

RÉGIMEN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN EL SALVADOR.

“UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO
ADMINISTRATIVO.”

KARLA FRATTI DE VEGA Y
RICARDO MENA GUERRA



San Salvador, El Salvador, 2012.

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin autorización del autor. Todos los derechos reservados y debidamente protegidos en el Registro de la Propiedad Intelectual, departamento de Derechos de Autor, al N°.429-2012. La protección de esta obra es también a nivel internacional, en virtud de los Convenios ratificados por El Salvador en materia de Derecho Autor.

“RÉGIMEN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN EL SALVADOR.

Una perspectiva desde el Derecho Administrativo.”

INDICE

LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	5
1.1. Acercamiento al término.....	5
1.2. Los servidores públicos y el interés general	9
1.3. Implicaciones del vínculo servidor público-Estado.....	11
EL RÉGIMEN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS	13
2.1. Naturaleza del estatuto público	14
2.2. Base constitucional en El Salvador	23
DIVERSAS REGULACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SALVADOREÑO	33
3.1. A manera de preámbulo	33
3.2. Sobre la Ley de Servicio Civil	34
3.3. Ley de la Carrera Administrativa Municipal	40
3.4. Ley de la Carrera Judicial	47
3.5. Ley de la Carrera Docente.....	51
LA POTESTAD SANCIONATORIA EN EL SECTOR PÚBLICO	56
4.1. Naturaleza de la potestad sancionatoria interna o en “relaciones de sujeción especial”	56
4.2. Finalidad de la potestad sancionatoria en el sector público.	58
4.3. Matización de principios. Tesis encontradas.....	60
a) <i>Tesis de la relativización.</i>	60
b) <i>Matices en el principio de legalidad.</i>	61
c) <i>Matices en el principio de tipicidad.</i>	62

d) <i>Matices en el principio de responsabilidad</i>	64
e) <i>Tesis garantista</i>	68
4.4. La potestad sancionatoria en las diversas normativas salvadoreñas	70
a. <i>Régimen sancionatorio en la Ley del Servicio Civil</i>	71
b. <i>Régimen sancionatorio en la Ley de la Carrera Administrativa Municipal</i>	75
c. <i>Régimen sancionatorio en la Ley de la Carrera Docente</i>	78
d. <i>Régimen sancionatorio en la Ley de la Carrera Judicial</i>	81
LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS	84
5.1. Naturaleza y características	84
<i>Relación con el derecho al trabajo y a la estabilidad en el cargo</i>	84
<i>El Convenio de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre estabilidad laboral</i>	86
<i>Vinculación de la estabilidad con el carácter de servidor público y los fines perseguidos</i>	88
5.2. La estabilidad de los servidores amparados en la carrera administrativa.	88
<i>Estabilidad laboral en la Ley de Servicio Civil</i>	88
<i>La estabilidad laboral en la Ley de la Carrera Administrativa Municipal</i>	92
5.3. La estabilidad de los servidores por contrato.	97
5.4. La estabilidad de los servidores no comprendidos en la carrera administrativa	107
5.5. La estabilidad de los funcionarios de confianza.....	110
CONCLUSIONES	114
PREGUNTAS FRECUENTES	121
BIBLIOGRAFIA	134

**“RÉGIMEN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN EL SALVADOR.
Una perspectiva desde el Derecho Administrativo.”**

CAPÍTULO I

LA FUNCIÓN PÚBLICA

1.1. Acercamiento al término

En su **concepción objetiva**, la “*Función Pública*” constituye la actividad estatal tendiente al cumplimiento de los intereses generales mediante diversas formas de intervención, tales como las actividades de fomento, prestación y supervisión de servicio público¹.

Específicamente, la función administrativa² se conceptualiza como la actividad que tiene por objeto la gestión y el servicio en función del interés público, para la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatales, mediante la realización de actos de administración³.

¹ En su concepción tradicional las funciones del Estado se clasifican en legislativas, jurisdiccionales y ejecutivas. En esa línea Garrillo Falla señala: –la acción del Estado se manifiesta en formas diversas, que pueden reconducirse a las siguientes: establecimiento por vía general de las normas a que deben ajustarse las conductas de los miembros de la comunidad política; decisión concreta de los conflictos intersubjetivos de intereses que se planteen entre los individuos o entre éstos y la comunidad; ejecución concreta de las medidas pertinentes para satisfacer las necesidades que plantea la vida en común. Éstas son, tradicionalmente, las llamadas funciones del Estado, y cabe decir que cualquier acción estatal es, desde el punto de vista de su sustancia o contenido, reconducible a una u otra de estas tres formas esenciales de actuación. Tales funciones se conocen respectivamente, con los nombres de legislación, jurisdicción y ejecución. Garrido Falla, F., *Tratado de derecho administrativo*, volumen I, Tecnos, 14^a. Ed., 2005, Pág. 35. Para efectos de este manual, haremos especial énfasis en la **función administrativa**.

² Realizada por todos los órganos que encajan en una concepción amplia de Administración Pública. En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa define que para los efectos de dicha ley integran la Administración Pública el Poder Ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas, semiautónomas y demás entidades descentralizadas del Estado; los Poderes Legislativo y Judicial y los organismos independientes, en cuanto realizan excepcionalmente actos administrativos; y el Gobierno Local.

³ Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Argentina, Editorial Ciudad Argentina. 11^a. Ed., 2006. Pág. 261.

En esa línea, es sumamente ilustrativo lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español, en el cual, el art. 103 de la Constitución establece que “La Administración Pública sirve con objetividad *los intereses generales* y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Se sostiene que con dicha afirmación, queda zanjada la función principal, directriz y legitimante del actuar de la Administración Pública.⁶

⁴ De manera genérica la noción de administrar se corresponde con el desarrollo de una actividad dirigida a cuidar determinados intereses. Aplicado a la Administración pública, permite definirla como «la actividad práctica que el Estado desarrolla para cuidar de un modo inmediato los intereses públicos que asume como fines propios», Allí Arangurén, J., *Derecho administrativo y globalización*, Madrid, Thomson Civitas, 1ª. Ed., 2004. Pág. 115.

⁵ Sánchez Morón, Miguel, *Derecho Administrativo parte general*, Madrid, Tecnos, 2005. Pág. 76.

⁶ Reflexiona sobre este tema Ernesto García Trevijano, Profesor titular de la Universidad Complutense, en la –sinopsis del artículo 103 de la Constitución. Versión digital Diciembre 2003, señalando que la afirmación contenida en el artículo 103.1 de la Constitución es el eje sobre el que debe gravitar la actuación de la Administración, ya que el interés general se configura de esta manera como un principio constitucionalizado, que debe estar presente y guiar cualquier actuación de la Administración, y por ende la actuación de la Administración deberá estar guiada por la búsqueda y prosecución del interés público que le corresponda, lo que le impedirá –por imperativo del artículo 103.1 de la Constitución- apartarse del fin que le es propio. Portal de la Constitución Española. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=103&tipo=2> (Consultado el 2 de septiembre de 2011).

Para la satisfacción de los intereses generales, la Administración y en general los órganos del Estado, requieren de *personas físicas* que ejecuten las actividades tendientes a satisfacer los intereses generales que les han sido encomendados.

Ello nos lleva a la **acepción subjetiva** del término –que interesa para efectos de este texto- desde la cual, también se conoce como “*Función Pública*” al conjunto de los funcionarios y empleados públicos (servidores públicos), que prestan sus servicios al Estado.

En nuestro medio la jurisprudencia toma por sentado que el término *servidores públicos* es el género⁷, y las especies son los funcionarios públicos y los empleados públicos. Esta dicotomía tiene un origen constitucional⁸ y se ha manejado en jurisprudencia de larga data en la cual, como uno de los primeros factores diferenciadores, se hacía referencia a la jerarquía.⁹ Posteriormente, y hasta la fecha, se ha sostenido que los funcionarios ostentan grados elevados de jerarquía de la Administración Pública basándose en su capacidad de ejercer un derecho de mando, de iniciativa y de decisión. En cambio, los empleados públicos, quienes no están investidos de dichas capacidades, ostentan consecuentes posiciones jerárquicas de menor grado¹⁰.

En este sentido, se ha señalado como elemento adicional el que el funcionario tiene el carácter representativo de la Administración y el empleado no¹¹. Esto así,

⁷ El doctor Orlando Baños Pacheco sostiene que –podemos incluir bajo un común denominador de “Servidores Públicos”, a todas aquellas personas naturales que, en una forma por lo general permanente, prestan sus servicios al Estado, a cambio de una remuneración o salario. Baños Pacheco, O., *La estabilidad laboral del servicio público en El Salvador*, 1ª Ed. San Salvador. Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1999.

⁸ Véase el artículo 218 Cn.

⁹ Entre otras, sentencia de la Sala de lo Constitucional en el proceso de Inconstitucionalidad Ref. 2-86.

¹⁰ Esta distinción es constatable en variada jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional. V.g.: Amparo Ref. 243-98; Amparo Ref. 158-97; Inconstitucionalidad Ref.: 4-88/1-96; Amparo Ref. 229-98; Amparo Ref. 587-2000; Sentencia de Amparo Ref. 576-2004.

¹¹ Véase María Diez, M., *Manual de Derecho Administrativo, t. II*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1979. Pág. 78. Resulta interesante el contenido del Art. 39 del Código Penal, que preceptúa que –para efectos penales, se consideran: 1) Funcionarios públicos todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares en la administración pública del Estado, del municipio o de

puesto que el funcionario participa de la formación de la voluntad del Estado por medio del ejercicio de sus facultades, mientras que el empleado únicamente participa como parte ejecutora¹².

Para los efectos de este trabajo, emplearemos como regla general el término genérico *servidores público*, en la concepción señalada *supra*.

La jurisprudencia española, al analizar la naturaleza jurídica de notarios y registradores, hace alusión a las características o elementos básicos de la función pública: “basta examinar los aspectos del régimen estatutario notarial y registral para apreciar que su naturaleza participa de los elementos esenciales que definen los de la función pública: ejercicio de funciones públicas, por personas que ingresan en un determinado cuerpo o escala a través de un concreto procedimiento selectivo de carácter público, integrándose en la estructura jerárquica de la Administración, desempeñando los puestos o plazas establecidos por la misma, conformando una relación de especial sujeción que define las facultades de la Administración. Así, el régimen de acceso al Cuerpo, su ordenación escalafonal, provisión de destinos o régimen disciplinario, entre otras materias, guardan un notable paralelismo con los correspondientes de la función pública estatal, por lo que su calificación jurídica como materia de personal responde también a dicha naturaleza”¹³.

cualquier institución oficial autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos; 2) Autoridad pública, los funcionarios del Estado que por sí solos o por virtud de su función o cargo o como miembros de un tribunal, ejercen jurisdicción propia. 3) Empleados públicos y municipales, todos los servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o Delegación del funcionario o superior jerárquico; y, 4) Agente de autoridad, los Agentes de la Policía Nacional Civil.¶

¹² Tal cual lo ha señalado repetida jurisprudencia, dentro de la que se pueden citar las siguientes resoluciones: Amparo 229-98; Amparo 213-97; Amparo Ref. 587-2000.

¹³ Sentencia de catorce de Abril de dos mil once, Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Nº de Recurso: 4906/2010.

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6013706&links=%224906/2010%22&optimize=20110623> (consultado el 3 de septiembre de 2011).

La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)¹⁴ define la función pública como toda actividad temporal o permanente remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

Nuestra Ley de Ética Gubernamental¹⁵ retoma en el artículo 3 la definición, señalando que: “Art. 3.- Para los efectos de esta ley se entiende por: a) Función Pública. Toda actividad temporal o permanente, remunerada o ad-honorem, realizada por una persona natural en nombre del Estado, al servicio de éste, o de sus entidades en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.

1.2. Los servidores públicos y el interés general

Un correcto análisis de la función pública debe partir de una premisa básica: los servidores públicos *gestionan asuntos públicos*, que como se ha expuesto, tienden a la protección de intereses generales. Ello determina la forma en que debe ser considerado su estatus, y en consecuencia, la forma en que debe ser regulado.

Esta visión tiene su cuna en los avatares de la Revolución, modelo del cual deriva que el “funcionario se considera no como un simple empleado, sino como un defensor del interés general, impregnado de una mística de servicio”¹⁶.

Dicha postura ha evolucionado y se ha fortalecido en paralelo a la configuración de una Administración que se debe a los intereses generales, a la luz del

¹⁴ Ratificada en El Salvador por Decreto Legislativo No. 351 del 9 de julio de 1998 y publicada en el Diario Oficial No. 150 Tomo 340 del 17 de agosto de 1998, entró en vigencia desde el día de su publicación y fue depositada por el Órgano Ejecutivo en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), el 18 de marzo de 1999.

¹⁵ Decreto Legislativo No. 1038 de fecha 27 de abril de 2006, publicado en el Diario Oficial No. 90, Tomo 371 de fecha 18 de mayo de 2006, entró en vigencia el día uno de julio del año dos mil seis.

¹⁶ Sánchez Morón, M., *Derecho de la función pública*, Madrid, Tecnos, 2ª. Ed., 1997. Pág. 28.

denominado derecho a la “buena administración”¹⁷, principio rector de la actuación administrativa¹⁸.

En términos sencillos, *la función administrativa responde al interés general*, por lo cual, los funcionarios administrativos (servidores públicos) deben estar guiados por dicha finalidad.

Son dichas premisas las que explican por qué los servidores públicos están regidos y amparados por un régimen especial. Doctrinariamente se sostiene que “ese régimen peculiar existe porque la Administración en la que el funcionario sirve no es una empresa privada.... (.....) lo que quiere decirse es que en la Administración Pública como institución concurren determinados elementos en virtud de los cuales quienes la dirigen y la animan no pueden actuar con la libertad o autonomía de la voluntad que es propia del empresario privado, y son estos elementos los que imponen que las relaciones de la Administración con su personal se funden, al menos en algunos aspectos, en principios esenciales y característicos del derecho público, legalidad, igualdad, imparcialidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.”¹⁹.

¹⁷ Reconocido expresamente en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, conforme al cual -1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, organismos y agencias de la Unión traten de sus asuntos imparcial y equitativamente y *dentro de un plazo razonable*. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a *ser escuchada antes de que se tome en su contra una medida individual que le afecte desfavorablemente*; b) el derecho de toda persona a *acceder al expediente* que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y el secreto profesional y comercial; c) la *obligación que incumbe a la Administración de motivar* sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o agentes en el ejercicio de sus funciones de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona puede dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y tiene que recibir una contestación en esa misma lengua.¶

¹⁸ Si bien en el ordenamiento jurídico salvadoreño no contamos con un reconocimiento expreso del llamado -derecho a la buena administración¶, al analizar su regulación en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, podemos afirmar que se configura como una integración de derechos ya existentes, que sí tienen claro respaldo y asidero constitucional y jurisprudencial. Vid. Artículo ¿TENEMOS DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN?, Fratti de Vega, Karla María, en: <http://adesaelsalvador.blogspot.com/2011/03/tenemos-derecho-una-buena.html> (Consultado el 3 de septiembre de 2011).

¹⁹ Sánchez Morón, M., *Derecho de la función pública*, Op. Cit. Pág. 23.

Nuestra jurisprudencia²⁰ ha desarrollado dicha visión, señalando que “la situación jurídica general de cada servidor público -en atención al principio de conveniencia pública, derivación de la preeminencia del interés público sobre el interés privado, art. 246 inc. 2º de la Constitución, que se citó arriba- **se diseña por el legislador en atención al interés público**, no para casos individuales o particulares”. (Los resaltados son propios). Y que “De este modo, con relación al servicio público, las normas que rigen la relación laboral no ponen el acento en la tutela del trabajador, ni en la visión del beneficio económico de la empresa, sino, por el contrario, **en el ejercicio permanente, continuo y eficaz de la función administrativa como medio para la obtención del bien común**”.

1.3. Implicaciones del vínculo servidor público-Estado

De lo expuesto en apartados anteriores, podemos sostener que una buena Administración está determinada por buenos servidores públicos. En el análisis de la buena administración²¹ se señala que: “el personal al servicio de la Administración es un factor primordial para poder contar con una buena administración, por lo cual la legislación relativa a este personal debe tener en cuenta este principio *y establecer una regulación del personal administrativo que tenga como finalidad primordial conseguir una buena administración*”. (Los resaltados son propios). Señalándose en consecuencia que el régimen jurídico aplicable a los empleados “tiene que hacer posible *la selección de los mejores candidatos*, proporcionarles unas oportunidades de *promoción profesional y una compensación por su trabajo* que estimulen su dedicación al servicio público, así como la *formación más apropiada para atenderlo*. También tiene que establecer un equilibrio adecuado entre sus derechos e intereses legítimos y sus deberes obligacionales y responsabilidades, teniendo en cuenta que lo primordial es

²⁰ Inconstitucionalidad Ref.: 63-2007/69-2007, citada *supra*.

²¹ -El derecho a una buena administración, de SINDICATURA DE GREUGES DE BARCELONA, ver texto completo en <http://www.bcn.es/sindicadegreuges/pdf/Informe%20Buena%20Administracion-castellano.pdf>. (Consultado el 3 de septiembre de 2011).

siempre garantizar el mejor servicio al conjunto de la ciudadanía”. (Los resaltados son propios).

De lo anterior pueden establecerse al menos tres implicaciones básicas de la visión del cumplimiento a los intereses generales en la regulación de la función pública:

- 1) El ingreso por méritos (Meritocracia)
- 2) La profesionalización de los servidores públicos, y,
- 3) La estabilidad²².

Sobre la importancia de adecuados mecanismos de selección de los servidores públicos, el ya citado tratadista Miguel Sánchez Morón²³ al analizar los alcances del ya citado art. 103.1 de la CE²⁴, señala que en garantía de la posición constitucional de la Administración “lo que se necesita es que al empleo público accedan los más capaces con independencia de su ideología. No solo eso, sino que también es preciso asegurar que la carrera profesional del empleado público, su ascenso a cargos de mayor nivel y responsabilidad, se produzca también por razones objetivas vinculadas al mérito y capacidad.... (...) Todas estas razones explican por qué debe existir un régimen específico del empleado público, fundado en principios de derecho público y articulado a través de garantías legales”.

La Subsecretaría de Gobernabilidad y Modernización del Estado²⁵ ha establecido como premisa guía que la necesidad de contar con servidores públicos profesionales, capaces de gestionar debidamente los asuntos públicos y la

²² Sin que cierre la posibilidad de separar a servidores públicos que no realicen debidamente las funciones encomendadas, naturalmente, previo el debido proceso.

²³ Sánchez Morón, M., *Derecho de la función pública, Op. Cit.*, Pág. 24

²⁴ Que tal como se ha expuesto dispone que “La Administración Pública sirve con objetividad *los intereses generales*”.

²⁵ La Subsecretaría de Gobernabilidad y Modernización del Estado forma parte de la estructura organizativa de la Secretaría para Asuntos Estratégicos de la Presidencia de la República. Tomado del sitio oficial de la Presidencia de la República: <http://asuntosestrategicos.presidencia.gob.sv/institucion/estructura-organizativa/subsecretaria-de-gobernabilidad-y-modernizacion-del-estado.html> (Consultado el 5 de septiembre de 2011).

atención de los servicios y prestaciones al ciudadano, demanda establecer un *sistema moderno de gestión del talento*, cuya implementación permitiría atraer y retener a los profesionales con las capacidades requeridas, que garanticen la continuidad en la prestación de los servicios y sirvan con objetividad y calidad las demandas ciudadanas²⁶.

Para la referida Institución, lo anterior pasa por la elaboración de un sistema de identificación de puestos que permitirá además, un Sistema de Gestión del Empleo, en el cual los criterios fundamentales para seleccionar, promover y reconocer a los funcionarios y empleados de la Administración Pública se basen en mérito.

La visión de la profesionalización del servicio público inicia con un adecuado mecanismo de selección, pero se complementa a lo largo de la carrera, con inducción, adiestramiento, capacitación y evaluación constante. La finalidad última de profesionalizar a los servidores públicos es que el funcionamiento eficaz y eficiente de las instituciones en que éste se desempeña, conduzcan a la satisfacción de necesidades administrativas y sociales a que están llamados.

Finalmente, la especial naturaleza de la función pública exige especial atención al régimen de estabilidad laboral. Sobre ello nos ocuparemos en el capítulo V.

26 Tomado del sitio oficial presidencia.gob.sv: <http://asuntosestrategicos.presidencia.gob.sv/temas/gobernabilidad-y-modernizacion-del-estado/profesionalizacion-del-servicio-civil.html> (Consultado el 3 de septiembre de 2011)

CAPÍTULO II

EL RÉGIMEN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

2.1. Naturaleza del estatuto público

Como lo venimos tratando, el objeto del estudio que nos ocupa se concentra en el personal al servicio de la Administración²⁷. El Estado desarrolla sus funciones públicas de beneficio colectivo por medio de individuos que forman parte de un sistema especial denominado régimen administrativo o régimen de la Administración Pública²⁸. Este sistema está formado por el personal laboral o trabajador del Estado que, dadas las funciones especiales²⁹ que desarrolla, se encuentra en un régimen *laboral privativo* el cual obedece a características jurídicas propias con asidero en la Constitución de la República y en normas secundarias especiales.

La jurisprudencia ha establecido que “a diferencia de los trabajadores privados, en el sector público, la relación laboral que se establece entre el servidor y el Estado está unilateralmente determinada por este último, quien -de forma general e impersonal- establece por mandato constitucional y legal, las condiciones de los servicios públicos y decide, por complejos mecanismos, a quién se nombra para la prestación de los mismos, con lo cual, el nexo que liga a los servidores públicos con el Estado es de derecho público administrativo”³⁰.

No obstante lo anterior, existen casos puntuales que rompen con dicha regla, puesto que se enmarcan en una reglamentación distinta o con ciertas variantes, lo cual debe ser objeto de diferenciación³¹.

²⁷ La Sala de lo Contencioso Administrativo se ha referido a ellos de la siguiente manera: —El Estado, para la consecución de sus fines necesita la concurrencia de personas naturales, que se denominan *servidores públicos*, entendidos como toda persona que colabora o contribuye a que se lleven a cabo las distintas funciones estatales!. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del día 26 de septiembre de 2008, en el proceso de Ref.: 111-B-2004.

²⁸ Como se reconoce, entre otras, en las Sentencias de Inconstitucionalidad Ref. 32-2010 y Ref. 63-2007/ 69-2007. Sentencia de la Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia. Inconstitucionalidad Ref. 63-2007/ 69-2007

²⁹ Debemos recordar que los servidores públicos realizan sus funciones tendientes a un *interés general*, y el interés que satisfacen, es en última instancia el de los administrados que reciben los servicios públicos.

