



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. 3564-22-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. 3564-22-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

El Amicus Curiae tiene como fin aportar insumos legales y argumentos jurídicos pertinentes a la Corte Constitucional en relación a la **Acción de Protección seleccionada** de la causa No. **3564-22-JP**, que involucra a los Derechos de los Servidores Públicos de las Empresas Públicas amparados bajo el régimen laboral del Código del Trabajo y la posible desnaturalización de la acción de protección por la eventual declaración de un derecho y/o hacerlos prevalecer.

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; a la igualdad y no discriminación; y, a la contratación laboral colectiva frente a la posible desnaturalización de la acción de protección por la eventual declaración de un derecho y/o hacerlos prevalecer. Justifico mi intervención y argumentos como ciudadano ecuatoriano; Servidor Público de una empresa pública municipal sin que mi intervención signifique demandante o tercería para que sea incluido en sentencia o para que los efectos de esta se me extiendan. Además, soy investigador independiente y autor de obras jurídicas. Solicito que se tome en cuenta mi participación en este proceso, como Amigo de la Corte.

III PROPUESTA DEL AMICUS CURIAE

Del caso No. 3564-22-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 la declaración de: a. Que a los servidores de Carrera de la empresa pública se les aplique el régimen laboral de Código del Trabajo; y, b. Que a los servidores de Carrera se los incluya como beneficiarios de la contratación colectiva.

La Constitución de la República del Ecuador contempla el derecho al trabajo garantizando el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. En la Empresa Pública las asociaciones de obreros se regirán por las normas contenidas en el Título V de la Codificación del Código del Trabajo.



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

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

David Balarezo M.
ABOGADO

Para una mejor comprensión se presentan las siguientes interrogantes: a. ¿Cuál es el Régimen Laboral aplicable a los Servidores Públicos de Carrera en las Empresas Públicas? b. ¿Están incluidos en la contratación colectiva el talento humano que sea Servidor Público de Carrera en una empresa Pública? c. ¿Es procedente activar una Acción de Protección para la declaración de Derechos?

a. ¿Cuál es el Régimen Laboral aplicable a los Servidores Públicos de Carrera en las Empresas Públicas?

Las Empresas Públicas de conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas están dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, su relación jurídica de la relación con el talento humano contempla como 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 sujetas a las normas contenidas en esta Ley, a las leyes que regulan la administración pública y a la Codificación del Código del Trabajo, y sus servidores se clasifican en: Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción, Servidores Públicos de Carrera; y, Obreros.

El servidor público de libre designación y remoción ejerce «funciones de dirección, representación, asesoría y en general funciones de confianza»; el servidor público de carrera es aquel 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, el servidor público obrero es aquel que, definido como tal «por la autoridad competente», forma parte de modo directo en «los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública».

Resulta menester puntualizar que el servidor público de carrera que reconoce la Ley Orgánica De Empresas Públicas es diferente al servidor público de carrera que regula la Ley Orgánica del Servicio Público. No porque emplean los dos cuerpos normativos la denominación «servidor de carrera», debe concluirse que se trata de idénticos servidores públicos. No se debe igualar estas denominaciones, peor aún, encaminar el sistema a los dos servidores públicos de carrera solamente a partir de uno de los cuerpos normativos antes mencionados.

El artículo 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas estipula las modalidades de designación y contratación del talento humano, haciendo referencia a que los servidores públicos contarán con nombramiento expedido al amparo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y de la normativa interna de la Empresa Pública¹. Respecto a la Relación laboral este cuerpo normativo prevé en el artículo 33 que en lo no previsto expresamente en el título que contiene las normas sobre la administración del talento humano, debe aplicarse la Codificación del Código del Trabajo

¹ Ley Orgánica de Empresas Públicas, 2009. Art. 19.- Modalidades de designación y contratación del talento humano.- Las modalidades de vinculación de los servidores públicos y obreros de las empresas públicas son las siguientes: (...)2. Nombramiento para servidores públicos, expedido al amparo de esta Ley y de la normativa interna de la Empresa Pública...



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

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

David Balarezo M.
ABOGADO

en lo relativo a la contratación individual, siempre que no se contradiga a los principios de tal gestión²; principios que están manifestados en el artículo 20 de aquel cuerpo normativo³.

Prima facie se entendería la existencia de un vacío normativo respecto a qué cuerpo normativo se debe aplicar al Régimen Laboral aplicable a los Servidores Públicos de Carrera en las Empresas Públicas. Vacío que se suple con lo normado en el artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, debe concluirse que debe aplicarse la Ley Orgánica de Empresas Públicas y en aquello que no está expresamente definido en él y que no ataque a los principios reconocidos en el artículo 20 ibidem, se debe aplicar la Codificación del Código del Trabajo.

