



Quito – Ecuador
Edificio Amazonas Parc, Oficina 67
Dirección: Av. Amazonas y Colón.

Cel.: 0978947902
e-mail: abogadobalarezo@gmail.com

David Balarezo M.
ABOGADO

AMICUS CURIAE

Ref.: Caso No. 224-23-JP

SEÑORAS JUEZAS Y SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Abogado **ORLEY DAVID BALAREZO MERO**, con matrícula No. **17-2022-1861** como interesado en el **Caso No. 224-23-JP**, comparezco en calidad de Amicus Curiae, al amparo de lo dispuesto en el artículo 12 de la LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, en los siguientes términos:

I OBJETO DEL AMICUS CURIAE

Con la presentación de este Amicus Curiae tengo como fin aportar argumentos jurídicos necesarios para la Corte Constitucional en relación a los parámetros de la desnaturalización de la **Acción de Protección seleccionada** de la causa No. **224-23-JP**, que involucra a los Derechos de los Servidores Públicos de las Empresas Públicas quienes posterior a su desvinculación e indemnización por despido intempestivo han planteado una Acción de Protección para ser reintegrados a sus actividades haciendo un uso desmedido de la Acción de Protección, lo cual da como resultado que se produzca una desnaturalización de la Acción.

II INTERÉS DEL AMICUS CURIAE

Mi interés en esta causa se justifica porque los temas que se tratan se refieren al contenido de los Derechos de los Servidores Públicos de las Empresas Públicas amparados bajo el régimen laboral de la Codificación del Código del Trabajo, particularmente, al trabajo y la indemnización por despido intempestivo frente a la desnaturalización de la acción de protección para obtener una doble cancelación de indemnizaciones. Justifico mi intervención y argumentos como ciudadano ecuatoriano. Soy investigador independiente y autor de obras jurídicas. Solicito que se tome en cuenta mi participación en este proceso, como Amicus Curiae. Y al hacerlo no pretendo que mi intervención signifique demandante o tercera para que sea incluido en sentencia en virtud de que hasta la fecha de elaboración del presente escrito laboro en una Empresa Pública.

III PROPUESTA DEL AMICUS CURIAE

Del caso No. **224-23-JP** seleccionado por la Corte Constitucional para el desarrollo de jurisprudencia por los parámetros de gravedad y novedad, se evidencia que los legitimados activos de la Acción de Protección buscaban una doble indemnización por ser separados de una Empresa Pública.

Para la exposición del presente Amicus Curiae es menester dividirlo en dos objetos de razonamiento, el primero corresponde a la procedencia o no de la fijación de un plazo determinado para la interposición de una acción de protección, el cual se resumirá en la pregunta ¿Es Constitucional limitar la acción de protección por el plazo transcurrido desde la posible vulneración del derecho? El segundo objeto se centrará en señalar a la Corte las posibles causas



Quito – Ecuador
Edificio Amazonas Parc, Oficina 67
Dirección: Av. Amazonas y Colón.

Cel.: 0978947902
e-mail: abogadobalarezo@gmail.com

David Balarezo M.
ABOGADO

de la desnaturalización de la acción de protección incoada por exservidores públicos de carrera que hayan trabajado en una empresa pública.

1.- ¿Es Constitucional limitar la acción de protección por el plazo transcurrido desde la posible vulneración del derecho?

Los derechos humanos tienen características definidas, tanto por la doctrina como la jurisprudencia constitucional, que se pueden definir como: irrenunciables e imprescriptibles. Al ser el Ecuador un Estado Constitucional de Derechos con una visión Neoconstitucionalista se han consagrado garantías para hacer efectivo el ejercicio de los derechos fundamentales. Entre estas garantías se encuentra la Acción de Protección.

La Acción de Protección es para salvaguardar los derechos a fin de que nadie, ni nada los vulnere con función tuitiva de primer orden sobre los derechos fundamentales. Esta garantía tutela los derechos fundamentales, con un amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución¹. No se establece en el texto constitucional de manera expresa que su interposición debe ser con carácter inmediato La Acción de Protección protege de cualquier atentado a los derechos fundamentales, siempre que no exista otra garantía para salvaguardar uno de ellos. Su eficacia no debería ser valorada por el tiempo o considerarse una aspiración o promesa, por lo tanto, debe concretarse en forma práctica.

Ahora bien, la procedencia de la Acción de Protección no se demuestra únicamente por ser la vía más idónea debido al tiempo al que conllevaría realizar un proceso ordinario, sino que esta se fundamenta en que otras vías judiciales no han sido creadas para la protección de los derechos eventualmente vulnerados. Puesto que, si se llega a considerar que todo acto administrativo debe ventilarse ante la vía administrativa se tendría este como criterio único para negar la procedencia de la acción de protección.