³⁰ Inconstitucionalidad Ref.: 63-2007/69-2007 citada *supra*.

³¹ Así por ejemplo, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha indicado —Como es sabido, cuando la relación servidor público-Estado tiene su origen en un contrato individual de trabajo, ésta se rige por el Código de Trabajo, y queda sujeta a la jurisdicción laboral. Cuando el nombramiento tiene su origen en un acto administrativo, como regla general, se aplica la Ley de Servicio Civil, que regula la carrera administrativa.

Desde un punto de vista amplio, siguiendo las ideas del profesor Entrena Cuesta y adaptándolas en algunos casos al ordenamiento jurídico salvadoreño, podemos realizar una clasificación no taxativa del personal al servicio de la Administración Pública, de la forma que a continuación se presenta:

- i. Personal de carácter político: presidente, vicepresidente, ministros, etc.;
- ii. Los que realizan funciones profesionales;
- iii. Personal laboral, que se rige por la legislación de este carácter bajo un contrato individual de trabajo, sin perjuicio de las normas administrativas que en su caso le sean aplicables;
- iv. Personal laboral de carácter permanente que es nombrado mediante acto administrativo;
- v. Personas que en virtud de un contrato realizan servicios específicos, concretos y de carácter extraordinario;
- vi. Quienes realizan prestaciones personales obligatorias. Verbigracia, las que prestan servicio militar;
- vii. Las personas particulares que ayudan de forma voluntaria y ocasional al Estado, sin que exista un nexo jurídico legal o contractual que los obligue. Como por ejemplo los particulares que ayudan de forma caritativa a la Administración en situaciones de desastres, incendios, inundaciones, etc.;
- viii. Los contratistas de obras públicas, los suministradores de la Administración y los concesionarios de los servicios públicos y el personal de ellos dependiente³².

Ahora bien, para efectos de este trabajo nos centraremos en el núcleo más importante del personal citado, tanto por su número de integrantes como por su minuciosa y singular regulación. Con esto nos referimos al personal al servicio de

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del día 28 de febrero de 2001, en el proceso de Ref.: 123-R-2000.

³² Entrena Cuesta, R., *Curso de Derecho Administrativo*, v. I/2. *Organización Administrativa*, ed. 12ª, Tecnos, Madrid, 1998. Pág. 271. En igual sentido, María Díez, M., *Manual de Derecho Administrativo t. II*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1979. Pág. 76-77.

la Administración Pública que está conformado por los **servidores que integran el estatuto público del Estado**. Es decir, aquellos que realizan las labores propias y cotidianas de la institución respectiva de forma permanente y a quienes identificamos en los romanos iii y iv de la clasificación expuesta.

Sobre la naturaleza jurídica que mantiene la unión entre estos servidores y la Administración se han esbozado dos posturas predominantes³³:

1º La tesis que apela a una relación contractualista, consecuentemente, sólo modificable en caso de mutuo consentimiento. Postura que con el tiempo, fue mutando con ideas iuspublicistas que consideran que entre el Estado y su personal existe un contrato pero de naturaleza administrativa: el contrato de función pública. Por tanto, bajo la línea del interés público y en virtud de su naturaleza, este contrato puede ser modificado unilateralmente por la Administración, pero siempre respetando ciertos derechos laborales de rango constitucional del servidor público;

2º La segunda tesis reconoce que el vínculo entre el servidor y la administración tiene una naturaleza legal y reglamentaria, o si se quiere emplear otra expresión, estatutaria. Tal ha sido el impacto de este enfoque, que hoy en día la doctrina mayoritaria considera que el mismo ha superado a la posición contractualista.

Sobre lo dicho cabe comentar que es cierto que cuando una persona pretende ingresar a la Administración Pública manifiesta su deseo de aspirar a trabajar en ella; y también es verdad que la Administración dispone admitirlo por cualquiera de los medios legales que reglamenten su ingreso. No obstante, ni en el nacimiento del vínculo que el nombramiento genera, ni en la regulación de la nueva calidad, ni en ninguno de los aspectos que rigen el vínculo entre ambos, existe relación alguna de tipo convencional.

³³ Entrena Cuestas, R. *op cit.* Pág. 275.

La relación jurídica estatutaria implica que los derechos y obligaciones –y en general, la regulación de los servidores públicos- están descritos en Leyes y en Reglamentos, es decir, no se rigen por una mera relación contractual o convencional³⁴.

Dicha postura fue asumida por nuestra Sala de lo Constitucional³⁵, al analizar la prohibición constitucional de huelga de los empleados públicos. En esa ocasión, la Sala realizó un distingo entre la naturaleza jurídica de la relación laboral que une a los trabajadores privados con la empresa y la relación servidor público-Estado, sosteniendo esencialmente que “la organización administrativa en abstracto es conformada por un acto material y formalmente legislativo, se trata de la configuración de un régimen jurídico general, impersonal, unilateralmente determinado por el Estado. Lo anterior significa que el acto jurídico que estipula en abstracto la organización administrativa, y que incluye - claro está - el número y distribución de plazas, es una ley; en consecuencia, la determinación de los derechos y deberes de los servidores públicos - ingreso, estabilidad, ascenso, etcétera - **derivan de una situación general e impersonal, no de una situación contractual...**”. (Los resaltados son propios).³⁶

En dicha sentencia se aborda también porqué dicha relación se haya regida bajo el Derecho Administrativo: “A diferencia de los trabajadores privados, en el sector público, la relación laboral que se establece entre el servidor y el Estado está

³⁴ Al respecto, Sánchez Morón afirma que lo característico de las relaciones estatutarias es, precisamente, que los derechos y obligaciones se sujetan en todo momento a lo que prescriban las normas aplicables, dejando de lado la invocación de derechos subjetivos para su modificación. Este autor presenta como ejemplo de una relación estatutaria pura a la del funcionario público. Sánchez Morón, M., *Derecho Administrativo parte general*, Op. Cit. Pág. 451.

³⁵ Sentencia de la Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia. Inconstitucionalidad Ref.: 63-2007/69-2007.

³⁶ Lo contrapone a la relación en el sector privado, a la cual otorga naturaleza contractual o convencional: -En el caso del trabajador privado, la relación laboral que establece con su patrono **es de tipo convencional**, por ello, en la formación del contrato, que sirve como título de la relación y en el que se determinan los derechos y obligaciones de las dos partes, interviene la voluntad de éstos, *en función de sus respectivos intereses particulares*”. (Los resaltados son propios).

unilateralmente determinada por este último, quien -de forma general e impersonal- establece por mandato constitucional y legal, las condiciones de los servicios públicos y decide, por complejos mecanismos, a quién se nombra para la prestación de los mismos, con lo cual, el nexo que liga a los servidores públicos con el Estado **es de derecho público administrativo...** (Los resaltados son propios). Finalmente, la citada jurisprudencia establece que “*Por lo anterior es aceptable concebir al servicio público como una función social del Estado*”.

Asimismo, el Tribunal Supremo español ha distinguido entre la naturaleza estatutaria del régimen de los funcionarios públicos y la relación de naturaleza laboral de un empleado, ello en virtud de que un empleado laboral de la Administración de la Seguridad Social en recurso de casación alegaba encontrarse en situación idéntica a la configuración fáctica de una sentencia anterior, por lo que solicitaba la extensión de sus efectos. Sin embargo, el Tribunal apunta la ausencia de identidad, por no tratarse de un funcionario público sujeto a una relación estatutaria, sino al régimen laboral³⁷.

Con lo expuesto se advierte, que defender una simple relación convencional no parece ser otra cosa que trasladar, impropriamente, la figura del contrato a una relación de naturaleza distinta y con fines públicos disímiles. Esto es así, pues lo que se constituye es una declaración unilateral y potestativa de derecho público, de carácter estatutaria, en la cual el Estado resuelve, por vía normativa, integrar al solicitante a su cuerpo de servidores públicos y regir todo el estatus que a tal cuerpo atañe.

De esto en nada participa el futuro servidor, quién no influye tampoco en el perfeccionamiento del acto por medio del cual la Administración resuelve, unilateralmente, nombrarlo e incorporarlo a sus filas. Y es que, si bien existe una

³⁷ Sentencia de dieciocho de Abril de dos mil ocho, Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Nº de Recurso: 215/2005. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> (Consultado el 5 de septiembre de 2011).

petición de ingreso a la Administración, esta es intrascendente, jurídicamente hablando, para la adopción de la decisión que dará como resultado el nacimiento del vínculo con el Estado.

En síntesis, la calidad de servidor tiene su génesis en una relación unilateral y potestativa de la Administración que queda amparada bajo un régimen jurídico específico. Dicha relación se perfecciona en el acto de nombramiento y produce simplemente el efecto de incorporar al designado en el estatus y situación de servidor público sometido a un estatuto público o régimen administrativo³⁸.

Por otra parte, cabe aclarar que al hacer alusión al concepto “estatuto público” nos referimos al sistema jurídico normativo que regula al personal laboral a disposición del Estado³⁹. Es decir, aquellos sujetos que pertenecen a la fuerza de trabajo gubernamental permanente y que, por lo tanto, se encuentran bajo una categoría especial que les otorga la calidad o “estatus” de servidores públicos⁴⁰.

La expresión “estatuto” no es utilizada por nuestra Constitución en su apartado especial que regula el régimen de los servidores públicos, como si lo hacen otras Constituciones extranjeras como la española de 1978⁴¹ y la costarricense de

³⁸ Silva Cimma, E., *Derecho Administrativo chileno y comparado. La Función Pública*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993. Pág. 16 -17.

³⁹ El autor chileno Silva Cimma hace referencia a un –Estatuto Administrativo‖ el cual define como –un conjunto de normas legalmente establecidas por el Estado, y en las que regula toda situación administrativa del funcionario‖. Silva Cimma, E. *Op. cit.*, Pág. 13.

⁴⁰ –Lo anterior implica que el trabajador que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legalmente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo a los principios de constitucionalidad y de legalidad (...).Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Inconstitucionalidad del día 16 de octubre de 2007, en el proceso de Ref.: 63-2007/69-2007.

⁴¹ Sobre el particular, el Art.103 de la Constitución española, prescribe: –**Artículo 103:** 1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. 2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley. 3. La ley regulará el **estatuto de los funcionarios públicos**, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones‖. (Resaltado es nuestro)

1949⁴². No obstante, del desarrollo normativo constitucional salvadoreño se desprende la existencia de un verdadero estatuto público que es además reconocido por la ley secundaria⁴³.

Debemos mencionar que dentro de este estatuto se encuentran todos los servidores públicos permanentes, independientemente de su forma de ingreso a la Administración Pública; ya sea por medio de acto administrativo de nombramiento o mediante la modalidad de celebración de contrato individual de trabajo, pudiendo existir algunas diferencias razonables de tratamiento⁴⁴. Sin embargo, todo ese conjunto de sujetos estarán caracterizados por elementos de naturaleza común que vienen dados por ese especial estatuto.

Es en este sentido que la doctrina clásica del Derecho Administrativo venía trazando una especie de “muro de Berlín” entre el régimen laboral de los servidores de la Administración Pública y la normativa que rige a los trabajadores del sector privado –Código de Trabajo-. No obstante, ahora se reconoce que el especial estatuto al que nos referimos no es necesariamente una contraposición a la regulación contenida en las normas del Derecho laboral, ni mucho menos a los derechos de los trabajadores en general. Lo que nos lleva a afirmar que la interpretación correcta es que existe en el ordenamiento una modulación o cierto grado de peculiaridad inherente al régimen de los servidores públicos en razón del carácter de sus funciones y la organización en la que están inmersos⁴⁵.

⁴² Por su parte, el Art. 191 de la Constitución costarricense establece: “**Artículo 191. Un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos** con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración”. (Resaltado es nuestro)

⁴³ Nuestra legislación secundaria sí recoge el término estatuto en el artículo 1 de la Ley del Servicio Civil.

⁴⁴ –La relación entre los servidores públicos con el Estado puede tener diversos orígenes. Esta Sala en sentencia de las catorce horas y seis minutos del día cinco de junio de mil novecientos noventa y ocho expuso: “la relación ente los servidores públicos..... (sic) y el Estado, se origina ya sea a partir de la celebración de un contrato individual de trabajo, de un acto administrativo de nombramiento, o bien, de un contrato de naturaleza civil. Independientemente cómo se haya originado el vínculo entre las partes, derivarán derechos y obligaciones entre éstas, los cuales estarán sujetos a regímenes distintos...”|| Sala de lo Constitucional. Resolución de Improcedencia de Inconstitucionalidad del día 21 de junio de 2010, en el proceso de Ref.: 32-2010. En igual sentido: Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del día 29 de julio de 2004, en el proceso de Ref.: 268-M-2002.

⁴⁵ Sánchez Morón, M., *Derecho de la función pública*, Madrid, Tecnos, 2ª. Ed., 1997. Pág. 59-65.

Así, el estatuto público estará constituido por aquellas normas de Derecho Administrativo –imperativas- que establezcan las particularidades que rigen al servidor público, y que entre otras materias, regulará los mecanismos de ingreso bajo parámetros de igualdad y mérito, los derechos y obligaciones de los servidores, estableciendo también quiénes quedan excluidos del estatuto, entre otros aspectos. Del mismo modo, tal estatuto deberá reconocer que, en virtud de los fines que lo subyacen, debe conjugarse a la vez beneficios especiales, como por ejemplo la protección a la estabilidad laboral de los servidores públicos⁴⁶; y restricciones, como lo es la prohibición de la huelga a los trabajadores públicos y municipales⁴⁷.

Ahora bien, debemos enfatizar que tal estatuto obedece a normas especiales de Derecho Administrativo y que el uso del Código de trabajo tendrá un carácter

⁴⁶ -Este derecho [el derecho a la estabilidad laboral de los servidores públicos] ha sido interpretado jurisprudencialmente como el *derecho a la conservación del trabajo o empleo por parte de los empleados o funcionarios, con independencia de que exista la posibilidad de un traslado de funciones o de un cargo a otro para el trabajador*. estableciéndose de tal forma la interdicción de la remoción arbitraria de los mismos de las plazas o cargos que ocupan ya que su destitución o cesación debe fundamentarse en las causas legales preestablecidas, siendo exigible la tramitación de un procedimiento ante la autoridad competente para tal efecto [...].Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Improcedencia de Amparo del día 8 de abril de 2002, en el proceso de Ref.:327-2002. En el mismo sentido, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Inconstitucionalidad del día 22 de octubre de 1999, en el proceso de Ref.: 3-93; Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo del día 2 de febrero de 2011, en el proceso de Ref.: 73-2010.

⁴⁷ Tal restricción se encuentra prescrita expresamente en el Art. 221 Cn. Según el cual –se prohíbe la huelga de los trabajadores públicos y municipales. Sobre el particular, la Sala de lo Constitucional ha indicado: –la misma situación de prestar servicios al Estado o a cualquier ente descentralizado, la naturaleza de dicha prestación de servicio personal y la calidad del ente para el cual trabaja o despliega su fuerza laboral, hacen improcedente que exista un derecho de huelga para estos trabajadores [los servidores públicos], ya que si se admite tal situación, ello implicaría que la función estatal se viera afectada cada vez que los servidores públicos decidan ir a huelga [...].Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Inconstitucionalidad del día 20 de junio de 1999, en el proceso de Ref.: 4-88.

Bajo esas razones, en la ya citada Inconstitucionalidad Ref.: 63-2007/69-2007, citada *supra*, se señala que la prohibición constitucional establecida en el Art. 221 Cn., se relaciona con la continuidad de la función administrativa y de servicios públicos, y que –*La huelga es el hecho que subordina el funcionamiento de un servicio público, es decir, la satisfacción de una necesidad general, a los intereses particulares de los agentes. Por respetables que fuesen estos intereses particulares, no pueden prevalecer sobre el interés general representado por el servicio público. El régimen del servicio público descansa sobre la supremacía del interés general. La huelga es, pues, por parte de los agentes del servicio público, un hecho ilícito (...) Quienes ingresan como obreros, empleados o funcionarios de una entidad o empresa encargada de la prestación de un servicio público, virtualmente aceptan el régimen jurídico pertinente, renunciando así a plantear reclamos recurriendo a esas situaciones de fuerza o presión*”-

supletorio excepcional. Esto es así, pues los servidores públicos se encuentran por razones teleológicas adscritos a un sistema con características propias, creadas al final de cuentas en beneficio de toda la colectividad⁴⁸.

2.2. Base constitucional en El Salvador

Como en cualquier análisis forense, es adecuado partir de la Constitución como máxima fuente del Derecho. Es así que nuestra Carta Magna, en el Título VII “Régimen Administrativo”, Capítulo I, aborda el Servicio Civil estableciendo algunas reglas asistemáticas que constituyen el génesis del estatuto público de los servidores del Estado, que podríamos ordenar de la siguiente forma:

- a) El Servicio Civil está conformado por los empleados y funcionarios públicos que están al servicio del Estado, que no tienen carácter político ni militar⁴⁹;
- b) Existe un reconocimiento de la carrera administrativa;
- c) Se realiza una remisión a la ley secundaria para que regule el Servicio Civil y en especial las condiciones de ingreso a la administración; las promociones y ascensos con base en mérito y aptitud; los traslados, suspensiones y cesantías; los deberes de los servidores públicos y los recursos contra las resoluciones que los afecten;
- d) La ley garantizará a los empleados públicos la estabilidad en el cargo;
- e) No están comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios o empleados que desempeñen cargos políticos o de confianza.

Adicionalmente, es relevante que la Constitución nos indica que es competencia de la Asamblea Legislativa el crear y suprimir plazas, y asignar sueldos a los

⁴⁸ –La aplicación de las normas laborales al empleo público debe tener, en rigor, un carácter instrumental, supletorio, analógico y condicionado que exige, en todos los supuestos, un juicio previo de compatibilidad. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Inconstitucionalidad del día 16 de octubre de 2007, en el proceso de Ref.: 63-2007/69-2007.

⁴⁹ Véase sobre los funcionarios políticos el artículo 219 inciso 3º Cn.; en cuanto al régimen militar véase los artículos 211 Cn. y ss.

funcionarios y empleados de acuerdo con el régimen de Servicio Civil (Art. 131 ordinal 9º Cn.).

Por otro lado, es importante señalar que la regulación secundaria de los servidores públicos puede variar dependiendo *de la forma de ingreso a los cargos que detentan o del sector de la Administración de que se trate*. Tal relación, como luego se observará, puede que se origine de distintas fuentes. No obstante, en cualquier caso siempre estarán sujetas a un régimen regulatorio especial⁵⁰.

A continuación citamos algunas de las disposiciones constitucionales básicas:

El Art. 218 Cn. expresa:

Art. 218. *Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de una fracción política determinada. No podrán prevalerse de sus cargos para hacer política partidista. El que lo haga será sancionado de conformidad con la ley.*

Por su parte, el Art. 219 Cn. preceptúa:

Art. 219 Cn. *Se establece la carrera administrativa.*

La ley regulará el servicio civil y en especial las condiciones de ingreso a la administración; las promociones y ascensos con base en mérito y aptitud; los traslados, suspensiones y cesantías; los deberes de los servidores públicos y los recursos contra las resoluciones que los afecten; asimismo garantizará a los empleados públicos a la estabilidad en el cargo.

No estarán comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios o empleados que desempeñen cargos políticos o de confianza, y, en particular, los Ministros y Viceministros de Estado, el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, los Secretarios de la Presidencia de la República, los Embajadores, los Directores Generales, los

⁵⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Ref.: 123-R-2000; Sala de lo Constitucional Sentencia Amparo 327-2002; Sentencia Amparo 781-2008; Sentencia Amparo 190-2009; Sentencia Amparo 126-2010.

Gobernadores Departamentales y los Secretarios Particulares de dichos funcionarios.

Asimismo, el Art. 220 Cn., dispone:

Art. 220. *Una ley especial regulará lo pertinente al retiro de los funcionarios y empleados públicos y municipales, la cual fijará los porcentajes de jubilación a que éstos tendrán derecho de acuerdo a los años de prestación de servicio y a los salarios devengados.*

El monto de la jubilación que se perciba estará exento de todo impuesto o tasa fiscal y municipal.

La misma ley deberá establecer las demás prestaciones a que tendrán derecho los servidores públicos y municipales.

El Art. 221 nos dice:

Art. 221. *Se prohíbe la huelga de los trabajadores públicos y municipales, lo mismo que el abandono colectivo de sus cargos.*

La militarización de los servicios públicos civiles procederá únicamente en casos de emergencia nacional.