Por consiguiente, los Servidores Públicos de Carrera en la Empresa Pública están sujetos a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el marco jurídico a aplicarse es el conformado por las normas de tal cuerpo normativo, por las que regulan la administración pública y por la Codificación del Código del Trabajo⁴. Sin que sea aplicable la Ley Orgánica del Servicio Público, puesto que esta en su ámbito reconoce que, en las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias

² Ley Orgánica de Empresas Públicas, 2009. Art. 33.- Normas supletorias.- En todo lo no previsto expresamente en este Título y siempre que no contraríe los principios rectores de la administración del talento humano de las empresas públicas, se estará a lo que dispone la Codificación del Código del Trabajo en lo relativo a la contratación individual.

³ Ley Orgánica de Empresas Públicas, 2009. Art. 20.- Principios que orientan la administración del talento humano de las empresas públicas.- Los sistemas de administración del talento humano que desarrollen las empresas públicas estarán basados en los siguientes principios: 1. Profesionalización y capacitación permanente del personal, mediante el manejo de un Plan de Capacitación y fomento de la investigación científica y tecnológica acorde a los requerimientos y consecución de objetivos de la empresa; 2. Definición de estructuras ocupacionales, que respondan a las características de especificidad por niveles de complejidad, riesgos ocupacionales, responsabilidad, especialización, etc.; 3. Equidad remunerativa, que permita el establecimiento de remuneraciones equitativas para el talento humano de la misma escala o tipo de trabajo, fijadas sobre la base de los siguientes parámetros: funciones, profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia; 4. Sistemas de remuneración variable, que se orientan a bonificar económicamente el cumplimiento individual, grupal y colectivo de índices de eficiencia y eficacia, establecidos en los reglamentos pertinentes, cuyos incentivos económicos se reconocerán proporcionalmente al cumplimiento de tales índices, mientras éstos se conserven o mejoren, mantendrán su variabilidad de acuerdo al cumplimiento de las metas empresariales. El componente variable de la remuneración no podrá considerarse como inequidad remunerativa ni constituirá derecho adquirido. El pago de la remuneración variable se hará siempre y cuando las empresas generen ingresos propios a partir de la producción y comercialización de bienes y servicios; 5. Evaluación Periódica del desempeño de su personal, para garantizar que éste responda al cumplimiento de las metas de la empresa pública y las responsabilidades del evaluado en la misma y estructurar sistemas de capacitación y profesionalización del talento humano de las empresas públicas; 6. Confidencialidad en la información comercial, empresarial y en general, aquella información, considerada por el Directorio de la empresa pública como estratégica y sensible a los intereses de ésta, desde el punto de vista tecnológico, comercial y de mercado, la misma que goza de la protección del régimen de propiedad intelectual e industrial, de acuerdo a los instrumentos internacionales y la Ley de Propiedad Intelectual, con el fin de precautelar la posición de las empresas en el mercado; y, 7. Transparencia y responsabilidad en el manejo de los recursos de la empresa, para cuyo efecto se presentará la declaración juramentada de bienes, al inicio y finalización de la relación con la empresa pública, de conformidad con lo previsto en el Reglamento General de esta Ley.

⁴ 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...



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

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

David Balarezo M.
ABOGADO

o unidades de negocio, se aplicará lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁵; así también la Ley Orgánica del Servicio Público excluye al personal de las empresas sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁶. Cabe así que se reconozca a los Servidores Públicos de Carrera de las Empresas Públicas el amparo de la relación laboral de manera individual a lo dispuesto en la LEY ORGÁNICA DE EMPRESAS PÚBLICAS, Codificación del Código del Trabajo y normas internas.

Las Normas Internas de las Empresas Públicas deben ceñirse a la mencionada Ley Orgánica de Empresas Públicas, por lo tanto, solo podrán reglamentar el régimen interno del Talento humano, sobre los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones, en lo que no diga estas normas se estará sujeto a lo que regula Codificación del Código del Trabajo, más aún cuando las normas internas presenten antinomias se debe aplicar la Ley Orgánica de Empresas Públicas y/o la Codificación del Código del Trabajo⁷.

b. ¿Están incluidos en la contratación colectiva el talento humano que sea Servidor Público de Carrera en una empresa Pública?

Como se ha indicado en líneas anteriores la relación laboral de los servidores Públicos de Carrera en las empresas públicas se encuentran sujetos a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la Codificación del Código del Trabajo y las Normas Internas.

Por su parte las normas internas del Talento humano, únicamente pueden regular sobre los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones. La Codificación del Código del Trabajo es aplicable como norma subsidiaria únicamente en lo relativo a la contratación individual⁸. La Ley Orgánica de Empresas Públicas de manera expresa excluye a quienes no tengan calidad de obreros de la contratación colectiva⁹.

⁵ Ley Orgánica del Servicio Público, 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 Ley Orgánica del Servicio Público, 2010. 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...

⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009. Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos: 1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.(...)

