilidad de los empleados públicos idóneos, su capacitación técnica y la selección de estos a través de méritos. El 6 de marzo

de 1964 se expide la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, dicha ley apuntaba a mejorar el servicio de la Administración Pública, sin embargo, esta ley tuvo reformas mediante leyes y decretos.

Por otro lado, el 26 de abril del 2005 se promulga la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación de las Remuneraciones del Sector Público, misma que contaba con su Reglamento. Posteriormente a la aprobación de la Constitución del 2008 el Ecuador ha realizado varios cambios en su régimen normativo, es así que el 6 de octubre del 2010 entró en vigencia la Ley Orgánica del Servicio Público que rige varios aspectos como el ingreso al sector público a través de procesos de meritocracia, requisitos para ascenso, derechos de los servidores públicos entre otros.

En lo que se refiere a los trabajadores la historia recoge varios puntos de partida en cuanto a la evolución de la normativa laboral que, en muchos aspectos, ha sido producto de la lucha de la clase obrera, siendo un ejemplo la primera huelga general del 15 de noviembre de 1922; así, se marcaría un antecedente para que sea la Constitución de 1926 la primera en reconocer derechos laborales, además, en una norma anterior a la expedición del Código de Trabajo, se creó la Caja del Seguro (norma relativa a la Seguridad Social) en el año de 1930; producto de las necesidades laborales los trabajadores exigen leyes que recojan sus aspiraciones de cambio, por ello el Código de Trabajo se de 1938 toma un carácter protectorio del trabajador y desde la óptica del empleador da una extrema visión obrera. La Constitución del 2008 hasta el 2015 sostenía en su artículo 229: ... *“Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo”*; sin embargo, el resultado de la Enmienda Constitucional es cambiar el régimen establecido a uno solo, el de la administración pública, que en el fondo constituye una reforma es la eliminación del inciso anteriormente citado. En la disposición transitoria de esta Enmienda se dispone que los trabajadores que actualmente están sujetos al Código de Trabajo seguirán bajo su

amparo hasta que cesen sus actividades laborales, y así consecutivamente hasta que el último de sus miembros deje de pertenecer a la organización se perderá esa organización sindical y con ella su contrato colectivo, es decir, se amenaza en desaparecer los derechos que podían haber tenido con el Código del Trabajo los trabajadores que ahora estén bajo la LOSEP.

En el análisis que hizo la Corte Constitucional para aprobar esta propuesta por vía Enmienda Constitucional expresó que los trabajadores que prestan sus servicios al sector público tienen como su único empleador al Estado, por tanto “la configuración de las normas constitucionales sobre los regímenes laborales de las personas que trabajan en relación de dependencia del sector público denotan una distinción injustificada en cuanto a la aplicación normativa de los obreros del sector público”. También señaló que: “esta distinción normativa genera un efecto perjudicial en cuanto al acceso a derechos reconocidos a los servidores públicos a los cuales los obreros se verían imposibilitados a acceder como a una carrera administrativa que les garantice un desarrollo profesional”.

Conclusión

En conclusión, la Corte Constitucional mencionó que fue necesario enmendar estos artículos y que la propuesta planteada por los asambleístas no genera una restricción de derechos o garantías constitucionales, pues al contrario, se está respetando el derecho de igualdad consagrado en la Constitución y en el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en razón de que todos los trabajadores que prestan sus servicios en el sector público se rigen bajo los mismos principios del servicio público y por tal motivo “no existe una justificación para una aplicación diferenciadora de la normativa que rige sus relaciones laborales, puesto que todos parten de una misma categoría, servidores públicos; lo contrario genera una discriminación en relación a la actividad laboral que realizan”. La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: Convocada en la ciudad de Ginebra el

7 de junio de 1978, tomó la iniciativa para plantear a la comunidad internacional un Convenio, cuyo objetivo sea garantizar la seguridad jurídica de los derechos de organización sindical y de contrato colectivo en la administración pública, esto debido a que no se estaba respetando adecuadamente el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (celebrado en el año de 1949), en razón de que no se estaba aplicando a ciertas categorías de empleados públicos. La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el veintisiete de junio de mil novecientos setenta y ocho adopta el Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (número 151). Este Convenio protege a los servidores públicos que quieran o estén organizados sindicalmente, gozando de completa libertad y dependencia de las autoridades públicas y de las posiciones antisindicales.

Lamentablemente el Estado ecuatoriano no lo ha ratificado dejando en los funcionarios y trabajadores del sector público con esta Enmienda sin un paraguas normativo internacional al cual interponer sus demandas al no poder tener acceso a contratar colectivamente. Esta decisión Estatal propende a una inseguridad jurídica de los derechos de organización sindical y de contrato colectivo en la administración pública, puesto que lo que quiere alcanzar este Convenio para los países que se ratifiquen a él es: aclarar y recordar a los Estados que no debe haber discriminación de ninguna clase para aquellos trabajadores que prestan sus servicios en la administración pública y quieran o estén organizados sindicalmente.