

Juicio No. 09359-2019-01382

JUEZ PONENTE: DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA, JUEZA NACIONAL (PONENTE)

AUTOR/A: DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.** Quito, viernes 21 de abril del 2023, las 10h24. **VISTOS:**

ANTECEDENTES:

a) Relación circunstanciada de la decisión impugnada: Gladys Elizabeth Muñoz Pontón inició juicio de trabajo en contra de la EMPRESA PUBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR, en la interpuesta persona de Pablo Antonio Flores Cueva, quien es demandado por los derechos que representa en calidad de Gerente General de la mencionada empresa. Se contó con la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado. Ambas partes procesales presentaron recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 02 de julio de 2022, las 23h19, que, *“ acepta parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y REFORMA la sentencia subida en grado, disponiendo que la demandada EMPRESA PUBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR, pague a la actora GLADYS ELIZABETH MUÑOZ PONTÓN, la suma de \$ 297,20 dólares americanos, con el triple de recargo del art. 94 del Código del Trabajo, todo lo cual asciende a la suma de \$ 1,188.60 dólares americanos. Sin costas, ni honorarios que regular en esta instancia.º*

b) Actos de sustanciación del recurso: Previo a la admisión de los recursos extraordinarios de casación interpuestos por ambas partes procesales, mediante providencia de 27 de enero de 2022, la Conjueza (E) de la Corte Nacional de Justicia, doctora María Gabriela Mier Ortiz, ordenó se complete en puntos específicos; luego de ello, tales recursos fueron admitidos a trámite, según auto de 22 de febrero de 2022, las 14h51, dictado por la Conjueza en referencia.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

PRIMERO: Competencia: Este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, conformado por las Juezas, doctoras: Katerine Muñoz Subía (Ponente), María Consuelo Heredia Yerovi y Enma Tapia Rivera, es competente para conocer y resolver el recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de República, que dispone: *“ Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1.*

Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.^o, artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescribe: *“Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.*^o; artículo 191 numeral 1 *ibídem*, que prevé: *“La Sala Especializada de lo Laboral conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones laborales nacidas del contrato individual de trabajo;*^o en concordancia con el artículo 269 del COGEP; y del sorteo de fecha 28 de febrero de 2023 que obra a fs. 13 del expediente de casación.

SEGUNDO.- Fundamento del recurso de casación: Los recursos formulados, fueron admitidos a trámite por el caso cinco del artículo 268 del COGEP.

2.1. El recurso formulado por la accionante, menciona la *“falta de aplicación de los Arts. 17 y 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; y, la errónea interpretación del Art. 18 *ibídem*”*, conforme el auto de admisión dictado.

2.2. En cuanto al recurso de la compañía demandada, se aduce la vulneración de las siguientes normas: *“Arts. 76 numeral 1 y 326 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador; Art. 79 del Código del Trabajo; y, Arts. 5 y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, errónea interpretación del Art. 31 de las Normas Internas de Administración de Talento Humano y del Art. 94 del Código del Trabajo”*. Sobre la disposición contenida en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, esta ha sido excluida de examen alguno por parte de la Conjuenza que admitió el recurso.

TERCERO.- Del recurso de casación: El recurso extraordinario de casación es un mecanismo de impugnación que mira fundamentalmente al interés público, dado que sus dos propósitos fundamentales son: **i)** precautelar el cumplimiento del derecho objetivo, y **ii)** la unificación de la jurisprudencia. Lo dicho, sin descartar el indudable interés privado que se exterioriza cuando una de las partes involucradas recurre para ser beneficiada por el resultado del fallo en casación.

El primer propósito de este recurso extraordinario se torna fundamental, pues se traduce en la defensa de la legalidad, constituyendo en esencia una demanda en contra de la sentencia cuestionada, siendo que el examen o verificación de la corte de casación se dirige al cumplimiento de los postulados legales y constitucionales del ordenamiento jurídico.