La desnaturalización de la Acción de Protección frente a la desvinculación de servidores públicos de carrera de las empresas públicas va más allá de una posible limitante a los plazos que se establezca. Resultaría atentatorio de derechos limitar la Acción de Protección con un plazo en el cual pueda interponerse sin examinarse cada uno de los casos, provocando gravosas consecuencias a los justiciables, más aún cuando el problema real es la falta de seguridad jurídica y de aplicación normativa. Al ser los derechos fundamentales imprescriptibles no sería idóneo establecer una caducidad para su justiciabilidad.

Esta manera reiterada de desvincular a los Servidores Públicos de Carrera de Empresas Públicas sin reconocer la indemnización por el despido intempestivo por la falacia “no han ganado un concurso de méritos y oposición por lo tanto no tienen el derecho a...” es un claro abuso del poder. Es por ello por lo que la acción de protección surge en el bagaje jurídico como la antítesis

¹ Constitución de la República del Ecuador, 2008. Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.



Quito – Ecuador
Edificio Amazonas Parc, Oficina 67
Dirección: Av. Amazonas y Colón.

Cel.: 0978947902
e-mail: abogadobalarezo@gmail.com

David Balarezo M.
ABOGADO

al poder y debe existir para evitar que el poder corrompa y abuse con el desconocimiento de derechos al invocar preceptos normativos que no son aplicables a la naturaleza de la relación laboral para las empresas públicas.

2.- Posibles causas de la desnaturalización de la acción de protección incoada por exservidores públicos de carrera que hayan trabajado en una empresa pública.

Entre las causas de la posible desnaturalización de la acción de protección por parte de quienes en su momento prestaron sus servicios a una empresa pública y que busquen como vía efectiva incoar este tipo de acciones constitucionales para que se les sean reconocidos sus derechos a través de indemnizaciones no tienen como principal factor el largo tiempo que muchas veces se deja de acudir ante el órgano competente, sino que más bien al hacerlo se encuentran con la negativa de recibir la indemnización correspondiente en caso de despido intempestivo.

Esta negativa infundada y muchas veces motivada de manera errónea al resolver por parte de la justicia ordinaria que el servidor público de carrera de una empresa pública al momento de su desvinculación no le asiste el derecho a recibir la indemnización correspondiente por despido intempestivo, señalando que el funcionario no habría ganado un concurso de méritos y oposición para el inicio de su relación laboral con la Empresa Pública. Esta aplicación inconstitucional surge porque como bien se ha indicado no se cuenta con los lineamientos específicos del régimen laboral aplicable en las empresas públicas.

Si bien nuestra Constitución de la República del Ecuador establece que para el ingreso al servicio público es necesario la realización de un concurso de méritos y oposición². No es menos cierto que la misma norma fundamental reconoce la creación de empresas públicas con autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión y les da un tratamiento especial refiriéndose a que estas estarán bajo la regulación de la ley³. Ante esto es menester diferenciar el ingreso al servicio público de las instituciones estatales, descentralizadas y ejecutivas con relación al ingreso a las empresas públicas. De este modo por mandato constitucional se efectuarán obligatoriamente los concursos de méritos y oposición para el ingreso al servicio público de instituciones que no sean empresas públicas. Por otro lado, por la misma fuerza del precepto

² Ibid. Art. 228.- **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.

³ Ibid. Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. **Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley**; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales. Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado. La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.



Quito – Ecuador
Edificio Amazonas Parc, Oficina 67
Dirección: Av. Amazonas y Colón.

Cel.: 0978947902
e-mail: abogadobalarezo@gmail.com

David Balarezo M.
ABOGADO

constitucional el ingreso a las empresas públicas se lo atribuye de conformidad con la ley aplicable siendo esta la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁴ más no la LOSEP^{5,6,7,8}.

De manera que la modalidad de contratación para los servidores públicos de carrera en las empresas públicas debe ser por procesos de selección, no necesariamente un concurso de mérito y oposición⁹. Así también se hace referencia a que se atenderá a lo establecido en la

⁴ Ley Orgánica de Empresas Públicas, 2009. Art. 1.- Ámbito.- Las disposiciones de la presente Ley regulan la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local; y, establecen los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la República.