Finalmente, el Art. 222 nos indica que:

Art. 222. *Las disposiciones de este Capítulo son extensivas a los funcionarios y empleados municipales.*

Al abordar la interpretación y aplicación de dichas disposiciones, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y la Sala de lo Contencioso Administrativo, han puntualizado algunas características del estatuto público o régimen administrativo, delimitando sus alcances y contenido. De esto vale resaltar las siguientes líneas jurisprudenciales:

i. Finalidad de la carrera administrativ

“(...) Se considera que la carrera administrativa constituye la regulación general que comprende los componentes esenciales y básicos que deberán regir en todas aquellas áreas en las que el servicio profesional personal al Estado se encuentre sometido a un régimen de carrera. Así, la carrera administrativa, en general, y el resto de carreras que se encuentran dentro de la Administración Pública, persiguen un mismo fin: conseguir la eficiente realización de las funciones estatales por el elemento humano que presta servicios personales al Estado y demás entes públicos en un régimen de suprasubordinación; finalidad que se pretende lograr mediante el establecimiento de un régimen que comprenda las condiciones de ingreso, los derechos y deberes, las promociones y ascensos, los traslados, suspensiones y cesantías, y los recursos contra las resoluciones que afecten a tales servidores(...)”. **(Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad del día 21 de julio de 2010, en el proceso de referencia 32-2010)**

ii. Sobre personas no comprendidas en la carrera administrativa:

“Sin embargo, dentro de los funcionarios públicos -tal como se ha dicho en la sentencia de 20-VI-1999, Inconstitucionalidad 4-88/1-96 (acumulados)- existen varias categorías, teniendo en cuenta que estos pueden tener acceso al poder de distinta forma -voto popular, elecciones de segundo grado y nombramiento- y dependiendo de la misma se les puede clasificar así:

a. Funcionarios de elección popular; (...) Por desempeñar cargos fundados en los principios de representatividad y alternabilidad en el poder -propios del régimen constitucional democrático, según lo prescrito en el artículo 85 de la Constitución- y por intervenir en la formación y ejecución de la voluntad estatal en su más alto grado, se justifica que tales funcionarios no se encuentren comprendidos en la carrera administrativa, ya que su legitimación deriva directamente del voto popular (...).

b. Funcionarios políticos; se entiende por tales, las personas que desempeñan cargos públicos en virtud de elección de segundo grado realizada por la Asamblea Legislativa o nombramiento efectuado por el Presidente de la República, y que participan en la alta dirección política para la ejecución del plan de gobierno. Estos funcionarios, igual que los de la categoría anterior, también se encuentran investidos de poder de mando y decisión, y aunque no gozan de la legitimación que deriva del voto popular, "es explicable (...) -- su situación laboral- que el partido político que ha llegado al poder haga que ocupen (tales) cargos sus afiliados, adeptos o simpatizantes, por cuanto debe seguirse el plan de gobierno" presentado por dicho partido al cuerpo electoral, y que recibió la aprobación de éste en los comicios; cuando los funcionarios políticos cumplen con las anteriores características, no se encuentran comprendidos en la carrera administrativa, lo cual se deriva expresamente de lo prescrito en el artículo 219 inciso 3° de la Constitución (...).

c. Funcionarios de confianza: Son tales los que tienen acceso a un cargo público por medio de nombramiento o aprobación de alguno de los funcionarios de elección popular o político, debido al alto grado de confianza que les deposita el funcionario u órgano que los nombra, basado en el elemento de fidelidad personal; dado que este elemento es esencial en el nombramiento del funcionario, se justifica que se encuentren excluidos de la carrera administrativa, como lo prescribe el artículo 219 inciso 3° de la Constitución." (Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo del día 10 de enero del 2000, en el proceso de referencia 229-98)

"El artículo 219 de la Constitución crea la Carrera Administrativa, cuya finalidad principal es el establecimiento de un régimen especial para los servidores públicos, a fin de garantizarles "estabilidad en el cargo" o lo que a través de su jurisprudencia esta Sala ha denominado estabilidad laboral para los empleados públicos. Asimismo, dicha disposición ordena que la ley regule las relaciones

laborales entre aquéllos y el Estado, siendo la Ley de Servicio Civil la ley por antonomasia de dicha regulación. En ese sentido, la actividad laboral del sector público está regulada, en principio, por dicha ley.

La Ley de Servicio Civil enuncia en su artículo 2 los cargos de funcionarios y empleados públicos sujetos a la misma, salvo las excepciones señaladas en el artículo 4 de ese cuerpo normativo. (...) Asimismo, en el inciso último del citado artículo 2 de ese cuerpo normativo, se señala la posibilidad de regulaciones especiales en vista de la naturaleza de las funciones que desempeñen determinados servidores públicos. Por ejemplo, se mencionan a los miembros del magisterio y servicio exterior.

iii. Ingreso a la carrera administrativa:

"Teniendo en cuenta que los servidores públicos conforman el elemento humano que concreta la función pública, se requiere de ellos un mínimo de habilidad e idoneidad para el desempeño de la tarea que les corresponde; para la fijación de ese mínimo de requisitos, el legislador tiene libertad de configuración o, en su caso, dejar a discrecionalidad de los superiores administrativos la verificación del cumplimiento de tales requisitos mínimos que demuestren la habilidad e idoneidad de una persona para el ingreso a la carrera administrativa; ello porque, cumplir con dicho mínimo es exigible, teniendo en cuenta que la tarea del servidor que ingresa a la carrera implicará la eficiente realización de una función estatal". **(Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad del día 20 de junio de 1999, en el proceso de Ref.: 4-88 /1-96 (acumulados))**

iv. Derecho a la estabilidad laboral:

"(...) La estabilidad laboral implica, el derecho de conservar un trabajo o empleo, independientemente de que el trabajador esté sujeto a la posibilidad de traslado de funciones o de un cargo a otro, mientras que la estabilidad en el cargo implica la permanencia en un cargo, puesto o función específicos, sin que se le pueda

trasladar sin causa justificada (...). **(Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo del día 13 mayo de 1998 en el proceso de Ref.: 265-97)**

v. Subsunción del derecho a la estabilidad laboral en el derecho al trabajo:

“En lo concerniente al derecho (...) es preciso reparar que este Tribunal ha perfilado en su jurisprudencia que la titularidad del citado derecho es atribuible a todo trabajador; pero se encuentra regulado de manera particular según el ámbito -público o privado- en que la relación laboral se ejercita.

Así, el derecho al trabajo no se agota en sí mismo, ya que de su contenido y para la tutela de su actuación, se han determinado diversas manifestaciones de categorías protegibles íntimamente relacionadas con aquél, entre las que se destaca el derecho a la estabilidad laboral de los servidores públicos. **(Sala de lo Constitucional. Sentencia de amparo del día 8 de abril de 2002, en el proceso de Ref.: 327-2002)**

“El derecho a la estabilidad laboral de los servidores públicos debe entenderse como una manifestación del derecho al trabajo, pues efectivamente, los servidores públicos en tanto personas que ejecutan un servicio de carácter público, son titulares del derecho al trabajo que consagra el artículo 2 de la Constitución, de manera que una violación a la estabilidad implica de suyo una afectación en el ejercicio del derecho al trabajo que ostenta su titular”. **(Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad del día 22 de octubre de 1999, en el proceso de Ref.: 3-93)**

vi. Derecho a las promociones y ascensos:

“Aun cuando la Constitución no especifica el significado de tales, en su sentido primario las primeras se pueden entender como las mejoras en las condiciones de servicio al Estado, ya sean de naturaleza económica, social, académica, etc., y los segundos como los escalamientos de posiciones dentro de la carrera

administrativa (...). En suma, puede decirse que el derecho a las promociones y ascensos del que goza todo servidor público implica la posibilidad de recibir mejoras en las condiciones de servicio o el escalamiento de posiciones dentro de la carrera que se trate, por medio de un procedimiento administrativo que permita medir o valorar la habilidad o aptitud del servidor público o funcionario judicial que se haya hecho acreedor a esas mejoras o ascensos". **(Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad del día 20 de junio de 1999, en el proceso de Referencia 4-88)**

"La Sala de lo Constitucional ha expresado con relación al derecho al ascenso, en la sentencia de amparo 274-2000 del tres de julio de dos mil uno, lo siguiente: «... La carrera militar, al igual que otro tipo de carreras, tiene como finalidad la eficiente realización de funciones estatales por el elemento humano que presta servicios al Estado en un régimen de supra-subordinación (...) el derecho de ascenso a un grado específico puede otorgarse, si se han cumplido todos los requisitos desarrollados por la normativa militar...» **(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Referencia 315-M-2004, de las catorce horas con veinticinco minutos del día dieciocho de julio de dos mil siete).**

vii. Los traslados, como componente de la carrera administrativa:

"La justificación constitucionalmente aceptada de tales se vincula necesariamente con las necesidades del órgano estatal o ente público donde se presta el servicio público. Como una manifestación del derecho a la estabilidad, son inaceptables los traslados arbitrarios, discriminatorios o por motivaciones políticas. Pues, si bien la estabilidad en el cargo no es un derecho al empleo público, es claro que tal derecho tiende a impedir el traslado arbitrario de estas personas respecto de las plazas que ocupan, exigiendo una justificación razonable de tal traslado". **(Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad del día 20 de junio de 1999, en el proceso de Referencia 4-88)**

“En anteriores resoluciones, respecto al traslado a un cargo con un ligero aumento, con el fin real de aumentar el cargo original, este Tribunal ha expuesto que se había pretendido "revestir de legitimidad la actuación adversada con el "aparente" incremento de doscientos sesenta colones del salario nominal del demandante, cuando en realidad se le traslada a un cargo de menor categoría y de naturaleza distinta que repercute además en una notoria desmejora salarial, alejada de ser una "mera expectativa"....". **(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Referencia 107-R-99, de las ocho horas y tres minutos del día dos de febrero de dos mil uno)**

“En el Considerando del mismo se expone que, "es conveniente que los funcionarios y empleados del Ramo de Aduanas conozcan el funcionamiento y manejo de las mismas en toda la República, para lo cual se hace necesario su traslado periódico de un lugar a otro". Del tenor de tal disposición y del espíritu de la misma, se aprecia que la atribución que se otorga al Ministerio de Hacienda, se refiere a la facultad de ordenar la movilización del funcionario o empleado, quien simplemente dejará de desempeñar sus funciones en el lugar o dependencia en que las ejercía y pasará con su misma plaza a otro lugar (para "conocer el manejo en todo el territorio de la República"), pero naturalmente con la misma función y con todas las implicaciones que el cargo lleva consigo. Contrario sensu, dichos traslados no pueden implicar un cambio de funciones, o alguna forma de desmejora para el funcionario o empleado.” **(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Referencia 37-L-98, de las once horas y diez minutos del día veinticinco de enero del año dos mil)**

viii. Prohibición de huelga en los trabajadores públicos y municipales:

“(...) De igual manera, entre las particularidades esenciales del régimen estatutario de los empleados públicos puede mencionarse la prohibición constitucional establecida en el Art. 221 Cn., que se relaciona con la continuidad de la función administrativa y de servicios públicos, ya aludida. [...] La huelga es el hecho que subordina el funcionamiento de un servicio público, es decir, la satisfacción de una

necesidad general, a los intereses particulares de los agentes. Por respetables que fuesen estos intereses particulares, no pueden prevalecer sobre el interés general representado por el servicio público [...].

Esta Sala ha confirmado dicha prohibición constitucional, al sostener que: „La misma situación de prestar servicios al Estado o a cualquier ente descentralizado, la naturaleza de dicha prestación de servicio personal y la calidad del [sic] ente para el cual trabaja o despliega su fuerza laboral, hacen improcedente que exista un derecho de huelga para estos trabajadores [...] Es claro que, desde el punto de vista constitucional no existe el derecho a la huelga para los servidores públicos, pues existe prohibición expresa en dicha normativa -Art. 221 Cn.-; esta disposición es de carácter excepcional en relación a la regla general prescrita en el Art. 48 Cn., y tal prohibición es extensiva a todo aquel que se encuentre vinculado por un contrato de trabajo con el Estado o con cualquier ente público (...).” **(Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad del día 16 de octubre de 2007, en el proceso de Ref.: 63-2007/69-2007) (En igual sentido: Sentencia de inconstitucionalidad del día 20 de junio de 1999, en el proceso de Referencia 4-88)**

Recapitulando podemos establecer que los servidores públicos con una relación jurídica permanentes con la Administración se encuentran ***bajo un estatuto público especial*** con matices constitucionales, legales y jurisprudenciales, los cuales tienen características propias, todas destinadas a tutelar no al trabajador, sino a los fines públicos que persigue la Administración Pública.

CAPÍTULO III

DIVERSAS REGULACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SALVADOREÑO

3.1. A manera de preámbulo

Cuando la Constitución salvadoreña instaura la carrera administrativa, establece que la ley regulará el Servicio Civil, incluyendo en él, tanto a los servidores de la Administración central como a los servidores públicos municipales. Así, pareciera ser que nos encontramos frente a un mandato al legislador para que este edifique un estatuto normativo que reúna y estructure –de forma homogénea- todo lo referente a las condiciones de ingreso; promociones y ascensos; traslados, suspensiones y cesantías; recursos; deberes y derechos de los servidores públicos, entre otros temas relacionados con los mismos⁵¹.

Sin embargo, en la práctica legislativa se carece de tal unificación, y por el contrario, como suele ocurrir en el desarrollo que realiza el legislador, el modelo de regulación es asistemático. De tal manera, podemos encontrar varios cuerpos normativos que regulan a los servidores públicos de forma sectorial, dentro de los cuales se encuentra la Ley de Servicio Civil; la Ley de la Carrera Administrativa Municipal; la Ley de la Carrera Judicial; la Ley de la Carrera Docente.

A continuación, todos estos instrumentos jurídicos serán sujetos de comentarios en sus apartados más relevantes y en algunos aspectos que nos parecen de trascendencia pragmática.

⁵¹ –[...]el Título VII de la Constitución regula el Régimen Administrativo del Estado y, dentro de éste, en el Capítulo I –Servicio Civil- el estatuto de los funcionarios y empleados públicos; los primeros dos artículos - 218 y 219 Cn.- de tal capítulo sientan los principios básicos que rigen tal estatuto, y, para la configuración normativa de aspectos como la estabilidad en el cargo de tales servidores públicos, condiciones de ingreso a la carrera administrativa, promociones y ascensos, traslados, suspensiones y cesantías, así como los medios de impugnación de los actos lesivos a sus derechos, la Constitución se remite a la ley. **Sala de lo Constitucional. Sentencia del día 20 de junio de 1999, en el proceso de Inconstitucionalidad de Ref. 4-88/1-96 (acumulados)**

3.2. Sobre la Ley de Servicio Civil

La Ley de Servicio Civil es un “decreto ley”⁵² emitido por el Directorio Cívico Militar⁵³ de El Salvador, mediante Decreto N° 507 de fecha 24 de noviembre de 1961, publicado el 17 de diciembre de ese mismo año⁵⁴. Esta Ley fue amparada bajo la Constitución Política de 1950, lo cual se ve reflejado en sus considerandos cuando expresamente cita los artículos 109⁵⁵ y 111⁵⁶ de dicha Constitución.

La primera de las disposiciones relacionadas, al igual que su homólogo actual Art. 219 Cn., establecía la carrera administrativa, delegando a la Ley la regulación del Servicio Civil y señalando también, qué funcionarios o empleados no se entendían comprendidos en la Carrera Administrativa. Por su parte, el Art. 111 de la Constitución en comento, hacía extensivo el régimen administrativo a los

⁵² –En épocas de anormalidad constitucional, el Poder Ejecutivo dicta actos obligatorios de alcance general, sobre materias que deben ser reguladas por ley formal. En tales casos, el instrumento normativo correspondiente recibe el nombre de Decreto Ley. Vid. Cassagne, J *Derecho Administrativo*, T. II, ed. 6ª, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000. Pág.136.

⁵³ El 25 de enero de 1961 se llevó a cabo un golpe de Estado por medio del cual, sin derramamiento de sangre alguna, se destituyó del poder a la Junta Militar de Gobierno que igualmente había accedido al poder por medio de un golpe de Estado, el día 26 de octubre de 1960. El golpe de 1961 fue liderado por los coroneles Aníbal Portillo, Armando Molina y Julio Adalberto Rivera y los mayores Mariano Castro Morán y Oscar Alfonso Rodríguez Simón. Finalmente, el Directorio Cívico Militar fue compuesto por los militares Portillo, Rivera, Castro Morán y por los civiles, Dr. Antonio Rodríguez Porth, Dr. José Francisco Valiente y Dr. Feliciano Avelar. Véase Rey Prendes, Julio, *De la dictadura militar a la democracia. Memorias de un político salvadoreño 1931-1994*, San Salvador, 2008. Pág. 129.

⁵⁴ Sobre la vigencia los decreto-ley como normas preconstitucionales: –al no haber existido declaratoria expresa de parte de la Constitución, en el sentido de qué leyes secundarias se estimaban derogadas, debe considerarse vigentes y con presunción de constitucionalidad tales leyes, hasta que fueren derogadas, por estimarse inconstitucionales por la misma autoridad que las dictó, o mejor dicho, por el órgano autorizado constitucionalmente para legislar, o que mediante sentencia de esta Sala se declaren inconstitucionales de un modo general y obligatorio”. (Aunque, como bien aclara la sentencia, esto no es óbice al control difuso de constitucionalidad). Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad del día 22 de octubre de 2004, en el proceso de Ref. 9-2003; Sentencia del día 26 de julio de 1989, en el proceso de Inconstitucionalidad de Ref. 3-85.

⁵⁵ El Art. 109 de la Constitución Política de 1950 establecía: –Art. 109. Se establece la carrera administrativa. La ley regulará el servicio civil, y en especial las condiciones de ingreso a la administración; las promociones y ascensos a base de mérito y aptitud; la garantía de permanencia; los traslados, suspensiones y cesantías; los deberes de los servidores públicos y los recursos contra las resoluciones que los afecten. No estarán comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios o empleados que desempeñen cargos políticos o de confianza, y, en particular, los ministros y sub-secretarios de Estado, el Fiscal General de la República, el Procurador General de Pobres, los Secretarios de la Presidencia de la República, los Embajadores y Ministros Diplomáticos, los Directores Generales, los Gobernadores Departamentales y los Secretarios particulares de dichos funcionarios.].

⁵⁶ El Art. 111 de la Constitución Política de 1950 prescribía: –Art. 111. Las disposiciones de este capítulo son extensivas a los funcionarios y empleados municipales.].

funcionarios y empleados municipales, de la misma manera en como lo hace hoy el Art. 222 de la Constitución vigente de 1983.

La Ley de Servicio Civil, como ya lo habíamos anticipado, manifiesta su pretensión de constituir un estatuto especial denominado “Ley de Servicio Civil”, cuyo objetivo principal sea regular las relaciones del Estado y el Municipio con sus servidores públicos. Por tal razón, resulta válido interpretar esta Ley como la norma jurídica madre y general del régimen de los servidores públicos⁵⁷; es decir, aquella que tendrá un carácter supletorio frente a todas las demás regulaciones sectoriales que rijan a las diversas clases de servidores públicos⁵⁸.

El primer aspecto relevante de la Ley de Servicio Civil que comentaremos es el propósito que tiene la misma de compatibilizar las exclusiones constitucionales de la carrera administrativa, contenidas en el Art. 219 de la Carta Magna. Por ello, en su Art. 4, reformado en el 2009⁵⁹, recoge tales exclusiones e incluso las amplía de forma coherente con la Constitución actual.

Con relación a la Reforma realizada a la mencionada disposición, esta prescribe que cualquier persona que preste servicios de carácter permanente, propios del funcionamiento de las instituciones públicas, que haya ingresado a la Administración bajo el régimen de contrato, estará comprendida en la Carrera Administrativa. Asimismo, la Reforma preceptúa que esta inclusión no es aplicable a los contratos celebrados por la Asamblea Legislativa, ni tampoco a los contratos celebrados con posterioridad al 31 de enero de 2009.

⁵⁷-El artículo 219 de la Constitución [...] ordena que la ley regule las relaciones laborales entre aquéllos y el Estado, siendo la Ley de Servicio Civil la ley por antonomasia de dicha regulación. En ese sentido, la actividad laboral del sector público está regulada, en principio, por dicha ley. Sala de lo Constitucional. Sentencia del día 9 de junio de 2010, en el proceso de Amparo de Ref. 753-2006.

⁵⁸ Véase Art. 1 Ley de Servicio Civil.

⁵⁹ Decreto Legislativo No. 10 de fecha 20 de mayo de 2009, publicado en el Diario Oficial No. 94, Tomo 383 de fecha 25 de mayo de 2009.

Lo positivo de la referida enmienda es que reconoce a los servidores públicos contratados para labores permanentes la calidad jurídica que les corresponde como miembros del estatuto; aspecto al cual la doctrina⁶⁰ y la jurisprudencia⁶¹ ya se habían anticipado. Lo negativo de la reforma es que plantea dos diferenciaciones o discriminaciones irrazonables pues, en primer lugar deja por fuera a los servidores públicos de la Asamblea Legislativa, lo que carece de justificación; y en segundo lugar, excluye a los servidores que celebren contratos con fecha posterior al 31 de enero de 2009, lo cual tampoco tiene una explicación lógica que justifique tal disimilitud desde el ámbito del derecho. Es así, que a nuestro juicio, dichas diferenciaciones o distingos vulneran abiertamente el derecho a la igualdad en la formulación de la ley, el cual se recoge del Art. 3 de nuestra Constitución vigente⁶².

⁶⁰ -El servidor público de carrera, en suma, es aquel que independientemente de su denominación [...] está normado por un régimen de función pública bajo una ley específica de derecho público o mediante disposiciones equivalentes, y asume actividades enmarcadas en los intereses primordiales del Estado [...] su labor se realiza de manera *permanente* a través de una carrera administrativa; la carrera exige su profesionalización; y ésta se basa en la formación y el perfeccionamiento continuos. Guerrero, Omar, *Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal, una apreciación administrativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2003. Pág. 12.

⁶¹ [...] Los aspectos a tomar en cuenta para estimar que una *relación jurídico-laboral es de carácter público* serán: (a) la naturaleza de las labores que se desempeñan, es decir, si éstas son *ordinarias de la institución o propias de su actividad* y no extraordinarias; (b) la temporalidad de las mismas; que se trate de actividades de *carácter permanente* y no realizadas eventualmente; o (c) que exista una *relación de supra-subordinación* en la cual haya un superior jerárquico; (d) a esta enumeración ilustrativa se puede agregar el tipo de remuneración, cuando se trata de sueldo y no de honorarios; entre otros aspectos [...] las características antes indicadas servirán como lineamientos que ayuden a perfilar, en cada caso concreto, si el vínculo laboral de que se trata es o no de carácter público [...] cuando se establezca el carácter público de una relación laboral el empleado se considera servidor público [...] **Sala de lo Constitucional. Sentencia del día 9 de junio de 2010, en el proceso de Amparo de Ref. 753-2006.**

⁶² -[...] Sobre el *tratamiento normativo desigual* por el legislador, el tribunal Constitucional salvadoreño ha afirmado que [...] corresponde al legislador determinar tanto el criterio de valoración como las condiciones del tratamiento normativo desigual (...); lo que está constitucionalmente prohibido –en razón del derecho a la igualdad en la formulación de la ley– es el tratamiento desigual carente de razón suficiente, la diferenciación arbitraria (...); la Constitución Salvadoreña prohíbe la diferenciación arbitraria, la que existe cuando no es posible encontrar para ella un motivo razonable, que surja de la naturaleza de la realidad o que, al menos, sea concretamente comprensible (...); en la Constitución Salvadoreña el derecho de igualdad en la formulación de la ley debe entenderse, pues, como la exigencia de razonabilidad de la diferenciación. Sala de lo Constitucional. Sentencia del día 14 de diciembre de 1995, en el proceso de Inconstitucionalidad de referencia 17-1995; Sentencia del día 15 de marzo de 2006, en el proceso de Inconstitucionalidad de Ref. 10-2005.

Otro aspecto fundamental de la Ley de Servicio Civil, es que establece los organismos que administran y juzgan la Carrera Administrativa. Estos son: las Comisiones de Servicio Civil y el Tribunal de Servicio Civil⁶³.