Mientras que el segundo propósito procura dotar de coherencia al ordenamiento jurídico, valiéndose incluso de la creación judicial del derecho, si aceptamos que aquel debe dinamizarse frente a las necesidades cambiantes de la sociedad.¹ De ahí es que, dentro de nuestro marco constitucional la jurisprudencia constituye \pm también- una innovadora fuente de derecho, como lo podemos entender si miramos al contenido de los artículos 11 numeral 8 y 185 de la Constitución de la República.

Se trata de un medio de impugnación extraordinario, pues no cabe contra toda clase de sentencia o auto \pm conforme el artículo 266 del COGEP-, y procede por lo general una vez agotados los recursos ordinarios.² Es limitado, dado que el análisis del tribunal de casación se remite exclusivamente a los argumentos denunciados por los recurrentes, en cumplimiento del principio dispositivo previsto en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución. Es taxativo y técnico, considerando que su procedencia se condiciona exclusivamente a los casos determinados en la ley \pm artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)- y a la técnica casacional ahí regulada que se torna en una obligación indispensable para quien recurre.

Finalmente, no se debe obviar que la casación tiene un indudable fundamento constitucional \pm artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador-, si afirmamos que la aplicación del derecho en todas sus manifestaciones parte del efecto de irradiación de la Norma Primera, dotando de coherencia y unidad al ordenamiento jurídico a partir de sus postulados. De ahí que, este recurso extraordinario, al considerar tanto el interés público como el privado, tiene \pm más allá de la defensa de la legalidad- indudables connotaciones políticas en procura de un ejercicio jurisdiccional que se exprese en la realización de justicia, que es el propósito final de los derechos y garantías consagrados en la Constitución de la República.³

1 El valor de la jurisprudencia se justifica por el rol que se ha asignado a los órganos judiciales dentro del Estado constitucional [¼] en consecuencia, es al juzgador a quien le toca trasladar la generalidad y abstracción de los principios y reglas que conforman el ordenamiento jurídico hacia la concreción del caso, puesto que representa una dinamización del derecho a las cambiantes necesidades del momento. Pamela Juliana Aguirre Castro, ^aEl precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico^o, CEP- UASB, Quito, 2019. Pág. 132.

2 Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá \pm Colombia 2008. Pág. 114.

3 Por la importancia del recurso frente al cumplimiento del derecho objetivo, a la unificación y desarrollo jurisprudencial, así como por la reparación del agravio sufrido por las partes, tiene claros efectos políticos, razón por la cual ha sido consagrado expresamente en ordenamientos constitucionales [¼] basta con que haya infracción de un precepto, garantía o derecho constitucional para que pueda formularse un cargo en Casación en forma autónoma por el recurrente [¼] *Ibíd.* Pág. 112.

CUARTO.- Audiencia: El artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, ha establecido que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. Por lo que, este Tribunal, dentro del término previsto en el artículo 272 del COGEP y de conformidad con las reglas generales previstas para las audiencias, consignadas en los artículos 79 al 87 *ibídem*, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la misma que se llevó a efecto el 03 de abril de 2023, a las 09h30. La que fue suspendida al tenor del artículo 93 del COGEP; y, luego, reinstalada el 20 de los mismos mes y año, a las 10h15.

Finalmente, una vez concluido el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 *Ut Supra*.

QUINTO.- Contextualización de los argumentos reproducidos por los recurrentes:

5.1. Recurso de casación propuesto por la actora, señora Gladys Elizabeth Muñoz Pontón.

5.1.1. Por el caso cinco: La parte accionante y casacionista denuncia que los juzgadores de apelación en la sentencia incurrieron en:

a) Falta de aplicación del artículo 17 de la LOEP debido a que se ha hecho uso de las Normas Internas de Administración del Talento Humano de la EP PETROECUADOR como fundamento principal para emitir la decisión, aun cuando la LOEP en su artículo 17 no faculta a los directorios de las empresas públicas a regular las desvinculaciones de los servidores públicos de carrera, ni la forma de cálculo de liquidaciones. Es decir, la referida norma no faculta a los directorios a establecer mecanismos de separación de servidores públicos de carrera; esto en aplicación del principio de reserva de ley, toda vez que, a criterio de la recurrente, se rompería con la estabilidad jurídica del servidor público, arrojándose los directorios potestades exclusivas del legislador.

b) Falta de aplicación del artículo 33 de la LOEP, ya que la referida ley, no contiene ninguna disposición que *“ diga la forma de desvinculación, ni tampoco la forma de cálculo de los haberes respectivos”*, por lo que, la Sala de alzada debía remitirse a las disposiciones del Código del Trabajo y no a las Normas de Administración del Talento Humano de la empresa pública, ya que aplicar este último cuerpo normativo, significaría extralimitar las facultades del Directorio.