⁵ Ley Orgánica del Servicio Público, Segundo Suplemento del Registro Oficial 294, 6-X-2010, Art. 3.- Ámbito.- Las disposiciones de la presente ley son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende: ... En las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocio, se aplicará lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

⁶ Ibid. Art. 56.- De la planificación institucional del talento humano.- (Reformado por el Art. 13 de la Ley s/n, R.O. 1008-S, 19-V-2017).- Las Unidades de Administración del Talento Humano estructurarán, elaborarán y presentarán la planificación del talento humano, en función de los planes, programas, proyectos y procesos a ser ejecutados Las Unidades de Administración del Talento Humano de las Entidades del Sector Público, enviarán al Ministerio del Trabajo, la planificación institucional del talento humano para el año siguiente para su aprobación, la cual se presentará treinta días posteriores a la expedición de las Directrices Presupuestarias para la Proforma Presupuestaria del año correspondiente. Esta norma no se aplicará a los miembros activos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas y a las entidades sujetas al ámbito de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Los Gobiernos Autónomos Descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, obligatoriamente tendrán su propia planificación anual del talento humano, la que será sometida a su respectivo órgano legislativo.

⁷ Ibid. Art. 57.- De la creación de puestos.- (Reformado por el Art. 13 de la Ley s/n, R.O. 1008-S, 19-V-2017).- El Ministerio del Trabajo aprobará la creación de puestos a solicitud de la máxima autoridad de las instituciones del sector público determinadas en el artículo 3 de esta ley, a la cual se deberá adjuntar el informe de las unidades de administración de talento humano, previo el dictamen favorable del Ministerio de Finanzas en los casos en que se afecte la masa salarial o no se cuente con los recursos necesarios. Se exceptúan del proceso establecido en el inciso anterior los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, las universidades y escuelas politécnicas públicas y las entidades sometidas al ámbito de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

⁸ Ibid. Art. 83.- Servidoras y servidores públicos excluidos de la carrera del servicio público.- Exclúyase del sistema de la carrera del servicio público, a: ... k) El personal de las empresas sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas;

⁹ Ley Orgánica de Empresas Públicas, 2009. Art. 17.- Nombramiento, contratación y optimización del talento humano.- La designación y contratación de personal de las empresas públicas se realizará **a través de procesos de selección que atiendan los requerimientos empresariales de cada cargo y conforme a los principios y políticas establecidas en esta Ley, la Codificación del Código del Trabajo y las leyes que regulan la administración pública.**

Para los casos de directivos, asesores y demás personal de libre designación, se aplicarán las resoluciones del Directorio. El Directorio, en aplicación de lo dispuesto por esta Ley, expedirá las normas internas de administración del talento humano, en las que se regularán los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano de las empresas públicas. Por lo menos un cuatro por ciento del talento humano de las empresas públicas deberá ser personal con capacidades especiales acreditado por el Consejo Nacional de Discapacidades. La autoridad nominadora previo informe motivado podrá realizar los cambios administrativos del personal dentro de una misma jurisdicción cantonal, conservando su nivel, remuneración y estabilidad. De tratarse de cambios administrativos a jurisdicciones distintas de la cantonal, se requerirá consentimiento expreso del obrero o servidor. En las empresas públicas se incorporará preferentemente a personal nacional para su desempeño en las áreas técnicas y administrativas. El Ministerio de Relaciones Laborales, a través de firmas externas especializadas realizará el control posterior (ex post) de la administración del recurso humano y remuneraciones, conforme a las normas y principios previstos en esta Ley y las demás normas que regulan la



Quito – Ecuador
Edificio Amazonas Parc, Oficina 67
Dirección: Av. Amazonas y Colón.

Cel.: 0978947902
e-mail: abogadobalarezo@gmail.com

David Balarezo M.
ABOGADO

Codificación del Código del Trabajo por cuanto la modalidad de ingreso responderá a los tipos de contratación establecidos en este cuerpo normativo, Que, el adoptar modalidades de contratación de un régimen que excluye expresamente a los servidores públicos de carrera pertenecientes a una empresa pública es una manera de precarización laboral.

Pese a que la Ley Orgánica de Empresas Públicas determina de manera clara la naturaleza jurídica de la relación con el talento humano¹⁰. Dicha naturaleza ya ha sido reconocida e interpretada de manera constitucional según la Sentencia No. 007-11-SCN-CC¹¹. Continuando con el análisis la LOEP determina que únicamente las empresas públicas podrán únicamente regular el ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano, esto al amparo de lo citado en líneas anteriores del artículo 315 de la Constitución de la República del Ecuador.