Respecto a las Comisiones, es de mencionar que de acuerdo a la Ley, todas aquellas dependencias de la Administración enlistadas en el cuerpo normativo comentado, deben contar con su propia Comisión de Servicio Civil⁶⁴. Cada una de estas Comisiones es integrada por tres miembros propietarios que duran en sus funciones dos años. Todos ellos deberán ser miembros del personal de la Institución pública en que laboren y ser nombrados de la siguiente forma: uno designado por el titular de la institución; otro por el Tribunal de Servicio Civil; y el tercero por elección democrática de los empleados protegidos por la ley que trabajen en la respectiva dependencia de la Administración. Adicionalmente, deberá existir un número igual de suplentes designados de la misma manera⁶⁵.

El Art. 12 de la Ley de Servicio Civil señala las siguientes atribuciones y facultades de las Comisiones, dentro de las cuales podemos destacar: formar el escalafón de los funcionarios y empleados dependientes del organismo o institución en que funcionen; seleccionar los candidatos que sean elegibles para ingresar al personal comprendido en la carrera administrativa; efectuar y calificar las pruebas de idoneidad de selección de nuevo personal; dispensar el requisito del concurso en los casos establecidos en la ley; conocer en única instancia de los casos de amonestación de los funcionarios o empleados en el ejercicio del cargo o empleo; entre otras.

Por otra parte se encuentra el segundo órgano creado por la Ley en estudio: el Tribunal de Servicio Civil. Este es integrado por tres miembros propietarios, nombrados de la siguiente manera: uno por la Asamblea Legislativa; otro por el

⁶³ Véase Art. 6 Ley de Servicio Civil.

⁶⁴ Véase Art. 7 Ley de Servicio Civil.

⁶⁵ Véase Art. 8 Ley de Servicio Civil

Órgano Ejecutivo en Consejo de Ministros; y el tercero por la Corte Suprema De Justicia; siendo el presidente del Tribunal el nombrado por la Asamblea. De igual forma, la Ley prescribe la existencia de igual número de suplentes, nombrados bajo el mismo esquema que los propietarios⁶⁶.

Las atribuciones del Tribunal de Servicio Civil están establecidas en el Art. 13 de la Ley de Servicio Civil. Dentro las facultades más significativas podemos citar las siguientes: conocer, en recurso de revisión⁶⁷ y de nulidad⁶⁸ de las resoluciones definitivas pronunciadas por las Comisiones de Servicio Civil; conocer de las reclamaciones que se presenten contra las demás resoluciones de las Comisiones de Servicio Civil o de los jefes de dependencia, cuando se alegue injusticia manifiesta causada por ellas a los quejosos; rehabilitar a los funcionarios o empleados destituidos; evacuar las consultas que se le hagan sobre la aplicación de la Ley de Servicio Civil; dirimir las competencias que se susciten entre las Comisiones de Servicio Civil; entre otras.

Del mismo modo, el inciso final del Art. 12 de la Ley de Servicio Civil concede al Tribunal de Servicio Civil la facultad de designar una Comisión que conozca en primera instancia en aquellos casos de reclamos en contra de uno de los miembros, propietarios o suplentes, que conformen una determinada Comisión de Servicio Civil. Esto para garantizar la independencia en la decisión.

En lo relativo al tema de las Acciones que la Ley de Servicio Civil concede, podemos comentar, por un lado, la acción de nulidad contra las destituciones de funcionarios y empleados que se efectúen sin causa establecida en la ley o sin

⁶⁶ Véase Art. 9 Ley de Servicio Civil. Para ser miembro del tribunal se requiere ser abogado de la República, salvadoreño por nacimiento, mayor de 30 años, haber desempeñado cargos en la Administración pública o Municipal por un período no menor de 5 años y ser de honorabilidad y competencia notorias.

⁶⁷ Sobre el recurso de revisión, véase los artículos 42, 46 y 56 de la Ley de Servicio Civil.

⁶⁸ Sobre la nulidad véase los artículos 61 y 68 de la Ley de Servicio Civil. La primera disposición plantea la destitución de un funcionario sin procedimiento previo; y la segunda, el nombramiento de un nombramiento sin los requisitos establecidos en la ley. A nuestro juicio, la nulidad que plantea el Art. 61 es una nulidad de pleno derecho o absoluta.

que se haya observado el procedimiento prescrito en la misma; y por otro lado, la acción de injusticia manifiesta.

En la primera de dichas acciones, el servidor público destituido dispone de tres meses, después de acaecido el hecho, para dirigirse al Tribunal de Servicio Civil siguiendo el procedimiento establecido en el Art. 61. De esta acción resulta importante señalar dos aspectos. Por una parte, no cabe duda que nos enfrentamos ante una nulidad absoluta o de pleno derecho⁶⁹ pues reúne las características jurisprudenciales establecidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo⁷⁰. En segundo lugar, al ser este un recurso que tutela al derecho de defensa, en sede administrativa, esta acción constituye una especie de recurso de previo acceso a la tutela del amparo al derecho de defensa, en cumplimiento al principio de definitividad que prevalece en el proceso de amparo⁷¹.

En cuanto a la acción de injusticia manifiesta, esta se recoge del Art. 13, letra b), de dicha ley, del cual se desprende que la misma debe ejercerse ante el Tribunal

⁶⁹ Así por ejemplo, el Art. 62.1, literales a) y e), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, referente al Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de España, prevé como causal de nulidad absoluta los Actos Administrativos que: lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; y los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. En igual sentido, la doctrina española ampara la protección del servidor público frente a despidos injustificados en el interés público que subyace a su cargo: -[...] esta garantía personal de que goza el funcionario, no es sino el reflejo de la necesaria autonomía que requiere la actuación administrativa para que ésta sea eficaz, manteniendo la superioridad de las razones de orden técnico [...] pues sólo aquellas aseguran su subsistencia como modelo organizativo]. Ortega Álvarez, Luis, *Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la revisión de empleo público*, Civitas Revista española de Derecho Administrativo, Madrid núm. 26/1980, Estudios, marzo 1980, pp. 423.

⁷⁰ Es de recordar que la Sala de lo Contencioso Administrativo ya ha definido las características de las nulidades de pleno derecho de la siguiente manera: -1) Que el acto administrativo transgreda la normativa secundaria (de carácter administrativo), por haberse emitido en exceso, o fuera de las potestades normativas; 2) Que esta vulneración trascienda a la violación del ordenamiento constitucional; 3) Que esta transgresión sea concretable en la esfera jurídica del sujeto que alega la nulidad]. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia definitiva del día 20 de junio de 2005, en el proceso de Ref. 88-V-2002.

⁷¹ -El fundamento de la condición de procedencia apuntada radica, en términos generales, en el carácter especial y extraordinario del amparo, pues éste está diseñado para brindar una protección reforzada de las categorías constitucionales, con lo que se pretende que sea la última vía -una vez agotada la sede jurisdiccional o administrativa ordinaria- para la actuación y defensa de los derechos fundamentales de los gobernados]. Sala de lo Constitucional. Resolución de improcedencia del día 25 de julio de 2002, en el proceso de Amparo de Ref. 678-2002.

de Servicio Civil, en un plazo de tres meses contado desde el día siguiente al hecho que la motiva⁷². Cabe indicar que esta acción ha sido objeto de interpretación por la Sala de lo Contencioso Administrativo, quien ha calificado al término “injusticia manifiesta” como un concepto jurídico indeterminado, por tanto, dentro de la esfera reglada de la Administración Pública, en este sentido el juzgador deberá determinar en cada caso en concreto si existe injusticia o no⁷³.

En último lugar, no está demás señalar que el plazo de prescripción general, según el Art. 72-bis de la Ley expuesta, para todas las acciones que deriven de la misma, es de tres meses a partir del día siguiente al hecho que las motiva.

3.3. Ley de la Carrera Administrativa Municipal

La Ley de la Carrera Administrativa Municipal fue emitida mediante Decreto Legislativo N° 1039, de fecha 26 de junio de 2006, publicado en el Diario Oficial N° 103, Tomo 371, de fecha 6 de julio de 2006.

El referido cuerpo normativo tiene el objeto de desarrollar de manera más concreta y sectorial la Carrera Administrativa Municipal; es decir, el estatuto del régimen de los servidores públicos municipales⁷⁴. Bajo este entender, la Ley en estudio establece quiénes son los funcionarios o empleados públicos que se encuentran fuera de la carrera administrativa municipal, según lo preceptúa su Art. 2.

Preliminarmente, señalamos que es criticable que la Ley de la Carrera Administrativa Municipal incurra en impropiedad al hacer sinónimos los términos “empleado”, “funcionario” y “servidor público”, puesto que, casi de forma unánime

⁷² Véase para el plazo de prescripción de la acción el Art. 72-Bis Ley de Servicio Civil.

⁷³ En este sentido, la Sala de lo Contencioso administrativo ha indicado lo siguiente: puede considerarse –injusticia manifiesta, toda aquella actuación de la Administración que violente los derechos estipulados dentro de la Ley de Servicio Civil, de un funcionario o empleado comprendido dentro de la misma, como en los casos de destitución arbitraria o cualquier otra afectación a su persona, como la retención ilegal de su salario. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia definitiva del día 23 de diciembre de 2004, en el proceso de Ref. 271-M-2002.

⁷⁴ Véase Art. 1 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal.

la doctrina⁷⁵ y jurisprudencia administrativa⁷⁶ nacional han venido haciendo una diferencia clara entre dichos términos⁷⁷.

Continuando en el análisis de este cuerpo normativo, podemos encontrar que, al igual que la Ley de Servicio Civil, esta Ley crea órganos encargados de su aplicación: “las Comisiones Municipales de la Carrera Administrativa”. De acuerdo a esta Ley, dentro de la estructura organizativa de todos los Municipios debe integrarse una de estas Comisiones, existiendo la posibilidad de que estos se asocien para crear una sola Comisión con jurisdicción en todos los Municipios miembros⁷⁸.

En el primero de los casos, la Comisión deberá integrarse por 3 miembros, nombrados de la siguiente manera: un representante del Consejo Municipal, el Alcalde o sus representantes; un representante de los servidores municipales de los niveles de dirección y técnico, y un representante de los servidores públicos de los niveles de soporte administrativo y operativo; en el caso de asociar de dos o más municipios, los miembros de la Comisión serán cuatro, y se designarán de así: uno por los Concejos Municipales, otro por los Alcaldes Municipales, otro por los servidores públicos de los niveles de dirección y técnico y otro por los

⁷⁵ –Podemos incluir bajo un común denominador de "SERVIDORES PUBLICOS", a todas aquellas personas naturales que, en una forma por lo general permanente, prestan sus servicios al Estado, a cambio de una remuneración o salariol. Baños P., Orlando. *La estabilidad laboral del servicio público en El Salvador*, 1a. ed., San Salvador. Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1999. En igual sentido: –Forman la columna vertebral de las Administraciones públicas los funcionarios de carrera, que son, como hasta tiempos relativamente recientes eran en las empresas privadas los trabajadores «típicos», personal a jornada completa y por tiempo indefinido. A su alrededor hay una pléyade de otros empleados públicos con una relación de servicio distinta, limitada en algún sentido [...]. Ojeda Avilés, Antonio, *El empleo temporal en las Administraciones públicas. (Una aproximación unitaria)*, Civitas Revista española de Derecho Administrativo, Madrid, núm. 56/1987, Estudios, 1987. Pág. 485.

⁷⁶ –[...] Los empleados públicos se distinguen claramente de los funcionarios en tanto que aquéllos no expresan la voluntad estatal, sino sólo colaboran o participan en las actividades que favorecen la realización de dicha voluntad, mientras que los funcionarios públicos se caracterizan por disponer de poder de decisión y de representación del Estado. Sala de lo Constitucional. Sentencia del día 9 de julio de 1999, en el proceso de Amparo de Ref. 243-98; Sala de lo Constitucional. Sentencia del día 9 de julio de 9 de julio de 1999, en el proceso de Amparo de Ref. 158-97.

⁷⁷ Véase Art. 3 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal.

⁷⁸ Art. 17 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal.

servidores públicos de los niveles de soporte administrativo y operativo de todas las municipalidades que actuaren asociadamente⁷⁹.

Las referidas Comisiones están encargadas de aplicar el estatuto municipal a los servidores públicos de su competencia. No obstante, en cuanto a la competencia relativa al régimen de despido, como lo veremos adelante, la ley involucra de forma consustancial al órgano judicial.

Dentro de las atribuciones propias de estas Comisiones, podemos destacar: ejecutar los procedimientos de selección de los servidores que hayan de ingresar a la carrera administrativa municipal; las promociones y ascensos entre el mismo personal público; conocer de las sanciones por suspensiones sin goce de sueldo y postergación en el derecho de ascenso; resolver sobre las reclamaciones de violaciones a los derechos de los servidores públicos por parte de sus superiores jerárquicos; informar de las resoluciones que emita a los registros nacional y municipal de la carrera administrativa municipal, entre otras. De igual forma, las Comisiones Municipales también pueden realizar labores de intermediación para solucionar inconformidades o problemas de orden colectivo o individual que puedan agudizarse en perjuicio de alguna de las partes o de la institución⁸⁰.

Otro aspecto adicional relevante de la Ley de la Carrera Municipal es la Acción de Nulidad para aquellos despidos que se realicen sin procedimiento previo. El trámite de esta acción debe seguirse ante el Juez de lo Laboral o ante el Juez

⁷⁹ El Art. 18 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal amplía la conformación de las Comisiones Municipales. Esta disposición prevé que los representantes de los Concejos Municipales y de los Alcaldes podrán ser miembros de los mismos Concejos Municipales o servidores públicos de la municipalidad, o municipalidades en caso de actuación asociada. Adicionalmente, el artículo referido indica que los representantes de los servidores públicos, en todos los casos, serán electos de su seno por todos los servidores que asistieren, previa convocatoria por medio de nota circular, con señalamiento de lugar, día y hora hecha por el respectivo Alcalde o Alcaldes, según el caso, o por el máximo organismo de dirección de las Entidades Municipales. El acto de votación será presidido por un Presidente y un Secretario electos de entre los funcionarios y empleados de carrera de la municipalidad o municipalidades o de las entidades antes señaladas, asistentes según al caso, que deberá asentarse en acta. La votación será directa e igualitaria y las decisiones se tomarán por mayoría simple. La designación o elección de los miembros de las Comisiones Municipales se comprobará con las respectivas certificaciones del punto de acta respectivo.

⁸⁰ Véase Art. 21 -22 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal.

competente en esa materia, del Municipio de que se trate. Si el Juez llegase a declarar la nulidad, ordenará que el funcionario o empleado despedido sea restituido en su cargo o empleo, o que se le coloque en otro puesto de igual rango y salario, y que además se le cancele, por cuenta del funcionario responsable del despido ilegal, los sueldos dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha en que se cumpla la sentencia⁸¹.

Siguiendo con el comentario de dicho cuerpo normativo, la ley fija un plazo de prescripción de las acciones a que da lugar, de seis meses a partir del día siguiente al hecho que las motiva⁸².

En materia recursiva, se prevé los recursos de Revocatoria y Revisión, y un mecanismo de impugnación de resoluciones judiciales *sui generis* ante el Tribunal Contencioso Administrativo.

Al respecto, la Ley de la Carrera Administrativa Municipal, señala que las resoluciones de las Comisiones Municipales y las sentencias de los Jueces de lo Laboral serán sujetas al recurso de Revocatoria, dentro de los 3 días hábiles siguientes a la respectiva notificación⁸³. Igualmente, la Ley habilita la interposición del recurso de Revisión ante las Cámaras competentes, para las sentencias definitivas de los Jueces de lo Laboral, dentro de los 3 días hábiles siguientes a la fecha de la notificación de la denegación del recurso de Revocatoria; siendo un requisito de admisión de la impugnación el hecho que el recurrente haya expresado en su escrito de interposición los motivos por los que se impugna la sentencia de que se trate⁸⁴.

La tramitación de este último recurso se desarrolla ante la Cámara respectiva, la cual, admitido el mismo, solicitará los autos a los Jueces de lo Laboral o Jueces

⁸¹ Véase Art. 75 Ley de Ley de la Carrera Administrativa Municipal.

⁸² Véase Art. 77-A Ley de la Carrera Administrativa Municipal.

⁸³ Véase Art. 78 Ley de la Carrera Administrativa Municipal.

⁸⁴ Véase Art. 79 Ley de la Carrera Administrativa Municipal.

con competencia en esa materia, del municipio de que se trate, sin más trámite ni diligencia. La Cámara, entonces, resolverá tal recurso con solo la vista de los autos, dentro de los tres días hábiles siguiente, confirmando, modificando o revocando la sentencia revisada. Seguidamente, la parte que se considere agraviada por la sentencia proveída por la Cámara respectiva en el recurso de Revisión, podrá ejercer sus derechos **mediante la Acción Contencioso Administrativa ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia**⁸⁵.

Sobre esta reglamentación, como primer punto, cabe señalar la obligación impuesta al impetrante de agotar la vía gradualmente, interponiendo el recurso de Revocatoria, seguido del recurso de Revisión, para abrir paso a la acción contenciosa administrativa. Esto, lejos de promover una verdadera revisión de la justicia, dilata la misma y vulnera el principio de pronta y cumplida justicia⁸⁶. Sobre el particular es pertinente traer a colación que el agotamiento obligatorio de la vía administrativa ha sido cuestionado en otros ordenamientos jurídicos. Análisis que adquiere aún más relevancia cuando involucra más de un recurso, como en el presente caso⁸⁷.

⁸⁵ *Ibídem*.

⁸⁶ En Art. 182 de la Constitución prescribe: —Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia [...] 5ª- Vigilar que se administre pronta y cumplida justicia, para lo cual adoptará las medidas que estime necesarias. Asimismo, la Jurisprudencia ha indicado: —Así, al aludirse al concepto e **debido proceso o proceso constitucionalmente configurado** se quiere hacer alusión a un proceso equitativo, respetuoso con los derechos fundamentales de los sujetos partícipes, que agrupa y se desdobla en un haz de derechos filiales que cobran vigencia en todos los órdenes jurisdiccionales y en las diferentes etapas de un proceso, v gr. el derecho de audiencia, defensa, el derecho a un **proceso sin dilaciones indebidas**, el derecho a recurrir entre otros. Sala de lo Constitucional. Sentencia del día 14 de julio de 2010, en el proceso de Inconstitucionalidad Ref. 22-210.

⁸⁷ Sobre el agotamiento de la vía, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, ha resuelto que —actualmente, sobre todo a la luz de los principios de la supremacía de la Constitución y de la vinculación más fuerte de los derechos fundamentales, así como de su eficacia expansiva y progresiva e interpretación más favorable, se entiende que el carácter obligatorio o preceptivo del agotamiento de la vía administrativa riñe con el derecho fundamental de los administrados a obtener una justicia pronta y cumplida [...] y con el principio de igualdad, [...]. La infracción al derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida deviene de los siguientes aspectos: a) Normalmente, cuando el administrado interpone los recursos ordinarios de revocatoria, apelación o de reposición [...] no logra que el propio órgano o su superior lo modifique o anule, de modo que el agotamiento de la vía administrativa es como sacar agua de un pozo seco, al no lograrse obtener nada de la interposición de los recursos, **transformándose así en una pesada carga o especie de vía (sic) crucial para el administrado; b) es sabido que el procedimiento administrativo y su etapa**

En segundo lugar, al sostener tal regulación que la sentencia proveída por la Cámara de Segunda Instancia pueda ser objeto de la acción contencioso administrativa ante la Sala respectiva, constituye una verdadera anomalía o imperfección del sistema, puesto que nos ofrece un recurso que desnaturaliza la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Y es que la aludida Jurisdicción, en El Salvador, está estructurada para conocer únicamente de actos de la Administración Pública, y de ninguna manera de sentencias judiciales, lo cual se desprende del Art. 2 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; del Art. 56 de la Ley Orgánica Judicial y del Art. 172 de la Constitución⁸⁸.

Podría señalarse, en una búsqueda del sentido y razón de ser de la referida disposición, que nos encontramos ante un supuesto de potestades materialmente administrativas encomendadas al poder judicial⁸⁹.

La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo ha aceptado naturaleza de las actuaciones de carácter *materialmente administrativo provenientes de los órganos legislativo y judicial*: “De conformidad con el artículo 2

recursiva o de revisión, suele prolongarse más allá de los plazos legales y de lo que puede concebirse como un plazo razonable, con lo cual se prolonga indefinidamente, incluso por años, el acceso a la tutela judicial efectiva, sin tener posibilidad de hacerlo inmediatamente y cuando lo estime oportuno; c) la sumatoria del plazo necesario para agotar la vía administrativa con el requerido por la jurisdicción contencioso-administrativa, provoca que los administrados obtengan una justicia tardía, la cual, eventualmente, puede transformarse [...] en una denegación de justicia; Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en sentencia de ref. 03669-2006. Disponible en http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=ID¶m01=Anno (consultado el 29 de septiembre de 2011).

⁸⁸ Sobre el particular, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha dimitido: “[...] *en el juicio contencioso administrativo es indispensable la existencia de un acto administrativo, cuya anulación se convierte en el objeto de la pretensión procesal* [...]” Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del día 2 de marzo de 2004, en el proceso de Ref. 72-B-2000. Esta misma ha definido el Acto administrativo de la siguiente manera: –Como ya se ha mencionado en diferentes resoluciones de esta Sala, el acto administrativo es un acto jurídico, de voluntad o de juicio; de carácter unilateral; procedente de una Administración Pública; que dispone de presunción de validez y de fuerza para obligar; en la que se concreta el ejercicio de una potestad administrativa. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del día 19 de junio de 2006, en el proceso de Ref. 256-R-2004.

⁸⁹ Es generalmente aceptado que las funciones del Estado se pueden clasificar en dos perspectivas: 1. Desde el punto de vista del órgano que la realiza, y 2. Atendiendo a las características y naturaleza de la actividad, independientemente de quien las realiza.

de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante LJCA), corresponde a este Tribunal conocer de las controversias que se susciten respecto de la legalidad de todos aquellos actos de naturaleza administrativa pronunciados por la Administración pública.

A tenor del artículo 2 citado, también se entenderán incluidas en Administración pública las actuaciones de los Órganos Legislativo y Judicial "en cuanto éstos realicen *excepcionalmente actos administrativos*".

Como caso emblemático, la Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso referencia 281-C-2002⁹⁰ conoció de la resolución mediante la cual se removió del cargo de Juez Segundo de Instrucción de San Salvador al licenciado Canales Herrera, emitida por la Corte Suprema de Justicia en pleno.