Afirma que el artículo 425 de la Constitución establece el orden jerárquico de aplicación de las leyes, por lo que, *“ No hay por qué equivocarse. La norma que regenta la relación entre el recurrente y la empresa pública demandada es la de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP). No obstante,*

*como la misma no determina la forma del cálculo del despido de un trabajador, se debe aplicar una norma de manera supletoria. Y es la misma LOEP, que en su artículo 33 señala, cuál es la norma que debo aplicar; en este caso es clara que debe ser el Código de Trabajo^o. En este sentido, -dice- por el criterio de jerarquía y por el principio *in dubio pro operario* se debió aplicar el artículo 33 de la LOEP.*

Puntualiza que, el despido intempestivo como forma de terminación del nexo entre las partes no es una cuestión discutida en instancia, sino que ha sido expresamente aceptado, por lo que el cálculo del mismo debe realizarse al amparo del artículo 188 del Código del Trabajo y no bajo el artículo 95 de las Normas Internas de Administración del Talento Humano.

c) Errónea interpretación del artículo 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, toda vez que, la naturaleza jurídica de la relación de la actora como servidora pública de carrera para con la demandada, no ha sido objeto de discusión, sin embargo, la Sala precisa que el Código del Trabajo solo aplica a los obreros y las Normas de Administración del Talento Humano a los servidores públicos, lo cual, a decir de la casacionista es errado, ya que *“ en ningún momento se desprende esta interpretación adoptada por la Sala, de que a los servidores de carrera se les aplican las normas internas de administración de talento humano, y a los obreros el Código del Trabajo. Todo lo contrario, lo único que se hace es establecer el ordenamiento jurídico que lo regula, siendo estas, según la propia LOEP las normas contenidas en esta Ley, a las leyes que regulan la administración pública y a la Codificación del Código del Trabajo sin la distinción existente^o .*

Señala que es equivocado el criterio de los jueces de alzada el considerar que, al no estar establecidas en la LOEP las formas de desvinculación de un servidor de carrera, se deben aplicar las normas internas de administración del talento humano (NIATH), cuando en realidad se establece como norma supletoria el Código del Trabajo.

Esto dice, es evidente al resolverse sobre el triple de recargo, mismo que se encuentra regulado en el artículo 94 del Código del Trabajo, considerando para ciertos casos aplicable el Código del Trabajo a los servidores de carrera y en otros no.

d) Errónea interpretación del artículo 188 del Código del Trabajo, toda vez que, a criterio de la casacionista, esta disposición no determina solo las indemnizaciones de despido ni bonificaciones de desahucio para los obreros, sino también para los servidores de carrera, por así expresamente señalarlo el artículo 33 de la LOEP. Por lo que, los juzgadores de alzada equivocan su interpretación, la que merma valores en la liquidación de la actora, tales como diferencia de despido por fracción no considerada; y pago de desahucio; ambos rubros pagados y descontados en el finiquito.

5.2. Recurso de casación propuesto por PETROECUADOR EP.

5.2.1. Caso cinco:

Sostiene la demandada que en la sentencia de mayoría los juzgadores de apelación han incurrido en falta de aplicación de los artículos 326 numeral 4 de la Constitución de la República y 79 del Código del Trabajo al momento de determinar que la accionada debe cancelar a favor de la actora el valor de USD\$ 297,20 más el triple de recargo así como el exceso del fondo de reserva, valores que \pm dice-fueron legal y debidamente descontados, al haber laborado la demandante únicamente hasta el 26 de febrero de 2019 y no el mes completo.