De manera que, al establecerse que las empresas públicas pueden regular el ingreso, más no el tipo de contratación, y se debe entender como ingreso al modo de selección del personal, más no a las modalidades de contratación para los servidores públicos de carrera en las empresas públicas. De manera que el establecimiento de modalidades de contratación que no se encuentran reguladas en la LOEP y la Codificación del Código del Trabajo son inconstitucionales y son precisamente estas las que producen precarización laboral y peor aun las que dan lugar a que los exfuncionarios incoen acciones de protección, cuando la indemnización que deben recibir al ser desvinculados es la del despido intempestivo.

Según lo antes indicado, toda vinculación en la que no se haya observado un proceso de selección y/o adoptando una modalidad diferente a las aplicables, serán entendidas como que se encuentren reguladas en la LOEP y la Codificación del Código del Trabajo, teniendo como resultado que frente a la desvinculación se aplicará lo determinado en el Mandato Constituyente No. 4 para el cálculo del despido intempestivo. El no aplicar un proceso de selección por parte de la Empresa Pública no debe ser endosado a responsabilidad del funcionario y la Empresa Pública no se podrá favorecer de su propio dolo, esto según el principio del derecho "*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*".

administración pública. El informe de dicha firma será puesto en conocimiento del Directorio, para que éste disponga las medidas correctivas que sean necesarias, de ser el caso.

¹⁰ Ley Orgánica de Empresas Públicas, 2009. Art. 18.- Naturaleza jurídica de la relación con el talento humano.- 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 de las empresas públicas. **La prestación de servicios del talento humano de las empresas públicas se someterá de forma exclusiva a las normas contenidas en esta Ley, a las leyes que regulan la administración pública y a la Codificación del Código del Trabajo**, en aplicación de la siguiente clasificación: a. Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción.- Aquellos que ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y en general funciones de confianza; **b. Servidores Públicos de Carrera.- Personal que ejerce funciones administrativas, profesionales, de jefatura, técnicas en sus distintas especialidades y operativas, que no son de libre designación y remoción que integran los niveles estructurales de cada empresa pública**; y, c. Obreros.- Aquellos definidos como tales por la autoridad competente, aplicando parámetros objetivos y de clasificación técnica, que incluirá dentro de este personal a los cargos de trabajadoras y trabajadores que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública. **Las normas relativas a la prestación de servicios contenidas en leyes especiales o en convenios internacionales ratificados por el Ecuador serán aplicadas en los casos específicos a las que ellas se refieren.**

¹¹ Ecuador, Corte Constitucional. Sentencia No. 007-11-SCN-CC, 31 de mayo de 2011.



Quito – Ecuador
Edificio **Amazonas Parc, Oficina 67**
Dirección: Av. Amazonas y Colón.

Cel.: 0978947902
e-mail: abogadobalarezo@gmail.com

David Balarezo M.
ABOGADO

En parte, la precarización laboral no surge únicamente al momento de que los ex funcionarios de empresas públicas buscan que se le resarzan sus derechos por una indemnización. Sino que más bien este uso deslegitimado de la acción de protección, nace a partir de las reiteradas equivocaciones por parte de la administración pública, es decir, las empresas públicas, al tratar de generar una relación laboral con sus servidores al aplicar modalidades que no están previstas en el régimen jurídico aplicable. Es así como actualmente podemos ver que se extienden contratos de servicios ocasionales que plenamente están regidos bajo el régimen de LOSEP lo cual es inaplicable para las empresas públicas puesto que la LOSEP excluye directamente a quienes prestan sus servicios para empresas públicas.

De manera que, no se debe confundir a los servidores públicos del régimen de la LOSEP con los servidores públicos de carrera regidos por la LOEP puesto que por su naturaleza y características son diferentes. La presente sentencia debe establecer los parámetros mínimos para que las modalidades de contratación aplicable a los servidores de carrera en las empresas públicas sean de acuerdo con el artículo 315 de la Norma Suprema, el articulado de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la Codificación del Código del Trabajo según por su carácter especial, al desvincular a un funcionario de carrera se deberá indemnizar el despido intempestivo.

PETICIÓN

Sírvanse incorporar al proceso este escrito y considerar los argumentos y la intención de mi intervención a través de la plataforma digital que se habilite para sustentar por medios telemáticos este Amicus Curiae en audiencia en consideración al artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en concordancia con los principios y métodos y reglas de interpretación constitucional, del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

NOTIFICACIONES

Las notificaciones que me correspondan las recibiré en el casillero electrónico No. 1314125871 dirección electrónica abogadobalarezo@gmail.com - ab.sedlex@gmail.com

AB. ORLEY DAVID BALAREZO MERO
Mat.: 17-2022-1861