No obstante, es cuestionable que la función de los Juzgados y Cámaras al autorizar los despidos en aplicación de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal tenga naturaleza materialmente administrativa. Como antecedente que respalda este criterio negativo, encontramos jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo⁹¹, en la cual, ante la impugnación de una resolución pronunciada por el Juzgado Primero de lo Civil y resolución dictada por la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro en los marcos de la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no Comprendidos en la Carrera Administrativa, en los que se declaraba ha lugar la destitución del demandante, sostuvo que: "***Tanto la sentencia del Juzgado como la resolución de la Cámara son actos judiciales***".

Por último, para concluir con el breve análisis de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal, nos resulta importante señalar que esta Ley representa,

⁹⁰ Sentencia de las nueve horas del día veintiuno de octubre de dos mil nueve-

⁹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia. Sentencia referencia 228- 2005, de las quince horas del catorce de febrero de 2006.

indudablemente, el cuerpo normativo especial y prevalente⁹², del estatuto de los servidores públicos municipales. No obstante, sería un error dejar de lado que la Ley de Servicio Civil siempre tendrá un valor supletorio frente a la misma, en todo aquello que no contradiga las normas y principios del cuerpo normativo sectorial aludido⁹³.

3.4. Ley de la Carrera Judicial

La Carrera Judicial tiene su fundamentación inmediata en algunas disposiciones de la Constitución de la República⁹⁴. Así, el Art. 186 de la Carta Magna, de forma expresa establece la Carrera Judicial, señalando que los Magistrados de Cámara de Segunda Instancia, los Jueces de Primera Instancia y los Jueces de Paz integrarán la misma, gozando de estabilidad en sus cargos. Esta disposición, además, ordena a la Ley asegurar la protección para los jueces a fin de que ejerzan sus funciones con toda libertad, en forma imparcial y sin influencia alguna en las causas sometidas a su conocimiento.

⁹² En su artículo 82 se establece que dicha ley por su carácter especial prevalecerá sobre la Ley de Servicio Civil y demás leyes que la contraríen.

⁹³ Para sustentar este argumento nos resulta relevante traer a colación lo que la Sala de lo Constitucional ya ha prescrito respecto del carácter general de la Ley de Servicio Civil y el consecuente carácter especial de otras leyes: -El artículo 219 de la Constitución [...] ordena que la ley regule las relaciones laborales entre aquéllos y el Estado, siendo la Ley de Servicio Civil la ley por antonomasia de dicha regulación. En ese sentido, la actividad laboral del sector público está regulada, en principio, por dicha ley [...] en el inciso último del citado artículo 2 de ese cuerpo normativo, se señala la posibilidad de regulaciones especiales en vista de la naturaleza de las funciones que desempeñen determinados servidores públicos [...] un ejemplo de regulación especial es la de los miembros de la administración municipal quienes están regidos por la recientemente promulgada Ley de la Carrera Administrativa Municipal [...]l. Sala de lo Constitucional. Sentencia del día 9 de junio de 2010, en el proceso de Amparo de Ref. 753-2006.

En cuanto al tratamiento de las leyes especiales frente a las leyes generales, La Sala de lo Constitucional también ha prescrito lo siguiente: —Según el criterio material, se entiende que la ley general regula un ámbito amplio de sujetos, situaciones o cosas, mientras que la ley especial regula un sector más reducido de tales, sustrayéndola del ámbito general, en atención a valoraciones específicas que, según el órgano legisferante, justifican el tratamiento diferente de la materia sustraída. No obstante, la preferencia de una ley por razones de especialidad no otorga a la misma un rango superior en el sistema de fuentes, ya que tal regla sirve únicamente como criterio para el aplicador -judicial o administrativo-, a efecto de indicar la norma jurídica en que debe fundar la decisión o actuación para el caso concreto, tal como lo prevé el Art. 4 del Código Civil [Este artículo establece la preferencia de las disposiciones del Código de Comercio, entre otras leyes, frente al Código Civil, el derecho común por excelencia]l. Sala de lo Constitucional. Sentencia del día 20 de junio de 1999, en el proceso de Inconstitucionalidad de Ref. 4-88/1-96 (acumulados).

⁹⁴ Véase Artículos 47, 180 y 186 Cn.

Como desarrollo a los fundamentos constitucionales mencionados se decreta la Ley de la Carrera Judicial mediante Decreto Legislativo N° 536 de fecha 12 de julio de 1990, publicado en el Diario Oficial N° 182, Tomo 308, del 24 de Julio del mismo año.

El artículo 1 de la Ley de la Carrera Judicial plantea que el propósito y finalidad de la misma es organizar la Carrera Judicial y normar las relaciones de servicio de los funcionarios y empleados judiciales con el Órgano Judicial. No obstante, los Art. 2 y Art. 83 de la referida Ley estipulan claramente cuál es el campo de aplicación de la Ley de la Carrera Judicial, en el cual se encuentran comprendidos los Magistrados de Cámara de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia, Jueces de Paz que ejerzan cargos en carácter de propietarios, Secretario y Primer Oficial Mayor de la Corte Suprema de Justicia, Oficiales Mayores de Cámaras, Secretarios de Sala, Cámara y Juzgado, y en general, a todos los servidores del órgano judicial cuyos cargos sean incorporados a dicha carrera mediante acuerdo de la Corte Suprema de Justicia.

Respecto de lo anterior, a nuestro juicio, mientras los demás colaboradores jurídicos de todo el andamiaje judicial no sean incorporados a la Carrera Judicial mediante el requisito establecido por la Ley, no les regirá el estatuto ahora en comento, sino la Ley madre: la Ley de Servicio Civil⁹⁵. La afirmación anterior se ve reforzada por el Art. 14 de la Ley de la Carrera Judicial cuando prescribe que los cargos de los servidores judiciales de la Carrera Judicial que no ejerzan jurisdicción, se regirán también por el ordenamiento y clasificación que señale el

⁹⁵ La Sala de lo Constitucional ya ha prescrito respecto del carácter general de la Ley de Servicio Civil y el consecuente carácter especial de otras leyes: -El artículo 219 de la Constitución [...] ordena que la ley regule las relaciones laborales entre aquéllos y el Estado, siendo la Ley de Servicio Civil la ley por antonomasia de dicha regulación. En ese sentido, la actividad laboral del sector público está regulada, en principio, por dicha ley [...] en el inciso último del citado artículo 2 de ese cuerpo normativo, se señala la posibilidad de regulaciones especiales en vista de la naturaleza de las funciones que desempeñen determinados servidores públicos [...] un ejemplo de regulación especial es la de los miembros de la administración municipal quienes están regidos por la recientemente promulgada Ley de la Carrera Administrativa Municipal [...]. Sala de lo Constitucional. Sentencia del día 9 de junio de 2010, en el proceso de Amparo de Ref. 753-2006.

Reglamento y el Manual de Clasificación de Cargos⁹⁶. En síntesis, para ser sujeto de la Ley en comento, es un requisito *sine qua non* formar parte de la Carrera Judicial, ya sea por mandato constitucional, legal, o por acuerdo de la Corte Suprema de Justicia.

Continuando con los comentarios del cuerpo normativo referido, tenemos a bien traer a cuenta lo prescrito por el Art. 4 del mismo. En acomodo a esta disposición, y en consonancia con la Constitución, los miembros de la Carrera Judicial gozarán de estabilidad en el cargo⁹⁷, por lo que no podrán ser removidos, suspendidos o trasladados sino en los casos y mediante los procedimientos establecidos en la Ley⁹⁸.

Resulta interesante, por otra parte, que la responsabilidad de administración de la Carrera Judicial recae sobre la Corte Suprema de Justicia, el Presidente de la misma, las Cámaras y los Jueces, siendo la Corte en Pleno el organismo de jerarquía superior⁹⁹.

⁹⁶ El manual de Clasificación de Cargos del Órgano Judicial fue emitido por el órgano Judicial mediante Acuerdo Judicial N° 302-D, del 11 de mayo de 1994, publicado en el Diario Oficial N° 111, Tomo 323, del día 15 de junio de 1994, vigente desde su aprobación.

⁹⁷ [...] sobre el derecho a la estabilidad en el cargo, garantizado en el Art. 186 inc. 4° Cn., que el análisis de este derecho no puede hacerse sino partiendo de la distinción entre estabilidad laboral y estabilidad en el cargo. La primera implicaría el derecho a conservar un trabajo o empleo, independientemente que el titular de tal derecho esté sujeto a traslado de funciones o de un cargo a otro; la segunda comprende la permanencia en un determinado cargo, puesto o función específicos, sin que se le pueda trasladar sin justa causal. Sala de lo Constitucional. Sentencia del día 20 de julio de 1999, en el Proceso de Inconstitucionalidad de Ref. 5-99; y Sentencia del día 17 de junio de 2009, en el Proceso de Amparo de Ref. 801-2008; Sala de lo Constitucional. Sentencia del día 14 de abril de 2010, en el proceso de Amparo con Ref. 782-2008.

⁹⁸ En cuanto a la aplicación de las causales que dan lugar a una destitución: [...] la violación a los principios de legalidad y de tipicidad puede tener lugar, cuando en la calificación de una conducta no se observan los elementos que de acuerdo con la norma tipifican la infracción [...] también puede resultar contraria a tales principios, la resolución que aplicando un concepto jurídico indeterminado, sin utilizar ningún tipo de parámetro objetivo, califica, sin más, que una concreta acción u omisión es constitutiva de un ilícito administrativo. [...] la Corte Suprema de Justicia, al decidir aplicar los conceptos de ineptitud e ineficiencia manifiesta que recoge el artículo 55 letra b) de la LCJ [Ley de la Carrera Judicial], estaba también obligada a materializar los criterios que determinarían y complementarían dichos preceptos, siguiendo para ello pautas objetivas, y no arbitrarias, que muestren cómo se ha pasado de la abstracción que suponen los conceptos jurídicos indeterminados a su aplicación a un supuesto determinado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del día 21 de octubre, en el proceso de Ref. 281-C-2002.

⁹⁹ Véase Art. 6 Ley de la Carrera Judicial.

En lo relativo a las atribuciones de los mencionados órganos, bien es conocida en nuestro medio la facultad de la Corte en Pleno de designar a los Magistrados y Jueces de la República a partir de las ternas que le proponga el Consejo Nacional de la Judicatura¹⁰⁰; así como la potestad de nombrar a los médicos forenses y a los funcionarios y empleados de las dependencias de la misma; removerlos; conocer de sus denuncias y concederles licencias¹⁰¹. Por su parte, el Presidente de la Corte tiene encomendado ejecutar las resoluciones de la Corte en Pleno y dictar medidas administrativas para el mantenimiento del orden y eficiencia de la Corte, encargándosele, además, la tramitación de las diligencias disciplinarias incoadas en contra de los miembros de la carrera judicial¹⁰². Asimismo, la Ley les concede a las Cámaras y demás Jueces la atribución de nombrar a su personal subalterno, concederle licencias; ordenar asensos, promociones y permutas, según los trámites de Ley¹⁰³.

Otro aspecto relevante de la Ley de la Carrera Judicial son las incompatibilidades que la misma contempla para con sus miembros. De tal forma, tenemos que ser miembro de la Carrera Judicial resulta incompatible con el ejercicio de la abogacía, de la procuración y con la calidad de funcionario y empleado público; no así con el ejercicio de la docencia y la ostensión de un cargo diplomático en misión transitoria; la representación en el Tribunal de la Carrera Docente y la representación en el Tribunal de Servicio Civil¹⁰⁴.

¹⁰⁰ -En términos descriptivos, el artículo 187 de la Constitución confiere a dicho órgano [El Consejo Nacional de la Judicatura] las atribuciones de proponer candidatos para ocupar los cargos de la Judicatura y asegurar el mejoramiento de la formación profesional de los funcionarios judiciales. [...] Tal compleja labor requiere de un engranaje técnico suficiente para asegurar su eficacia, y para ello el Consejo Nacional de la Judicatura dispone de la Escuela de Capacitación Judicial, que busca mejorar la capacidad técnico-jurídica de los funcionarios judiciales, actualizando sus conocimientos, discutiendo los temas jurídicos de interés social y proporcionando ciertas herramientas académicas que permitan a los funcionarios judiciales una producción de sentencias de mejor calidad. Sala de lo Constitucional. Sentencia del día 27 de febrero de 2002, en el Proceso de Amparo contra Ley de Ref. 524-2000.

¹⁰¹ Véase Art. 6 letra a) Ley de la Carrera Judicial.

¹⁰² Véase Art. 7 Ley de la Carrera Judicial.

¹⁰³ Véase Art. 8 y 9 Ley de la Carrera Judicial.

¹⁰⁴ Véase, Art. 24 Ley de la Carrera Judicial. El inciso segundo de esta misma disposición agrega: -Los médicos forenses, además del cargo podrán, con anuencia de la Corte, desempeñar hasta dos más, propios de su profesión, en centros asistenciales o en dependencias que requieran sus servicios, siempre que el tiempo que demande el desempeño de todos los cargos no exceda de ocho horas diarias y que las actividades que les

También existe incompatibilidad en razón del parentesco. Sobre el particular, la Ley prevé la siguiente prohibición: no podrán ser simultáneamente magistrados de una misma Cámara de Segunda Instancia, o funcionarios judiciales en tribunales distintos cuando uno de ellos deba conocer de las resoluciones pronunciadas por el otro, quienes sean cónyuges entre sí, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o por adopción¹⁰⁵.

Otra incompatibilidad que merece comentario es la relativa a la política partidaria. En respeto a ello los miembros de la Carrera Judicial tampoco podrán pertenecer a cuadros de dirección o ser representantes de partidos políticos o realizar actividades proselitistas¹⁰⁶. Asimismo, la Ley de la Carrera Judicial preceptúa, como una incompatibilidad lata, la imposibilidad de los miembros de la Carrera Judicial de desempeñar más funciones que las asignadas a su cargo; por tanto estarán impedidos de actuar como peritos, árbitros, depositarios judiciales, interventores, ejecutores de embargo, defensores públicos o de oficio, entre otras funciones, excepto en los casos de los Jueces ejecutores en el procedimiento de hábeas corpus¹⁰⁷.

Por último, es de mencionar el Art. 86 de la Ley de la Carrera Judicial que le otorga expresamente a la Ley de Servicio Civil, un carácter supletorio a la misma.

3.5.Ley de la Carrera Docente

La ley de la Carrera Docente nace mediante Decreto Legislativo N° 665 de fecha 7 de marzo de 1996, publicado en el Diario Oficial N° 58, Tomo 330, del 22 de marzo del mismo año.

corresponden en el Órgano Judicial, las cumplan durante las horas de audiencia o de conformidad a los turnos que se establezcan.

¹⁰⁵ Véase, Art. 25 Ley de la Carrera Judicial.

¹⁰⁶ Véase, Art. 26 Ley de la Carrera Judicial.

¹⁰⁷ Véase, Art. 27 Ley de la Carrera Judicial.

Nos parece de suma relevancia indicar que a diferencia de las otras normas lacónicamente comentadas, esta Ley, al definir su objeto y finalidad, trasciende a la mera relación de trabajo existente entre el Estado y sus servidores. Aspecto que se verifica en su Art. 1 según el cual el objeto de la regulación de esta Ley encuadra en las relaciones del Estado y de la comunidad educativa con los educadores al servicio del primero, de las instituciones autónomas, de las municipalidades y de las instituciones privadas; así como valorar sistemáticamente el escalafón, tanto en su formación académica como en su antigüedad¹⁰⁸.

Adicionalmente, la Ley comentada establece los principios rectores de la Carrera Docente, los cuales deben ser derroteros en la interpretación de esta normativa. Tales principios son la igualdad, la prohibición de todas las formas de discriminación y el interés superior del menor¹⁰⁹.

Es pertinente señalar que según el Art. 3 de este cuerpo normativo, el campo de aplicación que él mismo abarca es el siguiente:

- a) Los educadores que se desempeñen en los cargos docentes y de técnica educativa al servicio del Estado;
- b) Los educadores que presenten servicios docentes en centros privados de educación, en todas aquellas materias que no estén reguladas por el código de trabajo; en materia escalafonaria, sólo en cuanto a su registro, clasificación y capacidad para el ejercicio de la docencia;

¹⁰⁸ Véase Art. 1 Ley de la Carrera Docente. En ese sentido, la Sala de lo Constitucional ha indicado: -Es necesario precisar que la Ley de la Carrera Docente tiene como finalidad esencial garantizar que la docencia sea ejercida debidamente por los educadores inscritos en el Registro Escalafonario del Ministerio de Educación, asegurándoles su estabilidad laboral, como medio para lograr una educación de calidad. En ese contexto, la mencionada ley tiene como ámbito de aplicación a los educadores que desempeñan cargos docentes y de técnica educativa al servicio del Estado, y a los educadores que presten servicios docentes en centros privados de educación, en todas aquellas materias que no estén reguladas por el Código de Trabajo, sólo en cuanto a su registro, clasificación y capacidad para el ejercicio de la docencia. Sala de lo Constitucional. Sentencia del día 15 de mayo de 2001, en el proceso de Ref. 808-99.

¹⁰⁹ Véase Art. 3-A Ley de la Carrera Docente.

c) Los educadores pensionados y jubilados¹¹⁰.

En este orden, también la finalidad de la ley va encaminada a garantizar que la docencia sea ejercida por educadores inscritos en el registro escalafonario del Ministerio de Educación, asegurándoles su estabilidad laboral¹¹¹.

Por otra parte, los organismos que administran la Carrera Docente son los siguientes:

- 1) La unidad de recursos humanos del Ministerio de Educación;
- 2) La Dirección del Centro Educativo;
- 3) El Consejo Directivo Escolar;
- 4) El Tribunal Calificador;
- 5) Las Juntas de la Carrera Docente; y,
- 6) El Tribunal de la Carrera Docente¹¹².

De los órganos señalados, es rescatable el rol del Tribunal Calificador. Este se encuentra encargado de elaborar y administrar las pruebas del proceso de selección de la Carrera; calificar el expediente profesional y las pruebas de

¹¹⁰ En 1930, se crea la Ley de Pensiones y Jubilaciones Civiles, la cual también incluía a los empleados judiciales y administrativos. Paralelamente, funcionaban regímenes de pensiones que protegían a grupos de empleados del estado, como el cuerpo diplomático, de telecomunicaciones, entre otros. En 1975, para unificar estos regímenes, se creó el Instituto Nacional de Pensiones para Empleados Públicos (INPEP), al cual fueron integrados los empleados públicos docentes a partir del 1 de enero de 1978. Según estipulaba la Ley de Pensiones y jubilaciones Civiles, para obtener la **pensión por vejez o invalidez** se debía obtener previamente un **Acuerdo de Jubilación**. De tal forma, habiendo obtenido el Acuerdo referido, este debía hacerse efectivo tramitándose la obtención de la pensión correspondiente. Esta ley fue derogada por la Ley de Incorporación al Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, de las jubilaciones y pensiones civiles a cargo del Estado, emitida mediante Decreto Legislativo N° 474 de fecha 29 de marzo de 1990, publicada en el Diario Oficial N° 86, Tomo 307, del día 6 de abril de 1990. Mientras tanto, por relación al sistema de Pensiones anterior se siguió utilizando los términos –jubilados y pensionados. Por último, la Ley especial de Beneficios para los jubilados pensionados bajo el régimen de la Ley de Pensiones y Jubilaciones Civiles, la cual nace mediante Decreto Legislativo N° 109, del día 23 de agosto de 2000, publicada en el Diario Oficial N° 180, Tomo 348, publicado en el Diario Oficial 27 de septiembre de 2000, refiere a los conceptos –jubilado y –pensionado como términos equivalente, refiriendo ambos a todo jubilado o pensionado bajo el régimen de la Ley de Pensiones y Jubilaciones Civiles. Esta última acepción de dichos conceptos termina por encuadrar mejor en el sistema actual de Pensiones. Para más información véase, además de las leyes relacionadas, la siguiente sentencia: Sala de lo Constitucional. Sentencia del día 17 de junio de 2009, en el proceso de Amparo de Ref. 802-2008.

¹¹¹ Véase Art. 2 y 12 Ley de la Carrera Docente.

¹¹² Véase Art. 41 Ley de la Carrera Docente.

suficiencia de quienes aspiren al cargo de Director o Subdirector; calificar el expediente profesional y suministrar pruebas de selección en el caso de traslados, asensos y otorgamiento de becas, entre otras atribuciones¹¹³.

Al igual que las normativas anteriores, esta ley también prevé organismos encargados de su aplicación. En el caso en particular nos referimos más bien a organismos sancionatorios competentes de aplicar el régimen disciplinario en ella plasmado. Tales cuerpos son: las Juntas de la Carrera Docente y el Tribunal de la Carrera docente¹¹⁴.

En el caso de las Juntas, les corresponde conocer “en primera instancia” de las acciones, excepciones y recursos que se ejerciten en los procedimientos para la imposición de sanciones y de las reclamaciones que se hicieren contra el Consejo Directivo Escolar y el Ministerio de Educación por faltas o violación de los derechos de los educadores; de los casos de inhabilitación y rehabilitación de los

¹¹³ Art. 51 y 52 Ley de la Carrera Docente. Así, se tiene qué: —Sobre el derecho de ascenso al cargo de director y subdirector de un centro escolar, en el contexto de la Ley de la Carrera Docente, es preciso indicar que éste se configura como la facultad que tiene un educador debidamente registrado en el Escalafón para optar a una plaza o para participar en el concurso para adjudicarla, cuando es más de uno el que aspira a la misma. En caso de cumplir los requisitos previstos en la ley, participa en el referido concurso y es el Tribunal Calificador el competente para seleccionar al ganador de la plaza en disputa. Por ende, la selección del Tribunal Calificador —declarada procedente en el acto cuestionado— no fue arbitraria o antojadiza sino que se llevó a cabo de conformidad con lo estipulado en la ley. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del día 29 de enero de 2010, en el proceso de Ref. 92-2005.