Afirma que, el juez plural omitió aplicar el artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, mismo que establece la obligación de los juzgadores de resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes.

Manifiesta que, los juzgadores de apelación *“ en forma equivocada emiten un fallo en el que aceptan parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el accionante y reformando la sentencia subida en grado, sin considerar lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador Art. 326 numeral 4 y Art. 79 del Código de Trabajo, siendo legal el descuento del pago en exceso de la remuneración de febrero de 2019, por lo que deberán señores Jueces Nacionales revocar dicho fallo, y en su lugar desechar por improcedente la demanda presentada”*.

Del escrito de $\frac{1}{4}$., mediante el cual la accionada completa y aclara el recurso interpuesto, manifiesta que, en la sentencia proferida *“ no se observa que se haya dado cumplimiento a lo prescrito en el artículo 326 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, que señala que entre los principios en los que se sustenta el derecho al trabajo corresponde que a igual trabajo corresponderá igual remuneración, por lo que no es procedente que si la ex servidora laboró 26 días del mes pretenda que se le cancele el mes completo, es decir, por un excedente de días en los que incluso ya no laboraba para EP PETROECUADOR. Además, y como consecuencia del pago de los valores antes indicados, se condena a mi representada a pagar el triple del recargo del art. 94 del Código de Trabajo, cuando esta norma es aplicable exclusivamente para los obreros sujetos al Código de Trabajo mas no para los servidores público que se encuentra regidos por la Ley Orgánica de Empresas Públicas”*.

SÉPTIMO.- Problemas jurídicos a resolver: Corresponde a este Tribunal de casación:

7.1. Por el caso cinco ±recurso de la actora-: determinar si, ¿el tribunal de alzada transgredió los artículos 17, 18 y 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, al establecer que, al caso, no le es aplicable el artículo 188 del Código del Trabajo sino las normas de Administración del Talento Humano de PETROECUADOR EP?

7.2. Por el caso cinco ±recurso de la parte demandada-: dilucidar si, ¿el juez plural incurrió en vulneración de los artículos 326 numeral 4 de la Constitución de la República y 79 del Código del Trabajo al reformar la decisión del juez de primera instancia, aceptando a favor de la accionante el pago de diferencias en la remuneración del mes de febrero de 2019, la condena del triple de recargo previsto en el artículo 94 del Código del Trabajo y *“exceso del fondo de reserva”*?

OCTAVO.- Consideraciones sobre el caso cinco del artículo 268 del COGEP acusado en casación:

El caso cinco del artículo 268 del COGEP, ocurre: *“ Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”*

El caso cinco del artículo 268 del COGEP se configura por infracción directa de derecho sustantivo, es decir, sin consideración a cuestiones fácticas o probatorias. Supone el contraste entre la sentencia frente la ley, tratándose de *“ un error de adjudicación, selección o de entendimiento de normas sustanciales, es decir, el debate es estrictamente jurídico”*⁴

Así, bajo dichos parámetros, no cabe controvertir los hechos, pues se entiende que el recurrente muestra conformidad con los determinados en el fallo impugnado. Consecuentemente, también impide cualquier impugnación dirigida a aspectos relacionados con la prueba actuada en juicio.

No se puede olvidar que el caso en referencia no se limita al yerro con respecto a la norma, sino también es posible denunciar la transgresión de la jurisprudencia obligatoria, emitiéndose por esta la que cumplió con el procedimiento previsto en los artículos 185 de la Constitución de la República y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial.

⁴ Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá ± Colombia 2008, Pág. 413.

Adviértase que tres son los motivos contemplados para la procedencia de esta clase de impugnación de naturaleza extraordinaria: indebida aplicación, falta de aplicación y errónea interpretación. La indebida aplicación es un típico error de selección y subsunción en la norma, es decir, sucede cuando el/la juez/a, para resolver el/los problema/s del caso, aplica una que no se corresponde con los hechos determinados como ciertos. La falta de aplicación, tiene relación con la existencia de la norma, se configura en el evento que el/la juez/a ignora u omite aplicar la que corresponde según los hechos fijados- para solucionar el problema jurídico puesto a su conocimiento. La errónea interpretación, este motivo exige primero que la norma escogida sea la aplicable para la premisa fáctica fijada, siendo que en este caso el error ocurre, pues a aquella se le otorga un sentido ajeno y diferente al de su verdadero significado u alcance, se trata entonces de una deficiencia de hermenéutica jurídica.