⁸ Ley Orgánica de Empresas Públicas, 2009. Art. 33

⁹ Ley Orgánica de Empresas Públicas, 2009. Art. 26.- Contrato colectivo.- En las empresas públicas o en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos **están excluidos de la contratación colectiva el talento humano que no tenga la calidad de obreros en los términos señalados en esta Ley, es decir, los Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción**, en general quienes ocupen cargos ejecutivos, de dirección, representación, gerencia, asesoría, de confianza, apoderados generales, consultores **y los Servidores Públicos de Carrera. Las cláusulas de los contratos colectivos que fuesen contrarias a las disposiciones**



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

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

David Balarezo M.
ABOGADO

c. ¿Es procedente activar una Acción de Protección para la declaración de Derechos?

La Acción de Protección tiene como objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial¹⁰. Bajo este principio, los derechos se pueden ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes, quienes deben garantizar su cumplimiento.

De conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Empresas Públicas la competencia y el procedimiento en las relaciones contractuales generadas entre las empresas públicas y servidores públicos de carrera y obreros, se estará a lo dispuesto en esta Ley y la Codificación del Código del Trabajo. Por lo tanto, no es procedente tratar de que mediante la Acción de Protección se busque como fin ulterior que se declaren derechos.

Al presentar una Acción de Protección para declarar derechos en contra de lo establecido en la normativa produce una desnaturalización de la misma como garantía jurisdiccional encaminada al amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales. En el caso sub examine, resulta improcedente la aceptación de la Acción de Protección en las Sentencias emitidas por la justicia ordinaria. De acuerdo con Ismael Quintana, el juez constitucional estaría pronunciándose sobre asuntos de mera legalidad, cuestión ajena a su ámbito de competencia¹¹.

En el presente caso, no es a consecuencia de que existan vías adecuadas y eficaces por medio del cual se pueda impugnar el acto administrativo, sino por el hecho de que la acción de protección no es la vía idónea para reconocer derechos regulados mediante la Ley Orgánica de Empresas Públicas cuya diferenciación entre Servidores Públicos de Carrera y Obreros ha sido declarada constitucional por el máximo órgano de interpretación Constitucional en Sentencia No. 007-11-SCN-CC¹².

contenidas en esta Ley o en las limitaciones contenidas en el Mandato Constituyente No. 8 expedido el 30 de abril de 2008, serán declaradas nulas y no obligarán a la empresa. Los representantes de las empresas públicas serán personal y pecuniariamente responsables por la aceptación, suscripción o ejecución de cláusulas de contratación colectiva pactadas al margen o en desacato de las disposiciones contenidas en la presente Ley. El Estado ejercerá las acciones de nulidad y repetición, de ser del caso, en contra de los representantes que dispusieron, autorizaron o suscribieron dichos contratos.

¹⁰ 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.

¹¹ Quintana, Ismael. *La Acción de Protección* 3ª. ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020.

¹² Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 007-11-SCN-CC, 31 de mayo de 2011. (...) b) En relación al artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la Corte encontró que la Asamblea Nacional actuó bajo la aplicación del principio de potestad normativa de configuración legislativa, y con autorización de los artículos 315 en relación con el inciso último del artículo 178 de la Constitución, para crear una Ley Orgánica que constituye un régimen propio y especial para la organización de aquellas; así como dispuso que los jueces del trabajo y las autoridades laborales sean los competentes para dirimir los conflictos derivados de las relaciones del personal de las empresas públicas, conforme lo previsto en el prenombrado artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Al ser claro que la



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

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

David Balarezo M.
ABOGADO

Así también se debe considerar que nos encontramos ante un abuso del derecho por parte de los Servidores Públicos de Carrera, quienes después de haber sido desvinculados por una situación que se configure el despido intempestivo¹³ buscan que se les reintegre a sus actividades haciendo un uso desmedido de la Acción de Protección. Esta búsqueda de restitución al puesto de trabajo, cuando la norma no lo prevé, da como resultado que se produzca una desnaturalización de la Acción. Esto se presenta aun cuando la Corte Constitucional ha emitido y desarrollado jurisprudencia tendiente a fortalecer el correcto funcionamiento de las garantías jurisdiccionales. La procedencia de la restitución al cargo se produciría cuando exista un caso de Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz.

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

competencia nace de la ley, la Corte Constitucional no encuentra que este desarrollo normativo sea inconstitucional.”

¹³ Bajo esta premisa, desde el ámbito doctrinario Fernando Gonzáles (2017) puntualiza que: La separación ilegal se puede dar por dos situaciones: por haber decidido la Empresa Pública el terminar la relación laboral, de forma unilateral por despido intempestivo; por haber obtenido sentencia favorable, al impugnar la resolución de visto bueno, concedida por el Inspector del Trabajo a favor del Empleador. La LOEP orienta la solución a este conflicto cuando en el numeral 4 del Art. 30 indica que: Para el caso de separación de servidores de las Empresas Públicas, por supresión de partida o despido intempestivo, se aplicará lo determinado en el Mandato Constituyente No. 4. Por lo tanto, la ley pone límites a los montos indemnizatorios, por el despido intempestivo. En consecuencia, autorizándolo. En ambas situaciones (despido intempestivo o impugnación de visto bueno), corresponde el pago de indemnizaciones y no la restitución a las funciones.