¹¹⁴ Véase Art. 65 Ley de la Carrera Docente. Adicionalmente, sobre el particular, importa atender lo siguiente: —El capítulo VIII de la LCD [Ley de la Carrera Docente], consagra lo relativo a los Organismos de la Administración de la Carrera Docente, y, el art. 41 establece que la carrera docente será administrada conjuntamente por el Consejo Directivo Escolar, la Junta de la Carrera Docente, el Tribunal de la Carrera Docente, entre otros. [...] Evidentemente, el Consejo Directivo Escolar, no obstante que forma parte de los organismos de la Administración de la Carrera Docente, no tiene competencia para aplicar las sanciones que regula la Ley. Su atribución se circunscribe, de conformidad al art. 50 número 3) de la LCD, en iniciar ante la Junta de la Carrera Docente correspondiente los procesos necesarios para la aplicación de sanciones, no en imponer las mismas. En consecuencia, es evidente que el Consejo Directivo Escolar del Instituto Nacional Thomas Jefferson del departamento de Sonsonate, no tenía competencia para imponer la amonestación escrita al ingeniero Walter Anival Santos Garzona, y, por consiguiente, el acto deviene en ilegal, ya que fue dictado por una autoridad manifiestamente incompetente, por lo tanto, dicha sanción pierde total validez, razón por la cual, este Tribunal no entrará a valorar el argumento esgrimido por la parte actora, relativo al doble juzgamiento. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del día 26 de marzo de 2010, en el proceso de Ref. 181-2005.

educadores¹¹⁵. Con respecto al Tribunal de la Carrera Docente, le corresponde resolver los recursos que se interpusieren contra las resoluciones de la Juntas de la Carrera docente y dirimir las competencias entre estas¹¹⁶.

Continuando con otro tema, la Ley de la Carrera Docente sanciona mediante nulidad a aquellos actos procesales realizados en inobservancia de los procedimientos establecidos, o cuando se violen derechos o garantías individuales previstas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por El Salvador. En este caso, el perjudicado tiene derecho a pedir la nulidad ante la Junta o ante el Tribunal. Igual consecuencia es aplicable a las sanciones impuestas por procedimientos diferentes a los previstos en dicho cuerpo normativo¹¹⁷.

Finalmente, la Ley en comento establece que la acción para iniciar el procedimiento para la imposición de sanciones, prescribirá transcurrido noventa días después de ocurrido el hecho constitutivo de la acción. Transcurrido este plazo es nula cualquier acción que dé inicio a un procedimiento, salvo la infracción por acoso sexual o el cometimiento de actos contra la libertad sexual que prescriben en cinco años¹¹⁸.

¹¹⁵ Véase Art. 66 Ley de la Carrera Docente. Sobre la integración de las Juntas de la Carrera Docente, véase los Art. 68 y 69 Ley de la Carrera Docente.

¹¹⁶ Véase Art. 67 Ley de la Carrera Docente. En cuanto a la integración del Tribunal de la Carrera Docente, véase los Art. 70-75 Ley de la Carrera Docente.

¹¹⁷ Véase Art. 86 Ley de la Carrera Docente.

¹¹⁸ Véase Art. 89 Ley de la Carrera Docente.

CAPÍTULO IV

LA POTESTAD SANCIONATORIA EN EL SECTOR PÚBLICO

4.1. Naturaleza de la potestad sancionatoria interna o en “relaciones de sujeción especial”.

La potestad sancionadora otorgada a la Administración Pública tiene una doble manifestación: externa e interna.

La potestad sancionatoria externa se ejerce en relación a los particulares o “administrados”, como un instrumento normal para el cumplimiento de los fines de la Administración, es decir, en orden a la satisfacción de los intereses generales. Tal potestad, se entiende así que “forma parte ínsita de la competencia de gestión”.¹¹⁹

Esta justificación pragmática a la potestad sancionatoria de la Administración, ha sido recogida por el Tribunal Constitucional español, al aludir a “[...] la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos denunciados.”¹²⁰ La doctrina sostiene que la sanción que impone la Administración es *inherente* a la actividad administrativa, ya que “toda y cualquier sanción administrativa es manifestación de las funciones que le corresponden a la función administrativa”, y que todas las sanciones administrativas son actos administrativos porque son consecuencia necesaria de su actividad, que corresponde a esta función ante el incumplimiento o infracción¹²¹.

En nuestro ordenamiento jurídico la potestad sancionatoria de la Administración tiene una clara base constitucional en el artículo 14, el cual dispone que:

¹¹⁹ En esta línea Nieto, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, Editorial Tecnos S.A, 1994. Pág. 92.

¹²⁰ Ver STC 77/1983, del 3/10/1983. Sitio web www.boe.es. Consultado el 13 de septiembre de 2011.

¹²¹ Fiorini, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, tomo II. Pág. 179.

“Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad”¹²².

Al analizar su naturaleza, la tesis predominante considera la potestad sancionadora de la Administración como una vertiente del *ius puniendi* estatal, de la que también forma parte la potestad penal de los Tribunales. La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha aceptado el carácter unívoco de la potestad sancionatoria estatal, manifestado en dos vertientes¹²³.

Frente a la potestad sancionatoria externa, se encuentra la denominada **potestad interna o disciplinaria**, la cual es ejercida sobre los sujetos que se hallan integrados en la organización de la Administración, a los cuales para efectos del presente manual hemos denominado servidores públicos. Se le denomina también potestad sancionatoria “en relaciones de sujeción especial”.

La doctrina señala que la noción “relaciones de sujeción especial” fue importada desde Alemania a España sobre los años 70, especialmente a través de un estudio de Gallego Anabitarte. Se ha definido a las relaciones de sujeción especial como “las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce

¹²² Constitución de la República, aprobada el 15 de diciembre de 1983, Decreto Número 38, Diario Oficial número 234, tomo 281, de fecha 16 de diciembre de 1983.

¹²³ En este sentido la sentencia Ref. 149-M-99, de las doce horas del día diecinueve de diciembre del año dos mil: –En reiterada jurisprudencia, esta Sala ha señalado, apoyándose en la doctrina, que la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad penal de los jueces y Tribunales, constituyen técnicas de intervención social perfectamente habituales y sólidamente asentadas que forman parte de un genérico “*Ius puniendi*” del Estado. La dicotomía señalada, es aceptada en la actualidad al entender que si bien es cierto existe una única potestad punitiva del Estado, ésta se manifiesta respecto de dos formas diferentes: ilícitos penales - los delitos y faltas - los ilícitos administrativos o contravenciones.

en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”¹²⁴.

Se considera que la relación jurídica de sujeción especial en que se encuentran los servidores públicos es más bien un *status especial*, en tanto introduce al individuo en un ámbito vital fundando una especial posición, que se distancia del régimen común del resto de los ciudadanos. Dentro de este status pueden ser destinatarios de sanciones de diversa índole ante el incumplimiento de los deberes y obligaciones que el cargo les impone, con el propósito de conservar la disciplina interna y garantizar el regular ejercicio de las funciones públicas. El elemento característico de estas sanciones, es que buscan mantener la disciplina interna de la organización.

La doctrina sostiene que éstas son sanciones administrativas “*cualificadas por el tipo de relación jurídica sustantiva* (que, a su vez, está en función del tipo de organización y su fin propio) sobre el que operan: la relación de empleo público”, el cual “explica así, el distinto alcance y, por tanto, el diferente régimen de la potestad disciplinaria en el seno de la Administración Pública”¹²⁵.

4.2. Finalidad de la potestad sancionatoria en el sector público.

Respecto a la potestad sancionatoria externa –ejercida sobre los administrados– ha operado en los últimos años una evolución de la concepción represiva a la preventiva. Se sostiene que las normas sancionatorias no han de pretender

¹²⁴ López Benítez, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994. Pág. 161-162, citado por Cotino Hueso, L., —Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década)», en *Revista del Poder Judicial*, (3ª época), número 55, 1999 (III). Pág. 291-324.

¹²⁵ Parejo Alfonso, Jiménez-Blanco, Ortega Álvarez, *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, Editorial Ariel 1994. Pág. 313.

reprimir, sino, que el daño no se produzca, y para evitar el daño debe evitar previamente el riesgo, que es el verdadero objetivo de la política represiva¹²⁶.

Alejandro Nieto sostiene que lo que en último extremo legitima la sanción es la naturaleza de los intereses fundamentalmente protegidos por la norma sancionatoria, que no se refiere a bienes individuales, sino colectivos, generales y públicos¹²⁷. Por ende, la sanción administrativa se legitima entonces en la medida que persigue la tutela de estos intereses, y su finalidad es evitar que los daños se produzcan.

En la potestad sancionatoria interna o doméstica -cuyos efectos operan *ad intra* de la Administración- existe una finalidad específica: el correcto funcionamiento de la gestión pública. Las sanciones disciplinarias buscan *mantener la disciplina interna de la organización* y el buen orden en la gestión del servicio, todo en aras de la mejor realización de los cometidos estatales.

La jurisprudencia ha abordado frontalmente la diferencia entre las finalidades de la potestad sancionatoria interna o disciplinaria y las sanciones externas, señalando que mientras éstas últimas “*persiguen un interés social y están destinadas al común de los administrados, las primeras en cambio, atañen a la potestad disciplinaria que la Administración ejerce normalmente sobre los agentes que están integrados en su organización. Tales sanciones buscan mantener la disciplina interna de la organización, para lo cual se ha dotado a la Administración de un poder disciplinario correlativo en virtud del cual puede imponer a sus agentes sanciones atañentes (sic) normalmente al régimen funcional al que pertenecen*”¹²⁸.

¹²⁶ En esta línea, Nieto, A., *op. cit.* Pág. 36.

¹²⁷ Nieto, A., *op. cit.* Pág. 35,

¹²⁸ Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, entre otras, sentencia referencia 175-A-2000, de las doce horas y cinco minutos del día nueve de julio del año dos mil dos; y sentencia referencia 04-2005, de las quince horas y diez minutos del uno de marzo de dos mil siete.

4.3. Matización de principios. Tesis encontradas.

a) Tesis de la relativización.

La consagración del carácter supremo de la Constitución -concebida no solo como norma primaria, sino vinculante y de aplicación directa- derivó en el ámbito sancionatorio una clara incidencia en la configuración una nueva concepción garantista de la potestad sancionatoria. En ella, debían manifestarse plenamente **derechos y garantías** que en décadas anteriores no se habían solidificado con este alcance.

Como señala Sánchez Morón, es en el Siglo XX donde florece la concepción de dotar a la potestad sancionatoria administrativa de límites y garantías para los ciudadanos, influida directamente por el Derecho Penal. En España, fue precisamente la influencia constitucional la que abrió las puertas a la influencia del Derecho Penal en el Derecho Administrativo Sancionatorio. Antonio Domínguez Vila sostiene que el texto constitucional de 1978 “elevó al máximo rango normativo la división del *ius puniendi* del Estado en dos ámbitos, y por lo tanto el reconocimiento de una potestad sancionadora del Gobierno y de las Administraciones Públicas sometida a los mismos principios constitucionales que el ordenamiento penal¹²⁹. Precisamente, la tesis prevalente –atendiendo a la aludida unidad del *ius puniendi* estatal- fue el traslado de límites y garantías *desde el Derecho Penal al ámbito administrativo*.

En la misma línea, en El Salvador, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha aceptado tal traslado expresando de manera categórica como premisa base que: “*Garantizar al destinatario de las sanciones, la sujeción a la Ley y protección a cualquier arbitrariedad, ha llevado a extender al campo de las sanciones administrativas los principios fundamentales del Derecho Penal*”¹³⁰. Tal aplicación,

¹²⁹ Antonio Domínguez Vila, *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997. Pág. 197 y siguientes.

¹³⁰ En este sentido, entre otras, Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Ref. 206-C-2001.

también se ha señalado que debe realizarse con matices, que la adecúen a la naturaleza del Derecho Administrativo¹³¹.

En el ámbito sancionatorio interno o de relaciones de sujeción especial, es más evidente la matización de los principios del Derecho Penal aplicables al Derecho Sancionador común, que adquiere un carácter de “relativización” de los derechos del servidor público. En el siguiente apartado se analizan algunas de estas matizaciones.

b) Matices en el principio de legalidad.

Se sostiene que en la aplicación del principio de legalidad y la exigencia de la reserva de ley en el ámbito disciplinario interno, *se permite de manera más amplia la cobertura reglamentaria.*

La doctrina sostiene que resultaría exagerado imponer al legislador la carga de regular con todo detalle las infracciones y sanciones administrativas disciplinarias. De ahí, que la jurisprudencia afirme que la colaboración reglamentaria es insuprimible en este ámbito¹³².

Rodríguez Magariños¹³³ sostiene que el principio de legalidad se hace más flexible en el ámbito disciplinario, citando la STC de 8 de junio, la cual en su apartado FJ.4 postula expresamente que: “Es posible reconocer situaciones y relaciones jurídico–administrativas donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámense tales relaciones de «especial sujeción», «de poder especial», o simplemente «especiales». Lo importante ahora es afirmar que la categoría «relación especial de sujeción» no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han

¹³¹ Y como enfatiza Alejandro Nieto (vid supra) sin olvidar la sustantividad propia de la potestad administrativa.

¹³² Sánchez Morón, M.: *Derecho de la Función Pública*. Op. Cit.. Pág. 275.

¹³³ Rodríguez Magariños, F., *La Relación Jurídico Penitenciaria Bajo La Óptica Del Derecho Administrativo*, Texto completo en www.uned.es. Consultado el 13 de septiembre de 2011.

modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos. Entre los derechos modulables en una relación administrativa especial se cuenta el derecho a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE. Y aunque éste precepto no contempla explícitamente ninguna situación o relación administrativa especial, de la concurrencia del mismo con otras normas constitucionales *sí se puede concluir que la propia Constitución contiene una modulación del derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito de ciertas relaciones administrativas especiales*". (Los resaltados son nuestros).

Nuestra jurisprudencia ha establecido que el especial fin y naturaleza de la potestad sancionatoria interna o doméstica no permite aplicar de manera absoluta la premisa de reserva de ley en la tipificación de sanciones internas o de sujeción especial, sino, será en cada caso que habrá de determinarse si la sanción regulada en reglamento es acorde a los principios y garantías constitucionales¹³⁴.

c) Matices en el principio de tipicidad.

En términos similares se ha analizado la matización del principio de tipicidad, el cual exige que a la imposición de toda sanción deba preceder de una previsión normativa en la que se describa de manera *clara, precisa e inequívoca* la conducta infractora con todos sus elementos configurativos.

En las relaciones de sujeción especial, es usual que las normas de derecho disciplinario tipifiquen las infracciones utilizando conceptos jurídicos indeterminados, como "abandono del servicio", "abuso de autoridad", entre otros, lo cual, si bien no se considera en abstracto contrario al principio de tipicidad, sí requiere una debida labor de aplicación al llenar de contenido los conceptos¹³⁵.

¹³⁴ Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia Ref. 72-B-2000.

¹³⁵ Sánchez Morón, M. *Derecho de la Función Pública*. Op. Cit. Pág. 277.

La Sala de lo Contencioso Administrativo, en proceso referencia 281-C-2002¹³⁶, al analizar los términos en que debía realizarse la adecuación de la conducta imputada al tipo sancionatorio frente a un concepto jurídico indeterminado¹³⁷ en el ámbito disciplinario, sostuvo entre otras premisas básicas: “[...] la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados sólo resulta legítima cuando éstos sean determinables conforme a pautas objetivas, repetibles y técnico-jurídicas, y no en virtud de valoraciones subjetivas del juez o de la autoridad administrativa competente. En cualquier caso, la atenuación de esa rigurosidad no debe inducir a pensar que basta una formulación genérica de la infracción administrativa para satisfacer los requerimientos del principio de tipicidad. *Una vez que se reconoce un espacio en el que la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados es compatible con los principios de legalidad y de tipicidad, debe hacerse hincapié en que, de cara a garantizar la seguridad jurídica del administrado, la responsabilidad de legitimar la aplicación de una norma abierta se traslada a la autoridad administrativa que así conviene en aplicarla. De ello se deduce con facilidad que la violación al principio de tipicidad puede ser cometida no sólo por el legislador al formular los tipos sancionadores, sino también por los operadores jurídicos cuando al aplicar una norma de esta naturaleza lo hace sin cumplir con las garantías exigidas*”. (Los resaltados son propios).

¹³⁶ Sentencia de las nueve horas del día veintiuno de octubre de dos mil nueve.

¹³⁷ Como premisa de partida se sostuvo que –la compatibilidad de los conceptos jurídicos indeterminados o cláusulas abiertas con las exigencias del principio de legalidad —y tipicidad, según se analiza más adelante— no significa que el legislador deba recurrir indiscriminadamente a estos conceptos de modo que sea la autoridad administrativa la que en la mayoría de los casos complemente el vacío propiciado por la norma en lo relativo a los elementos o características objetivas que legitimen la aplicación de tales preceptos. En tal sentido, la utilización de estas fórmulas es constitucionalmente aceptable cuando exista una fuerte necesidad de tutela desde la perspectiva constitucional y no sea posible otorgarla adecuadamente en términos más precisos. *Para que un concepto jurídico indeterminado pueda ser aplicado hace falta, indefectiblemente, que cuando menos resulten previsibles los cánones objetivos que hagan previsible la aplicación de un concepto de esta naturaleza. De lo contrario, la aplicación por parte de la Administración de los tipos administrativos en los que se contengan conceptos absolutamente indeterminables, serían contrarios al principio de legalidad*!!!. (Los resaltados son propios).

d) Matices en el principio de responsabilidad

La ya aludida consagración de garantías constitucionales y la traslación de los principios del Derecho Penal al ámbito administrativo, llevó a considerar que, como una derivación de la presunción de inocencia, la potestad punitiva en cualquiera de sus manifestaciones, exige la concurrencia de un título de imputación de responsabilidad. Con ello, *la existencia de un nexo de culpabilidad se constituye un requisito sine qua non para la configuración de la conducta sancionable.*

La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo abordó el tránsito de la responsabilidad objetiva a la exigencia de culpabilidad. Para tal fin, expresó cómo desde la primera, se admitía el ejercicio de la potestad sancionatoria sobre la base del objetivo incumplimiento o la simple transgresión del precepto por parte del administrado, sin indagación sobre el comportamiento subjetivo, es decir, la infracción administrativa se identificaba con la simple inobservancia del precepto con independencia del subjetivo relativo a la intención del agente. En otros términos, sostuvo, para la aplicación de este tipo de responsabilidad, bastaba la materialidad fáctica de las conductas contrarias a la Ley para que la infracción se configure, presumiéndose que el actor actuó con la subjetividad mínima requerida, es decir, culpa por negligencia¹³⁸.

Al evolucionar tal modelo, categóricamente afirmó que en materia administrativa sancionatoria es hoy aplicable el principio *nulla poena sine culpa*; lo que excluye cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues el dolo o la culpa constituyen un elemento básico de la infracción.

Uno de los aspectos clave en la nueva concepción del principio de culpabilidad en materia sancionatoria administrativa, ha sido la extensión y alcances de *los títulos de imputación de responsabilidad.*

¹³⁸ Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, entre otras, sentencia Referencia 29-91.

Como es sabido, los títulos clásicos de imputación son el dolo, la culpa y la negligencia¹³⁹. En cuanto al dolo, la *actuación dolosa* se concretiza cuando el sujeto conoce y quiere la realización de la conducta descrita: el dolo lo integra la conciencia plena o razonable de los elementos objetivos del delito o el deseo directo, indirecto o eventual de realizar la acción (en delitos de actividad) o de que el resultado se produzca (en delitos de resultado).

Es precisamente en *los títulos de imputación de responsabilidad* donde se fincan aspectos clave en la nueva concepción del principio de culpabilidad en materia sancionatoria administrativa, y donde encontramos importantes diferencias de esta potestad frente al Derecho Penal.

En este punto, es importante citar el *principio de intervención mínima*, que en materia penal implica que el ejercicio de esta potestad punitiva debe tener carácter de *ultima ratio* por parte del Estado para la protección de los bienes jurídicos, y a la vez, que se refiere sólo para los *más importantes* frente a los ataques *más graves*. Lo anterior implica, para algunos autores, que el Derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino sólo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos¹⁴⁰.

En esa línea, Muñoz Conde¹⁴¹ sostiene que las infracciones imprudentes son *cualitativamente* menos graves que las dolosas, es decir, tienen un menor grado de rebelión contra el ordenamiento jurídico. Desde tal perspectiva, *el delito imprudente, a diferencia del delito doloso, no se castiga penalmente en todo caso,*

¹³⁹ Como antecedente diremos que la negligencia es en términos generales, la infracción al deber de cuidado a que toda persona se encuentra sujeta en relación con sus acciones y omisiones capaces de causar lesión al ordenamiento jurídico.

¹⁴⁰ En esta línea Jesús Manuel Villegas Fernández, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Núm. 23, año 2009. www.ripj.com (consultado el 20 de septiembre de 2011).

¹⁴¹ Muñoz Conde, F., *Derecho Penal*, Parte General, Tirant lo Blanch, España, 2002. Pág. 284.

ya que el *principio de intervención mínima* obliga a una doble restricción, seleccionando, por un lado aquellos comportamientos imprudentes que afectan a bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad física, salud) y castigando, por otro, de entre todos estos comportamientos, aquéllos que *llegan a producir realmente un resultado lesivo para dichos bienes jurídicos*¹⁴².

Una importante línea de la doctrina sostiene que en cambio, las infracciones administrativas cometidas por imprudencia, negligencia o falta de diligencia no pueden recibir el mismo tratamiento que en el Derecho penal, ya que su sanción, independientemente de la naturaleza del nexo de culpabilidad, *puede lograr la tutela de intereses generales que le ha sido encomendada a la Administración, y que al no ejercerse se verían afectados*.

Naturalmente, la consideración de la imprudencia, negligencia o falta de diligencia si ha de ser tomado en cuenta para efectos de determinar el monto de la sanción, en tanto se configura como un atenuante¹⁴³.

En materia administrativa, la negligencia ha de entenderse como la inobservancia al deber de atención y cuidado que ha de ser observado en el cumplimiento de las obligaciones y deberes. Al respecto, la doctrina española sostiene que “en el campo del Derecho Administrativo Sancionador resulta de ordinario trascendental el hecho que el infractor sea un profesional o un lego. Cuando la infracción ha sido cometida en el ejercicio de una profesión o actividad especializada se esfuma la posibilidad de error.....sin olvidar por otra parte que el ejercicio de una profesión (actividad especializada en general) implica la *asunción voluntaria de obligaciones*

¹⁴² Muñoz Conde, F., *Derecho Penal, Ibídem*.

¹⁴³ Algunos ordenamientos jurídicos regulan expresamente entre los criterios para la determinación de la multa el grado de participación del infractor y la intencionalidad. En caso que la ley no los señale expresamente, pero se otorguen parámetros de máximos y mínimos para graduación de la sanción, se considera que es un elemento que debe ser tomado en cuenta.

*singulares así como de responsabilidades específicas frente a la Administración y terceros*¹⁴⁴.