Vale relieves que los motivos antes explicados son independientes, dado que sus posibles configuraciones se descartan entre sí. Para entender mejor, si lo fundamentado es la indebida aplicación (error de selección), resulta contradictorio señalar sobre la misma norma la denuncia de falta de aplicación (error de existencia) o errónea interpretación (error de hermenéutica), pues aquella se refiere a la efectiva aplicación de una que no se corresponde con los hechos determinados como ciertos. Si se denuncia falta de aplicación, entendemos que no ha sido considerada la norma que resuelve el problema jurídico, de ahí que se descarta la indebida aplicación, y la errónea interpretación, dado que en este último caso, no puede existir una deficiencia de hermenéutica, respecto de una disposición no aplicada. Y, si lo que se alega es errónea interpretación, partimos de la correcta apreciación sobre la selección y existencia de la norma, descartando automáticamente los dos motivos restantes.

Finalmente, es de observar que el caso en referencia, a más de la infracción directa de la norma sustantiva enmarcada en uno de los motivos antes analizados-, exige que el vicio en la sentencia sea determinante. Entendiéndose por ello, de tal gravedad o trascendencia, que si aquel no se presentase, el resultado de la decisión hubiere sido diferente al pronunciado.

NOVENO.- Resolución de los recursos extraordinarios de casación:

9.1. CASO CINCO ±recurso de la actora-: determinar si, ¿el tribunal de alzada transgredió los artículos 17, 18 y 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, al establecer que, al caso, no le es aplicable el artículo 188 del Código del Trabajo sino las Normas de Administración del Talento Humano de PETROECUADOR EP?

9.1.1. Este Tribunal de casación para resolver estima pertinente precisar que al amparo del caso cinco del artículo 268 del COGEP, no cabe consideración alguna en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se establece que el tribunal *ad quem* ha realizado una correcta estimación de ambos; por lo tanto, se debe examinar si se ha producido la infracción de las normas sustantivas en función de los hechos delimitados en la sentencia de mayoría recurrida; lo cual significa que en el estudio de este caso, no cabe la discusión de nuevos elementos fácticos, mucho menos una nueva valoración de la prueba practicada en el proceso, aspecto proscrito para el examen de casación.

En tal sentido, a este Tribunal le corresponde determinar si, sobre la base fáctica establecida en el fallo de segunda instancia, se ha producido la infracción de los artículos que la casacionista alega infringidos en su recurso, lo que condujo que en la sentencia impugnada se niegue su pretensión de diferencias en el pago de la indemnización por despido intempestivo que consta en su liquidación.

9.1.2. Resulta importante remitirnos a los hechos incontrovertidos en este nivel y fijados por el tribunal de apelación, así tenemos: i) Gladys Elizabeth Muñoz Pontón prestó servicios a favor de la Empresa Pública de Hidrocarburos EP Petroecuador, en calidad de Técnico Líder de Laboratorio de Control de Calidad, desde el 19 de marzo de 2008 hasta el 26 de febrero de 2019; iii) y, ii) que la actora tenía la *“calidad de servidor público de carrera”*.

9.1.3. Las normas cuya vulneración se acusa mediante el presente recurso son: artículos 17, 18 y 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; y, 188 del Código del Trabajo.

Para contextualizar la cuestión discutida, este Tribunal efectúa el siguiente análisis:

a) Obsérvese que, el artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, cuyo contenido se encuentra dentro del título IV denominado *“DE LA GESTION DEL TALENTO HUMANO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS”*, establece: *“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. (1/4)°.

La parte actora acusa la infracción de la citada disposición legal, con base en la supuesta falta de previsión normativa respecto a la facultad del Directorio de EP Petroecuador para emitir los mecanismos de separación de los servidores públicos de carrera.

Al respecto, se evidencia que la misma Ley Orgánica de Empresas Públicas otorga a los Directorios de las empresas públicas, la facultad normativa para que expidan sus normas internas para la administración del talento humano, que en el caso de EP Petroecuador al ser una empresa pública, ha emitido a través de su Directorio las *“Normas Internas de Administración de Talento Humano de EP Petroecuador”*.

En esta línea de ideas, es preciso remitirnos artículo 16 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que prevé: *“Órgano de administración del sistema del talento humano.- La Administración del Talento Humano de las empresas públicas corresponde al Gerente General o a quien éste delegue expresamente”*, lo que tiene concordancia con el artículo 6 de las Normas Internas de Administración de Talento Humano de EP Petroecuador, que determina: *“Autoridad Nominadora.- El Gerente General, en su condición de representante legal, judicial y extrajudicial de la EP PETROECUADOR, es la autoridad nominadora y responsable de la administración del Talento Humano de la Empresa; en consecuencia, es competente para reglamentar y expedir los procesos y procedimientos que se requieran, con el fin de aplicar de manera oportuna y efectiva esta Normativa y las leyes vigentes en la materia. (1/4)°*, siendo el Gerente General de EP Petroecuador el responsable de la administración de talento humano de la empresa pública antes referida.

Ahora bien, de la sentencia de apelación, se advierte que los juzgadores hacen referencia al artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, desde el punto de vista, de la naturaleza jurídica de las relaciones del talento humano, estableciendo que la actora al haber sido servidora pública de carrera se rige bajo las normas establecidas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, mismas que determinan que es el Directorio de la empresa quien determina la normativa inherente al Talento Humano, en el caso, el artículo 95 de las NIATH de EP Petroecuador que trata sobre la *“Separación de servidores públicos de carrera y obreros con contrato indefinido”*, estableciendo lo siguiente: *“En circunstancias particulares consideradas por el Gerente General, éste puede decidir la aplicación de la disposición del numeral 4 del Art. 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, misma que es potestad exclusiva del Representante Legal de la EP PETROECUADOR; y, constituye el ejercicio de*

la libertad de contratación prevista por el numeral 16 del Art. 66 de la Constitución de la República.

Por tanto, en caso de separación de los servidores públicos de carrera y obreros con contrato indefinido sin aplicar el numeral 2.2 del Artículo 91 de esta Normativa, lleva implícita la cancelación de valores que prevé la referida disposición de la LOEP, que, para el caso de los obreros con contrato indefinido se lo calculará conforme al Código del Trabajo, y/o Contratación colectiva; y, para los servidores públicos de carrera, computando una remuneración mensual unificada que perciba el respectivo servidor, multiplicada por el número de años de servicio, considerando para el efecto el tiempo de trabajo en la Ex CEPE, Ex PETROECUADOR y sus empresas Filiales; y, la EP PETROECUADOR.

En ningún caso los valores a pagarse a los servidores públicos de carrera u obreros con contratos indefinidos, por concepto de indemnización, podrán ser superiores a trescientos (300) salarios básicos unificados del trabajador privado, vigentes a la fecha de pago, conforme lo dispone el Mandato Constituyente N°4° .

En torno a la cuestión discutida, obsérvese que, la empresa pública, a través de su Directorio estaba facultado plenamente a dictar las Normas Internas de Administración del Talento Humano de EP Petroecuador, respecto a los mecanismos de separación de los servidores públicos de carrera; y a su vez, el Gerente o delegado contaba con la atribución de emplear las normas que regulan la administración de talento humano en la separación de la accionante, como en efecto lo ha hecho.