En esa línea, en las sanciones disciplinarias internas, el servidor público está sometido a un régimen que le exige la debida diligencia en el cumplimiento de sus atribuciones, ante lo cual, no solo sería objeto de sanción ante actuaciones dolosas, sino en aquellos casos en que le sea atribuible negligencia.

Frente a dicha postura existe en El Salvador otra importante perspectiva, bajo la cual las sanciones por negligencia son válidas cuando el ordenamiento jurídico así respalda dicho título de imputación de responsabilidad. Es decir, si bien la negligencia como título de imputación de responsabilidad es aceptada en otros ordenamientos jurídicos como el español, en el cual cuentan inclusive como una ley de procedimientos administrativos que así lo prevé¹⁴⁵. No obstante, la duda se plantea en ordenamientos como el nuestro, en que reiterada normativa alude únicamente a las figuras del dolo y la culpa¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Nieto, A., *Op. Cit.* Pág. 364.

¹⁴⁵ Así, el Art. 130. 1 de la Ley 30/1992 española apunta: –Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia. (Resaltado es propio). Al referirse a dicha disposición, el comentarista español Luis Martín Rebollo ha sostenido: –El problema principal que parece plantar este precepto es el de la concreción del inciso final de su ap. 1: <aún a título de simple inobservancia>. La cuestión está en saber si cabe la mera responsabilidad objetiva o se exige probar algún grado de intencionalidad. Si acaso se debe distinguir entre Dolo y Culpa. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones en el sentido de exigir un cierto principio de culpabilidad. En la quizá más importante de sus sentencias sobre este aspecto – la destacada STC 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990, 76) sobre la Ley 10/1985, de 26 de abril, de Reforma de la Ley General Tributaria- El Tribunal Constitucional señala que un principio general de responsabilidad objetiva es inadmisibles en nuestro ordenamiento. Y añade, al comprobar que el Art. 77 LGT alude a las infracciones <aun a título de simple negligencia>, que ello <con toda evidencia significa, de un lado, que el precepto está dando por supuesta la exigencia de culpabilidad en los grados de dolo y culpa o negligencia grave, y de otro, que más allá de la simple negligencia, los hechos no pueden ser sancionados>||

¹⁴⁶ Iniciando por el Código Penal.

Al respecto, debe indicarse que existen precedentes administrativos en nuestro país, que recogen la categoría de la negligencia, extraída a manera interpretativa, sin que la norma jurídica de forma expresa lo recoja¹⁴⁷.

Sin embargo, sigue siendo debatible la creación de una tercera clase de responsabilidad sancionatoria, pues pone sobre la discusión otros principios alrededor de la materia punitiva del Estado, que sobre el particular deben valorarse, como son el principio de legalidad, el principio de culpabilidad, la proscripción de la interpretación analógica cuando desfavorece al imputado, la presunción de inocencia, entre otras. Es que si abrimos las categorías a vía de interpretación del aplicador del derecho, podría crearse otras formas de responsabilidad punitiva no previstas en la ley salvadoreña, como la preterintencionalidad¹⁴⁸ u otras formas, lo cual reiteramos pone en debate el respeto del principio de legalidad.

En todo caso, el aspecto aludido, sin lugar a dudas nos anticipamos deberá ser dilucidado y abordado por nuestra jurisprudencia.

e) **Tesis garantista**

Existe frente a esta tesis que relativiza principios y garantías en las relaciones de sujeción especial, una corriente que propugna por aplicarlas en los mismos términos que en la potestad sancionatoria externa.

¹⁴⁷ Veáse a manera de ejemplo la sentencia del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor Ref. 13-06, de las quince horas treinta minutos del diecisiete de marzo de dos mil seis; y expediente Ref. 204-06. La postura de dicha entidad ha sido conocida por la Sala de lo Contencioso administrativo, como en sentencia referencia 130-2006, de las diez horas treinta minutos del diecinueve de mayo de dos mil ocho.

Es también interesante también citar la sentencia referencia 204-2006, de las catorce horas veintisiete minutos del nueve de marzo de dos mil nueve, en la cual la referida Sala declaró legal la utilización del grado de participación como parámetro de imposición de multa.

¹⁴⁸ La preterintención es el resultado punible que sobrepasa la intención del autor denominase delito preterintencional. El delito preterintencional es aquel que resulta más grave que el propósito del autor, es decir, que el autor del delito obtiene un resultado que no se esperaba y que sobrepasa a lo que el busco o tenía como fin cuando cometió el delito.

Lorenzo Cotino Hueso¹⁴⁹ sostiene que la noción de relaciones de sujeción especial se empleó en su origen para legitimar diversos abusos, situación que varió ante lo que califica como la *constitucionalización de las relaciones de especial sujeción* por parte del Tribunal Constitucional español, que tuvo su origen en la sentencia 61/1990, de 29 de marzo, en la cual se afirmó que la existencia de una relación de supremacía especial no podía suponer la relativización y “supresión” de los principios constitucionales, y que si bien su existencia bien podía suponer una “adaptación” del ejercicio de los derechos del administrado, pero “nunca su supresión”.

El referido autor reseña que en posteriores resoluciones¹⁵⁰ se afirmó que la noción de la relación de sujeción especial “*debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales*”, diluyendo en muy buena medida el contenido jurídico que hasta entonces tenían las relaciones de especial sujeción.

Cotino Hueso concluye su análisis afirmando categóricamente que “*esta categoría ya no sirve para excusar el análisis de la admisibilidad de las limitaciones a los derechos*”, y que “la alusión a las relaciones de especial sujeción ha dejado de ser aquel útil instrumento que justificaba con relativa facilidad las limitaciones a los derechos y libertades, por lo cual, parece que ya no interesa su empleo en algunos ámbitos específicos”.

Acentuando lo polémico del tema, García Macho¹⁵¹ sostiene que “la jurisprudencia, con la desventaja añadida de la situación en el régimen anterior, no ha encontrado un punto de equilibrio que sitúe las sanciones de autoprotección sobre una base constitucional. Los efectos de esta situación en la praxis judicial es

¹⁴⁹ Cotino Hueso, L., Op. Cit.

¹⁵⁰ Entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional español con referencia 120/1990; 137/1990 y 11/1991.

¹⁵¹ García Macho, R., *Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción*, Revista Española de Derecho Administrativo, 1991.

la imposición de sanciones sobre base reglamentaria, y en el mejor de los casos una aplicación deficiente de la reserva de ley”.

Para el referido autor, la aplicación de la Constitución no conlleva la desaparición de las relaciones de sujeción especial, sino, la declaración que los derechos fundamentales son válidos aún en dicha esfera.

Si bien nuestra jurisprudencia se ha decantado por aceptar las matizaciones en este tipo de sanciones, consideramos que ello no implica que los servidores públicos se encuentren desprovistos de garantías, y menos aún, que no se les reconozcan los derechos que proclama nuestra Constitución. Ejemplo de ello es la ya citada sentencia 72-B-2000, la cual, al analizar las matizaciones del principio de legalidad y reserva de ley, sostuvo que si bien “el especial fin y naturaleza de la potestad sancionatoria interna o doméstica no permite aplicar de manera absoluta la premisa de reserva de ley en la tipificación de sanciones internas o de sujeción especial, sino, **será en cada caso que habrá de determinarse si la sanción regulada en reglamento es acorde a los principios y garantías constitucionales**” (Los resaltados son propios). Creemos que en un orden jurídico en que prive la aplicación de la Constitución, no podría arribarse a conclusión distinta.

4.4. La potestad sancionatoria en las diversas normativas salvadoreñas

Como ya se ha señalado, en el ordenamiento jurídico salvadoreño, el régimen estatutario de los servidores públicos está regido por diversos cuerpos normativos, entre ellos, la Ley de Servicio Civil, la Ley de Carrera Administrativa Municipal, la Ley de la Carrera Docente, Ley de la Carrera Judicial, entre otros.

En el presente apartado, analizaremos brevemente la regulación del régimen sancionatorio en dichos cuerpos normativos:

a. Régimen sancionatorio en la Ley del Servicio Civil

Como se ha señalado, la Ley de Servicio Civil es el cuerpo legal que desarrolla de manera general el régimen de los servidores públicos amparados en la carrera administrativa.

En dicha ley se establece que las amonestaciones podrán ser impuestas por la Comisión de Servicio Civil o por los Jefes del servicio correspondiente, con la sola comprobación del hecho que las motiva¹⁵².

Naturalmente la frase “con la sola comprobación del hecho que las motiva”, *no implica que no deba seguirse un procedimiento sancionatorio*, ya que, como es sabido, en aplicación directa de las garantías constitucionales, nadie puede ser privado de ningún derecho sin ser previamente oído y vencido en juicio.

Lo anterior tiene plena aplicación a la potestad sancionatoria, respecto a la cual señala en el artículo 14 que “...*la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas...*”. (Los resaltados son propios).

La jurisprudencia ha señalado expresamente que a la imposición de una sanción administrativa debe precederle siempre un procedimiento, en el cual se posean suficientes oportunidades que les permitan la defensa de sus derechos, pues

¹⁵² De conformidad al artículo 42, la multa, suspensión sin goce de sueldo, la postergación en el derecho a ascenso, la rebaja de categoría y el despido o destitución sólo podrán ser impuestos por la Comisión de Servicio Civil de la dependencia a que pertenezca el funcionario o empleado, la que procederá en la forma que establece esta ley. De estas resoluciones se admitirá recurso de revisión para ante el Tribunal de Servicio Civil.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, los Jefes de servicio podrán imponer sin ningún trámite y en caso justificado, suspensiones sin goce de sueldo hasta por cinco días en cada mes calendario y en ningún caso más de quince días en el mismo año calendario. Las amonestaciones y esta clase de suspensiones no admitirán ningún recurso.

debido a que es un acto que incide en el ámbito de protección de un individuo, éste goza del derecho de defender su situación jurídica antes de su imposición¹⁵³.

Sumado a lo anterior, el procedimiento constituye un elemento formal de producción del acto administrativo, y por ende condiciona su validez, por lo cual, la falta de procedimiento es un condicionante de validez del acto, ya que, en tanto modo de producción del acto administrativo, forma de emanar al mundo jurídico.

Tratándose de actos de naturaleza sancionatoria, la configuración del procedimiento adquiere una relevancia especial en varios aspectos: en primer lugar, el procedimiento sancionatorio debe contar con un auto de inicio, lo cual está íntimamente ligado al derecho de defensa, ya que permite al presunto infractor ser informado de la acusación y de los términos de la misma.

Posterior a la emisión de un auto de inicio claro y descriptivo, es preciso que se concretice el derecho del presunto infractor a comparecer a ejercer la defensa, aportando elementos de descargo y prueba. Una vez concretada la posibilidad de defenderse, el presunto infractor tiene derecho a la emisión de una resolución final fundada en Derecho.

En esa línea, el art. 45 de la Ley de Servicio Civil establece que la Comisión, al serle presentada la denuncia, recibirá la prueba con citación de parte contraria, por sí o por medio de delegados debidamente autorizados, dentro del término de cuatro días improrrogables, contados a partir del día siguiente al de la respectiva notificación, vencidos los cuales dictará sentencia. Este mismo procedimiento se aplicará a las multas.

El procedimiento de despido o destitución posee un trámite específico, regulado en el Art. 55 del referido cuerpo legal¹⁵⁴.

¹⁵³ Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia. Sentencia Referencia 130-P-2002.

Por otra parte, en párrafos anteriores se ha establecido además que en materia sancionatoria interna sí tienen aplicación –aún con matices- el principio de legalidad y tipicidad, en base a los cuales, se requiere una determinación normativa clara y precisa de las conductas constitutivas de infracción y las correlativas sanciones. En esa línea, el Art. 41 enumera las sanciones disciplinarias que podrán imponerse:

- a) Amonestación oral privada;
- b) Amonestación escrita;
- c) Multa, que no podrá exceder del diez por ciento del sueldo mensual devengado, excepto en los casos expresamente determinados por la ley;
- d) Suspensión sin goce de sueldo, la cual no podrá pasar de un mes, excepto en el caso del Art. 48;
- e) Postergación hasta por dos años en el derecho a ascenso;
- f) Rebaja de categoría dentro del mismo cargo; y
- g) Despido o destitución del cargo o empleo”.

En los artículos 43 y siguientes se señalan los supuestos que dan lugar a cada una de las referidas infracciones¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Será analizado en el capítulo siguiente.

¹⁵⁵ Casos de amonestación

Art. 43.- Serán sancionados con amonestación oral privada los funcionarios y empleados que cometan faltas leves que determine el reglamento y que no impliquen incumplimiento de los deberes expresados en el Art. 31.

Si antes de transcurrir el término de un mes de la primera sanción el infractor mereciere otra de la indicada en el inciso que precede, la amonestación se hará por escrito.

Caso de multa

Art. 44.- Cuando la falta a los reglamentos fuere grave a juicio del que debe sancionarla se impondrá al infractor la pena de multa. Se impondrá siempre esta sanción a quienes no asistan a su trabajo o no asistieren al mismo con puntualidad sin motivo justificado, en cuyo caso la cuantía de la multa se regulará de conformidad con la Ley, siempre que otras leyes no sancionen la misma falta. (8) Las multas se deducirán del sueldo que devengue el responsable. (8)

Caso de suspensión

Art. 45.- Serán sancionados con suspensión sin goce de sueldo los funcionarios o empleados que no cumplan con los deberes indicados en el artículo 31 cuando la falta cometida no amerite su destitución o despido, excepto los comprendidos en el literal a) del citado artículo que se regirán por lo ordenado en el artículo anterior.

Merece especial atención el supuesto contemplado en el inciso tercero del ya citado art. 42, en cual dispone que: “No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, los Jefes de servicio podrán imponer sin ningún trámite y en caso justificado, suspensiones sin goce de sueldo hasta por cinco días en cada mes calendario y en ningún caso más de quince días en el mismo año calendario....”.

La referida disposición, crea polémica sobre su aplicación al determinar qué debe entenderse por “caso justificado”. El tema fue abordado jurisprudencialmente por la Sala de lo Contencioso Administrativo¹⁵⁶ señalándose en lo esencial:

“[...] cuando en el artículo 42 inciso tercero de la Ley de Servicio Civil se recoge el término "caso justificado", no se crea una potestad discrecional para que la Administración realice una valoración de tales circunstancias, **sino que se establece un concepto jurídico indeterminado que deberá ser analizado a la luz del sentido de la Ley y del caso en concreto, a fin de establecer su concurrencia**”. (Los resaltados son propios) (Sentencia Ref. 93-2005 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de las catorce horas veinticinco minutos del veintiocho de abril de dos mil ocho).

La Comisión al serle presentada la denuncia, recibirá la prueba con citación de parte contraria, por sí o por medio de delegados debidamente autorizados, dentro del término de cuatro días improrrogables, contados a partir del día siguiente al de la respectiva notificación, vencidos los cuales dictará sentencia. Este mismo procedimiento se aplicará a las multas. (8)

Caso especial de suspensión

Art. 48.- La suspensión sin goce de sueldo procederá también cuando por autoridad competente se decrete contra el funcionario o empleado auto de detención, por delito doloso que no admita excarcelación o por delito excarcelable mientras ella no se haga efectiva. La suspensión durará por todo el tiempo que se mantenga el auto de detención sin hacerse efectiva la excarcelación, excepto si se tratare de delitos comprendidos en el Título VII, Libro II del Código Penal o cometidos contra, superiores jerárquicos, en cuyo caso, la suspensión continuará aunque se excarcele al indiciado. Si la suspensión durare más de tres meses dará lugar al despido, y si después de este término se pronunciare auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria firmes, el funcionario o empleado tendrá derecho a ser tomado en cuenta para ocupar cualquier cargo vacante que sea de igual clase al que desempeñaba, todo a juicio de la Comisión. En los casos de este artículo bastará el informe del Juez respectivo para acordar la suspensión.

Postergación en el ascenso y rebaja de categoría

Art. 49.- La postergación en el derecho a ascenso y la rebaja de categoría se aplicarán a los funcionarios o empleados que hubieren sido suspendidos por dos veces en el término de un año. La postergación o la rebaja no excederán de dos años y su duración se determinará tomando en cuenta la gravedad de las faltas que motivaron las suspensiones. Para aplicar estas sanciones serán suficientes las anotaciones que aparezcan en el libro de registro de funcionarios y empleados, llevado por el Tribunal.

¹⁵⁶ Sentencia Ref. 94-2005 de las catorce horas veinticinco minutos del veinticinco de abril de dos mil ocho.

b. Régimen sancionatorio en la Ley de la Carrera Administrativa Municipal

La Ley de la Carrera Administrativa Municipal otorga la competencia para sancionar a los Concejos Municipales, el Alcalde o la Máxima Autoridad Administrativa y funcionarios del nivel de dirección (art. 63 inciso tercero).

La Ley enumera los tipos de sanciones y las infracciones que las originan:

1. Amonestación verbal y escrita,¹⁵⁷
2. Suspensiones¹⁵⁸,
3. Postergaciones en el derecho de ascenso¹⁵⁹,
4. Despidos¹⁶⁰.

El referido cuerpo legal regula además los procedimientos sancionatorios, estableciendo diferencias entre los procedimientos a seguir en caso de

¹⁵⁷ Art. 63.- Serán sancionados con amonestación verbal privada los funcionarios o empleados que cometan faltas leves determinadas en el respectivo reglamento interno y que no impliquen incumplimiento de las obligaciones expresadas en el Art. 60, excepto el incumplimiento ocasional de las comprendidas en el numeral 2 del citado artículo, que se sancionarán de acuerdo a este inciso. En caso de reincidencia, dentro del plazo de dos meses siguientes a la fecha de comisión de la primera falta, la amonestación se hará por escrito.

¹⁵⁸ Art. 64.- Serán sancionados con suspensión sin goce de sueldo hasta por treinta días los funcionarios o empleados que no cumplan con las obligaciones indicadas en el Art. 60, excepción hecha del caso contemplado en el artículo anterior.

Las suspensiones hasta por cinco días, podrán ser impuestas por los Concejos, Alcaldes o las Máximas Autoridades Administrativas de las Entidades Municipales, dando audiencia por el término de tres días al servidor público, a fin que se pronuncie sobre las imputaciones que se le hacen. Si no contestare o manifestare su conformidad, la autoridad competente decretará la suspensión. Si contestare oponiéndose, abrirá el procedimiento a prueba por el término de cuatro días improrrogables, a fin que se aporten las pruebas que estimaren procedentes, y vencido este término, resolverá lo pertinente dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. Este tipo de suspensiones no cuentan para los efectos del Art. 68. Las suspensiones por más de cinco días serán impuestas por el Concejo o el Alcalde o la Máxima Autoridad Administrativa, previa autorización de la respectiva Comisión Municipal y de acuerdo al procedimiento establecido en esta ley.

¹⁵⁹ Art. 66.- Las postergaciones en el derecho de ascenso serán impuestas por el Consejo o el Alcalde, o la Máxima Autoridad Administrativa, previa autorización de la respectiva Comisión Municipal y de acuerdo al procedimiento establecido en esta ley.

La postergación en el derecho a ascenso se aplicará a funcionarios o empleados que hayan sido reprobados en la evaluación de desempeño o en las capacitaciones recibidas o hubiere sido suspendido dos o más veces de acuerdo al inciso tercero del artículo 63, en el año anterior a la fecha en que le corresponda ascender. La postergación del derecho de ascenso no excederá de dos años contados desde la fecha en que sucediere la causa que motivó dicha postergación.

¹⁶⁰ Será analizado en el capítulo siguiente

amonestación verbal o escrita y otras sanciones de mayor gravedad. Para las amonestaciones, el procedimiento es mucho más expedito y sencillo¹⁶¹.

Nuestra Sala de lo Constitucional se ha pronunciado sobre la procedencia de la configuración de procedimientos sancionatorios orales y expeditos, atendiendo a la naturaleza de las infracciones, abordando el tema en el análisis de las multas para infracción de tránsito¹⁶²:

“considerando que el procedimiento administrativo es un conjunto de actos administrativos, dicho procedimiento también puede hacerse de forma escrita o verbal, según la clase de actos que lo conformen.

B. Por otra parte, en relación con el procedimiento administrativo sancionador, existen dos tipos de infracciones sancionables: (i) infracciones advertidas *in fraganti*; y (ii) infracciones advertidas *a posteriori*.

En el caso de las sanciones a infracciones advertidas *in fraganti*, tanto el procedimiento como los actos administrativos que lo conforman pueden hacerse de forma verbal ante el respectivo delegado de la Administración –v. gr, agente de tránsito, delegados, etc.–, ya que la administración no prepara previamente su argumentación y por su parte el administrado conoce, en el momento, los argumentos en virtud de los cuales se le atribuye el cometimiento de un hecho ilícito; en consecuencia, los medios probatorios conducentes en estos casos difícilmente podrían ir más allá de la presentación en el acto de documentos que el

¹⁶¹ Art. 69.- El Concejo Municipal, el Alcalde, la Máxima Autoridad Administrativa o el funcionario de nivel de dirección, comprobado que haya sido el hecho que motiva la amonestación, mandará a oír al empleado o funcionario para que exprese las justificaciones que tenga a su favor y si a juicio de la autoridad que lo mandó a oír, el empleado o funcionario no justificare su actuación, en el mismo acto lo amonestará oralmente, levantando acta de lo actuado.

En los casos de amonestación por escrito a que se refiere el Art. 63, se seguirá el procedimiento establecido en el inciso anterior, y en caso de ser procedente, se resolverá así, haciéndose constar en el acta la reincidencia. La nota de amonestación, podrá entregarse al funcionario o empleado infractor en el mismo acto o con posterioridad a la firma del acta respectiva.

¹⁶² Sentencia referencia 30-96/10-97/10-99/29-2001, de las nueve horas del día quince de marzo de dos mil dos.

administrado está obligado a tener consigo, o bien una argumentación tendente a justificar o negar el cometimiento de la infracción, ya sea mediante la declaración del supuesto infractor o la de testigos, cuyo contenido sería el mismo independientemente de que se haga en el acto ante el delegado de la administración o, con posterioridad, ante una autoridad administrativa superior, pues el transcurso del tiempo entre la notificación de la infracción y la realización de la audiencia, en este caso, no guarda relación con la posibilidad de incrementar la calidad o la cantidad de los medios probatorios a aportar.