En este contexto el criterio expuesto en el fallo impugnado no se opone a las disposiciones legales antes citadas y que son plenamente atribuibles al presente caso, pues la normativa interna aplicada a la actora en el fallo recurrido es la que corresponde por disposición legal, toda vez que las Normas Internas de Administración de Talento Humano de EP Petroecuador, fueron emitidas y reguladas por el órgano que le correspondía, esto es el Directorio, acto normativo que goza de legalidad y legitimidad, siendo por tanto, improcedente la acusación planteada por la demandante mediante el presente recurso.

b) En cuanto a la alegación en casación de una supuesta errónea interpretación del artículo 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que contempla: *“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. (1/4)^o

Es necesario puntualizar que la accionante es una servidora público de carrera, conforme lo ha determinado el tribunal de alzada, quien ejerció funciones de *“Técnico Líder de Laboratorio de Control de Calidad”* prestando servicios dentro de la empresa pública demandada EP Petroecuador circunscribiéndose en la letra b) de la disposición en cita, siendo por tanto, la actividad de la actora una función administrativa que por su naturaleza y conforme con la disposición contenida en el artículo 326 numeral 16 de la Constitución de la República, se encuentra amparada por las leyes que rigen la administración pública; en este caso, es regulado por la Ley Orgánica de Empresas Públicas y las Normas Internas de Administración de Talento Humano de EP Petroecuador, no pudiendo ser aplicable en este caso, como norma supletoria el Código del Trabajo, pues el mecanismo de separación de los servidores de carrera se encuentra determinado en las normas que regulan la administración de talento humano de EP Petroecuador, sin que exista por tanto infracción del artículo 18 de la LOEP, menos aún del artículo 33 ibídem, que señala: *“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 de Trabajo en lo relativo a la contratación individual”*, por lo que, no es procedente el pago de la indemnización prevista en el artículo 188 del Código del Trabajo.

Lo dicho se justifica además en el artículo 19 de la LOEP, que se lee: ***“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: (1/4) 2. Nombramiento para servidores públicos, expedido al amparo de esta Ley y de la normativa interna de la Empresa Pública (1/4)^o.***

Por lo expuesto, se concluye que la accionante al tratarse de una servidora pública de carrera no se encuentra amparada por el Código del Trabajo, conforme lo preceptuado en los artículos 18 literal b) y 19 numeral 2 de la LOEP, normativa que realiza la diferenciación entre obreros y servidores públicos de carrera.

Determinándose que la aplicación de las Normas de Administración de Talento Humano de EP Petroecuador al caso de la actora deriva de la facultad normativa otorgada por la Ley Orgánica de Empresas Públicas al Directorio de la empresa pública para regular las disposiciones que regirán la administración de talento humano, en este caso, las formas de desvinculación de los servidores públicos de carrera, como ha ocurrido con la accionante, sin que aquello implique transgresión del artículo 425 de la Constitución de la República, referente al orden jerárquico del ordenamiento jurídico.

En relación al principio *in dubio pro operario* -previsto en el artículo 326 numeral 3 de la Constitución de la República y 7 del Código del Trabajo-, del cual se considera asistida la casacionista, es menester reiterar que la accionante tenía la calidad de "servidor público de carrera", más no de un obrero, por tanto, no le ampara, recalándose que en este último caso obrero- de haberse verificado la existencia de duda normativa le sería aplicable dicho principio.

En razón de lo expuesto, este Tribunal comprueba que, en la sentencia de apelación, no se ha configurado la infracción de los artículos 17, 18 y 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y 188 del Código del Trabajo, toda vez que, claramente se establece que a la accionante al tener la calidad de servidora pública de carrera se encuentra bajo el régimen de la empresa pública y al existir normativa interna, no es procedente que se le indemnice al amparo de los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo, que regula la indemnización por despido intempestivo y desahucio para obreros. En definitiva, es improcedente el cargo planteado por la recurrente al tenor del caso cinco del artículo 268 del COGEP.

Es necesario aclarar que la accionante, ha referido en su recurso de casación que, es contradictorio que la decisión de alzada, por un lado, niegue el pago de la indemnización prevista en el artículo 188 del Código del Trabajo; y, por otro, disponga la condena al empleador moroso prevista en el artículo 94 del Código del Trabajo. Cuestión esta última que, ha sido impugnada por la parte demandada, por lo que, será resuelta en el siguiente problema jurídico como cargo denunciado por la accionada.

9.2. CASO CINCO ±recurso de la parte demandada-: dilucidar si, ¿el juez plural incurrió en vulneración de los artículos 326 numeral 4 de la Constitución de la República y 79 del Código del Trabajo al reformar la decisión del juez de primera instancia, aceptando a favor de la accionante el pago de diferencias en la remuneración del mes de febrero de 2019, la condena del triple de recargo previsto en el artículo 94 del Código del Trabajo y *“exceso del fondo de reserva”*?

9.2.1. En primer lugar, este Tribunal ha descartado al resolverse el problema jurídico precedente, que la actora se encuentre amparada bajo las normas del Código del Trabajo, toda vez que, se ha determinado que le son aplicables las disposiciones de la LOEP así como las Normas Internas de Administración del Talento Humano EP Petroecuador, al ser la demandante una servidora pública de carrera.

9.2.2. Ahora bien, corresponde remitirse a la decisión impugnada en torno al pago de la pretensión de la actora del *“mes completo”* con el triple de recargo y el fondo de reserva. De la sentencia recurrida se lee: *“15.5) En relación al pago en exceso de la remuneración de febrero del 2019, por la suma de \$ 297,20, cuyo valor reclama la actora su devolución con el recargo de ley, con este mismo criterio, es procedente dicho reclamo toda vez que existe norma expresa contenida en el art. 31 de la NIATH que establece que: “Para el servidor público de carrera, obreros con contrato indefinido de trabajo y personal de libre designación y remoción, el primer día de trabajo en el mes garantizará el pago de la remuneración completa en caso de separación de la empresa por cualquier causa, sin perjuicio de las deducciones de ley” por lo que corresponde que el empleador pague al actor la suma de \$ 297,20, con el triple de recargo, así como el exceso del fondo de reserva”*.

Nótese que, los juzgadores de alzada han determinado que a la actora le es aplicable el artículo 31 de las Normas Internas de Administración del Talento Humano de EP Petroecuador, criterio con el que concuerda este Tribunal, por lo que, corresponde ordenar el pago del mes completo, esto es, febrero de 2019 así como la diferencia en el fondo de reserva, al haber sido ilegalmente descontados. Lo que no vulnera el artículo 326 numeral 4 de la Constitución de la República, que determina *“A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración”*, pues la misma entidad demandada a través de su Directorio ha fijado en sus NIATH, que el primer día de trabajo en el mes garantiza el pago de la remuneración completa al ocurrir la separación de un servidor público de carrera de la Empresa por cualquier motivo, entre otros.

9.2.3. No obstante, se observa que, a más del rubro señalado, se ha aplicado el artículo 94 del Código

del Trabajo, -condena al empleador moroso- figura que no consta dentro de las Normas Internas de Administración del Talento Humano de Petroecuador, menos aún en la LOEP, siendo exclusiva del Código del Trabajo; y, por ende, de los obreros, más no de los servidores públicos de carrera, como es el presente caso, advirtiéndose, la indebida aplicación del artículo 94 del Código del Trabajo. Siendo por tanto procedente, aceptar el cargo acusado por la parte demandada al amparo del caso cinco del artículo 268 del COGEP, sobre este punto en específico.

En consecuencia, se descarta el pago de la condena al empleador moroso previsto en el artículo 94 del Código del Trabajo a favor de la actora.

DÉCIMO.- DECISIÓN:

Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación de la parte accionante y acepta parcialmente el recurso formulado por la parte demandada, consecuentemente, se casa parcialmente la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 02 de junio de 2021, las 23h19; determinándose la improcedencia del pago previsto en el artículo 94 del Código del Trabajo. En los demás rubros se estará a lo dispuesto por el tribunal de alzada. Con el ejecutorial, se dispone la inmediata devolución del expediente al Tribunal de origen.. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA
JUEZA NACIONAL (PONENTE)

TAPIA RIVERA ENMA TERESITA

JUEZA NACIONAL

DRA. MARIA CONSUELO HEREDIA YEROVI

JUEZA NACIONAL