Dicho procedimiento verbal deberá conceder una real oportunidad de defensa, dentro de los límites de un procedimiento de esta clase: (i) informar al supuesto infractor, con claridad y citando el fundamento jurídico pertinente, la infracción que se le atribuye; (ii) permitir al administrado recurrir a una defensoría técnica, cuando le sea posible; (iii) conceder al interesado la oportunidad de alegar y presentar los medios probatorios conducentes, que le sean disponibles en el acto, para desvirtuar o justificar la supuesta infracción; (iv) dejar constancia de la audiencia conferida al administrado, en acta que deberá contener los aspectos anteriormente señalados y una motivación tendente a justificar la sanción impuesta”.

Naturalmente infracciones de mayor gravedad, que dan lugar a la imposición de sanciones más graves, requieren de un procedimiento más amplio y garantista. En esa línea se regulan los procedimientos para el caso de suspensión y postergación en el derecho de ascenso¹⁶³, los procedimientos en caso de despido¹⁶⁴ y en la suspensión previa¹⁶⁵.

c. Régimen sancionatorio en la Ley de la Carrera Docente

Como se ha señalado, algunos sectores de la Administración, como el ámbito de docentes, se encuentran regulados por una normativa especial, con finalidades y principios que le son propios.

En esa línea la Ley de la Carrera Docente regula las sanciones al personal docente, atendiendo a conductas infractoras que atenten directamente con los fines que su función tiene encomendada.

Las infracciones se clasifican de acuerdo, a la gravedad, la cual se encuentra en íntima relación con el incumplimiento de los fines que les han sido encomendados, en su caso, el correcto ejercicio de la docencia, el trato adecuado y respeto a los alumnos y al centro educativo, entre otros parámetros.

En esa línea, el Art. 53 dispone que las faltas se clasifican en: Menos graves, graves y muy graves.

¹⁶³ Art. 70.- Los Concejos Municipales, Alcaldes o Máximas Autoridades Administrativas, que decidan suspender sin goce de sueldo o postergar el derecho de ascenso a un empleado o funcionario, lo harán saber a la Comisión Municipal, por escrito en original y copia, expresando las razones legales que tuvieren para hacerlo, los hechos en que la fundan y ofreciendo las pruebas del caso a efecto de que la suspensión o postergación sea autorizada. Recibida la solicitud, la Comisión dará traslado al demandado por dos días hábiles para que la conteste, entregándole copia de la misma y si el demandado no contestare o manifestare su conformidad, la Comisión autorizará la suspensión o postergación. Si contestare oponiéndose, emplazará a ambas partes para que dentro del término de cuatro días hábiles, contados a partir de la última notificación, aporten las pruebas que estimaren procedentes y vencido este término, resolverá lo pertinente dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

¹⁶⁴ Estos serán analizados en el capítulo siguiente

¹⁶⁵ Art. 72.- En los casos de faltas graves en que la permanencia del infractor constituya grave peligro o problema para el normal funcionamiento de la administración, se podrá acordar la suspensión previa del funcionario o empleado, debiéndose iniciar el procedimiento de despido dentro de los tres días hábiles de ser emitido el Acuerdo Municipal o Administrativo según corresponda. Cuando la resolución definitiva quede firme y denegare la autorización del despido, el funcionario o empleado deberá ser restituido y se le cancelarán los sueldos que correspondan al lapso de la suspensión.

Las faltas menos graves están relacionadas con incumplimientos a labores docentes como impuntualidad, negligencia, o conductas impropias como fumar cuando se imparte la clase¹⁶⁶.

Se tipifican como faltas graves acciones de desobediencia, irrespeto, negligencia, actitudes impropias a la cátedra o reincidencia en faltas leves¹⁶⁷. Finalmente, el legislador tipifica como faltas muy graves conductas u omisiones que riñen directamente con los fines que persigue su labor¹⁶⁸, tales como observar en su vida privada conducta notoriamente viciada; Cometer actos inmorales dentro de los centros educativos o lugares de trabajo o fuera de estos; Cobrar o establecer cuotas sociales a título personal o institucional o apropiarse de ellas, entre otras.

Ante tales conductas se establecen como sanciones la amonestación escrita¹⁶⁹; suspensión sin goce de sueldo¹⁷⁰; y, despido (Art. 57). Asimismo, se regula como sanción accesoria la inhabilitación para el ejercicio de la docencia¹⁷¹.

¹⁶⁶ Conforme al Art. 54 son faltas menos graves: 1) Usar indebidamente los materiales didácticos y demás implementos o bienes destinados al servicio del centro educativo; 2) La negligencia e impuntualidad en el desempeño de sus labores; 3) Realizar cualquier clase de propaganda o actividad que entorpezca las labores docentes; y, 4) Fumar mientras imparte clases.

¹⁶⁷ Conforme al Art. 55.- Son faltas graves: 1) Cometer actos que perturben el normal desarrollo de las labores; 2) Desobedecer a sus superiores en forma manifiesta, sin motivo justo y siempre que se trate de asuntos relacionados con el desempeño laboral; 3) Proferir expresiones o cometer actos irrespetuosos en contra de sus superiores, compañeros de trabajo, educandos, padres de familia, dentro de los centros educativos y lugares de trabajo o fuera de éstos, cuando el educador se encontrare en el ejercicio de sus funciones; 4) Negarse sin causa justificada a asistir a cursos de capacitación o especialización profesional; 5) Faltar a sus labores sin permiso de su superior sin causa justificada; 6) Influir en las decisiones políticas partidistas y gremiales de sus subalternos y educandos; 7) Hacer cualquier clase de propaganda o actividad partidista dentro de los centros educativos u oficinas; 8) Efectuar colectas o exigir pronunciamientos o adhesiones de los educadores de cualquier naturaleza que aquéllas fueren; 9) Ostentar en las escuelas u oficinas de trabajo distintivos, emblemas u otros objetos que los acrediten como integrantes de un partido político; 10) Laborar en otro centro educativo, durante su jornada de trabajo oficial; y, 11) Cometer una segunda falta menos grave.

¹⁶⁸ Conforme al Art. 56 se encuentran entre las principales faltas muy graves: 1) Observar en su vida privada conducta notoriamente viciada; 2) Negarse sin justa causa a integrar el Tribunal Calificador, las Juntas de la Carrera Docente o el Tribunal de la Carrera Docente en que hubiese sido nombrado o electo; 3) Cometer actos inmorales dentro de los centros educativos o lugares de trabajo o fuera de estos; 4) Ingerir bebidas embriagantes o usar drogas alucinógenas, estupefacientes o enervantes dentro de los centros educativos o en el lugar que el educador desempeñe sus labores o presentarse al desempeño de su cargo en estado de ebriedad o bajo la influencia de drogas; entre otras.

¹⁶⁹ Es aplicada en los casos de faltas menos graves. La amonestación consistirá en la reclamación al infractor por la falta cometida, exposición de las consecuencias perjudiciales de la misma a la buena marcha de las labores y la conminación a que no vuelva a repetirse su comportamiento, bajo pena de considerarse en caso de reincidencia como de mayor gravedad (Art. 58).

Los órganos competentes para sancionar son las Juntas de la Carrera Docente y el Tribunal de la Carrera Docente, en vía de apelación. (Art. 65).

La Ley permite que los procedimientos inicien de oficio o mediante denuncia verbal o escrita, la cual debe contener los requisitos enunciados en el Art. 78. Se otorga facultad para denunciar a las organizaciones gremiales de maestros legalmente constituidas, a los educadores, el Consejo Directivo Escolar y los padres de familia que tengan hijos matriculados en la institución y los alumnos de la misma (Art. 79). El procedimiento básico se encuentra regulado de los artículos 80 al 84.

Sobre el carácter informal de la denuncia, la Sala de lo Contencioso Administrativo¹⁷², al conocer de una demanda en que se alegaba que la denuncia con que se inició el trámite sancionador fue hecha por cuatro alumnos de forma simultánea, la Sala aclaró que la determinación del procedimiento administrativo a seguir en este caso, se encuentra en los artículos 77 al 91 de la Ley de la Carrera Docente, y que un estudio de las referidas disposiciones lleva a concluir ***que la respectiva denuncia, como acto jurídico del administrado, no está sujeta a formalidades especiales, y que en la referida normativa no aparece prohibición expresa para que dicha diligencia pueda realizarse por varios denunciantes al mismo tiempo y en una misma acta.***

¹⁷⁰ Conforme al Art. 59, la suspensión en el desempeño de su cargo, sin goce de sueldo, de tres a treinta días, deberá ser aplicada en los casos de faltas graves y demás de treinta a sesenta días en el caso de faltas muy graves. La suspensión sin goce de sueldo consistirá en la separación temporal del educador del cargo que desempeñe, por un lapso enmarcado en los límites mínimos y máximos previstos en el inciso anterior, durante el cual no devengará sueldo ni emolumento alguno.

¹⁷¹ Conforme al Art. 62 la inhabilitación para el ejercicio de la docencia es una sanción accesoria al despido del cargo, consistente en la prohibición impuesta al infractor de ejercer la docencia al servicio de las instituciones educativas del Estado, municipales y de las privadas, cuando se considere que tal ejercicio puede representar un grave riesgo para los educandos, compañeros de trabajo, así como cuando las faltas que originaron el despido sean de tal gravedad que lo vuelvan indigno de ejercer la docencia. Según dispone el Art. 63 únicamente será impuesta en el caso del numeral 1 del Art. 61, sólo si cualquiera de ambas faltas muy graves es una de las contempladas en los numerales 1,3, 4, 9, 10, 11, 13, 18 y 20 del Art. 56. En el caso de lo comprendido en el numeral 19 del Art. 56, bastará cometer dicha falta por primera vez.

¹⁷² Sentencia Ref. 58-D-99, de las quince horas del día dos de abril de dos mil tres.

d. Régimen sancionatorio en la Ley de la Carrera Judicial

La Ley de la Carrera Judicial tiene como objeto, entre otros, regular las relaciones de servicio de los funcionarios y empleados judiciales con el Órgano Judicial, así como los derechos, deberes, beneficios y sanciones disciplinarias aplicables a los miembros de la Carrera Judicial (Art. 1).

La Jurisprudencia ha aludido expresamente al régimen sancionatorio comprendido en la carrera judicial, en los términos siguientes:

“1- La Ley de la Carrera Judicial recoge dentro de su capítulo X el régimen disciplinario aplicable a los empleados y funcionarios comprendidos dentro de la Carrera Judicial.

Así, el artículo 49 señala que las infracciones se clasifican en: menos graves, graves y muy graves. Por otra parte, prescribe también que las sanciones disciplinarias son: a) amonestación verbal o escrita; b) suspensión en el desempeño del cargo; y, c) remoción del cargo.

A partir de estas reglas generales, del artículo 50 al 52 se hace una relación de los distintos supuestos que constituyen las infracciones. Por último, el régimen disciplinario se complementa con las disposiciones sobre la aplicación de los diversos tipos de sanciones...”¹⁷³.

La autoridad competente para imponer cualesquiera de las sanciones de que trata la ley, será el mismo que tenga la facultad de nombrar al miembro de la Carrera señalado como infractor. (Art. 57)

Conforme al Art. 58 el procedimiento disciplinario se iniciará de oficio o mediante denuncia verbal o escrita. Una vez iniciado el procedimiento será impulsado de oficio, y la tramitación se encuentra regulada en los Arts. 61 y 62.

¹⁷³ Sentencia Referencia 281-C-2002, de las nueve horas del día veintiuno de octubre de dos mil nueve.

La Ley contempla la particularidad de otorgar al procedimiento un carácter reservado¹⁷⁴.

Las conductas constitutivas de infracción se clasifican en menos graves¹⁷⁵, graves¹⁷⁶ y muy graves¹⁷⁷, y las sanciones disciplinarias que esta ley establece son:

- a) Amonestación verbal o escrita;
- b) Suspensión en el desempeño del cargo; y
- c) Remoción del cargo.

Se señala además que los superiores jerárquicos podrán hacer al personal subalterno, las prevenciones que consideren oportunas para mantener la disciplina.

¹⁷⁴ Art. 70.- El procedimiento debe ser de carácter reservado; no se podrá proporcionar información sobre el mismo y tendrán acceso a él únicamente el denunciante y el denunciado o los respectivos apoderados; no habrá lugar a incidentes, ni reconveniones y su tramitación no excederá de sesenta días. De las actuaciones no se podrá extender certificaciones, excepto de la resolución que absuelva al funcionario o servidor judicial del hecho imputado.

¹⁷⁵ De conformidad al Art. 50.- Son infracciones menos graves: a) Proferir expresiones irrespetuosas; b) No asistir a las labores ordinarias sin causa justificada; c) Solicitar o fomentar en forma reiterada la promoción publicitaria de su persona; ch) Realizar actos incompatibles con el decoro del cargo; d) Observar mal comportamiento dentro del tribunal; y e) No atender al público con el debido respeto y diligencia.

¹⁷⁶ De conformidad al Art. 51.- Constituyen infracciones graves: a) Cerrar la oficina injustificadamente; b) Negarse a asistir a los cursos y eventos de capacitación y actualización de conocimientos; c) Incumplir las comisiones que se le asignen; ch) No concurrir a las audiencias o retirarse de ellas, sin causa justificada; d) Permitir que persona no idónea litigue en el tribunal; e) Omitir o retardar injustificadamente los asuntos del despacho o incumplir por descuido o negligencia los términos procesales; f) Negarse a suministrar a sus superiores las informaciones que deban dar o suministrarlas incompletas o inexactas; g) Negar, sin causa razonable, los expedientes a personas autorizadas para ejercer la procuración; h) Permitir que dentro del tribunal y en horas de trabajo, se realicen colectas o actividades comerciales, o participar en ellas; e i) No cumplir con los turnos de trabajo que se establezcan o no trabajar en horas extraordinarias en casos de necesidad.

¹⁷⁷ De conformidad al Art. 52.- Son infracciones muy graves: a) Ejecutar actos graves de inmoralidad en la oficina donde se trabaje o fuera de ella cuando se encontrare en el ejercicio de sus funciones; b) Ingerir bebidas embriagantes o usar drogas en el lugar de trabajo, o presentarse al desempeño de su cargo o empleo en estado de ebriedad, o bajo la influencia de dichas drogas; c) Causar maliciosamente daños materiales en los edificios, máquinas, equipos de oficina y demás enseres del lugar de trabajo o ejecutar actos que pongan directamente en grave peligro al personal del mismo; ch) No asistir a las labores durante dos o más días, consecutivos o alternos, sin causa justificada, dentro de un mismo mes calendario; d) No practicar las diligencias judiciales a que está obligado o negarse a concurrir a los actos que requieren su presencia; e)

Firmar resoluciones sin haber participado en su discusión o no haberse impuesto del contenido de las diligencias; f) prevalerse del cargo para ejercer influencias indebidas; g) Infringir las normas sobre incompatibilidades; h) Conocer en asuntos en los cuales existe impedimento; e i) Participar en una huelga, paro de labores o abandono colectivo de trabajo.

El referido cuerpo legal regula una medida preventiva, consistente en la separación del cargo del funcionario o empleado judicial en casos expresamente tasados¹⁷⁸, tales como, que “constituya un peligro o menoscabe la correcta administración de justicia, o haya producido escándalo social por las circunstancias de los hechos o por la calidad de las personas, o cuando la permanencia del empleado o funcionario en su cargo pueda impedir o entorpecer la investigación del asunto”. Dicha medida es adoptada previo al inicio de un procedimiento, y dura hasta que se pronuncie la resolución definitiva. Por su naturaleza, encaja en la categoría de las medidas cautelares, las cuales se caracterizan por su carácter instrumental al proceso, su provisionalidad, y urgencia.

En Interlocutoria Ref. 141-2002¹⁷⁹, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia abordó el tema, al conocer de una demanda en la cual la peticionaria, una Juez a quien la Corte Suprema de Justicia acordó suspenderla de su cargo en aplicación del Art. 54-A de la Ley de la Carrera Judicial, alegó que se le había privado de un derecho:

“...se advierte que la actora alega que al suspenderle del ejercicio del cargo de Juez de Paz de Jocoaitique la Corte Suprema de Justicia le ha impuesto una sanción que viola flagrantemente su derecho de audiencia, pues se le está separando de su empleo sin la tramitación de un juicio previo.

Al respecto, del análisis de los hechos que se mencionan en la demanda, esta Sala repara que el acto de suspensión contra el cual se reclama, no constituye en puridad un acto privativo de derechos, **sino que el mismo representa una**

¹⁷⁸ Art. 54-A.-Cuando la actuación del funcionario o empleado judicial constituya un peligro o menoscabe la correcta administración de justicia, o haya producido escándalo social por las circunstancias de los hechos o por la calidad de las personas, o cuando la permanencia del empleado o funcionario en su cargo pueda impedir o entorpecer la investigación del asunto, la Corte Suprema de Justicia podrá acordar la suspensión del empleado o funcionario antes de iniciar o en cualquier estado del procedimiento que esta Ley señala para la imposición de sanciones. Dentro de tres días, después de acordada la suspensión, deberá necesariamente iniciarse el procedimiento, en su caso.

La suspensión durará hasta que se pronuncie la resolución definitiva, y si fuere favorable al empleado o funcionario, se le reintegrará en su cargo y deberá pagársele, a costa del Estado, una cantidad equivalente al salario que dejó de devengar durante la suspensión.

¹⁷⁹ De las nueve horas y cuarenta y cinco minutos del día diecisiete de mayo de dos mil dos

medida precautoria, pronunciada en base al artículo 54-A de la Ley de la Carrera Judicial, con el fin de asegurar las resultas del informativo que se instruye actualmente en contra de la peticionaria.

Desde esa perspectiva, es de hacer notar que en el supuesto analizado la suspensión impuesta a la quejosa, con base en el artículo anteriormente citado, **no reviste las características de una sanción**, ya que se trata de un mecanismo tendente a asegurar la eficacia de la decisión que se proveerá en el procedimiento disciplinario antedicho, por lo que aquélla no puede entenderse restrictiva de categoría constitucional alguna.

En efecto, la suspensión atacada ha sido proveída por la Corte Suprema de Justicia a tenor de lo previsto en el artículo 54-A de la Ley de la Carrera Judicial, con el fin de garantizar los intereses institucionales y públicos, debido a las conductas delictivas atribuidas a la señora Sagastizado y que han motivado la decisión de separarla de la judicatura que ejercía, sin que esto signifique una sanción previa al juzgamiento de su conducta profesional, pues ésta –la sanción– tiene por objeto pronunciarse sobre los hechos controvertidos en el procedimiento respectivo”.

CAPÍTULO V

LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

5.1. Naturaleza y características

Relación con el derecho al trabajo y a la estabilidad en el cargo

Sobre su naturaleza, la jurisprudencia ha establecido que la estabilidad laboral comparte la naturaleza del derecho del cual se origina, cual es el derecho al trabajo. Esencialmente, se sostiene que: “*el derecho a la estabilidad comparte la*

naturaleza del derecho del cual se origina -el derecho al trabajo-, en el sentido que ambos obedecen a razones de justicia, libertad e igualdad. Esto porque, tanto en el ámbito privado como en el servicio público, es posible que el empleador - patrono o Estado- pueda, mediante actos arbitrarios, lesionar el contenido del derecho, sea privando sin justa causa, limitando o sometiendo a condiciones irrazonables de ejercicio la puesta en práctica de la capacidad del trabajador para exteriorizar su energía física y psíquica. De manera que, siempre que concurren las circunstancias señaladas supra, cualquier clase de acto ejecutado por el empleador en orden a privar, limitar o someter a condiciones irrazonables el ejercicio del derecho al trabajo, constituye una violación al núcleo o esencia de tal derecho...”¹⁸⁰.

De forma más concreta, se ha señalado que entre las “manifestaciones de categorías protegibles” íntimamente relacionadas con el derecho a trabajo, se destaca el *derecho a la estabilidad laboral de los servidores públicos*¹⁸¹.

Se ha diferenciado además los alcances de la estabilidad laboral y la estabilidad en el cargo, señalándose que: “Hay que distinguir entre lo que se conoce como estabilidad laboral y estabilidad en el puesto o cargo. La estabilidad laboral implica, el derecho de conservar un trabajo o empleo, independientemente de que el trabajador esté sujeto a la posibilidad de traslado de funciones o de un cargo a otro, mientras que la estabilidad en el cargo implica la permanencia en un cargo, puesto o función específicos, sin que se le pueda trasladar sin causa justificada; en consecuencia, puede decirse que la estabilidad laboral es el género y la estabilidad en el cargo o puesto es una especie de ese género, siendo que, quien goza de estabilidad en el cargo goza a la vez de estabilidad laboral, no así a la inversa pues la estabilidad laboral no implica forzosamente estabilidad en el cargo...”¹⁸².

¹⁸⁰ Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad, del día 22 de octubre de 1999, Ref.: 3-93.

¹⁸¹ Sala de lo Constitucional. Sentencia de amparo del día 8 de abril de 2002, en el proceso de Ref.: 327-2002

¹⁸² Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo del día 13 mayo de 1998 en el proceso de Ref.: 265-97

El Convenio de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre estabilidad laboral

Tema obligado de análisis al aludir a la estabilidad laboral es el convenio 158 de la OIT¹⁸³, también denominado Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, en el cual se señala que los países signatarios¹⁸⁴ darán aplicación a las disposiciones del mismo por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional (Artículo 1).

En relación a su ámbito de aplicación, dispone que “El presente Convenio se aplica a todas las ramas de actividad económica y a todas las personas empleadas”¹⁸⁵.

En dicho Convenio se regulan los dos pilares bases de la estabilidad laboral: a. La existencia de una causa justificada para la terminación de la relación laboral¹⁸⁶; y, b. La exigencia de un procedimiento previo a la terminación a la terminación de la relación.

En relación a la existencia de una causa justificada para la terminación de la

¹⁸³ Dado en Ginebra el 22 de junio de 1982. El Salvador no ha ratificado este convenio. No obstante, sí ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En los comentarios generales al Pacto en 2005, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hizo referencia expresa a los principios de la OIT.

¹⁸⁴ Se dispone en el Artículo 16 que el Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

¹⁸⁵ Aunque luego señala que Todo Miembro podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a las siguientes categorías de personas empleadas: -a) los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar determinada tarea; b) los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable; c) los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración.

¹⁸⁶ Se dispone en el Artículo 4 que -No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

relación, es interesante comentar que el Convenio no regula un listado de potenciales causas de terminación, sino, establece los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación¹⁸⁷, señalando esencialmente causas relacionadas con el ejercicio de derechos laborales (por ejemplo el pertenecer a sindicatos, ejercer acciones de defensa de los trabajadores) ni causas que reflejen discriminación, asimismo, no puede ser causa de terminación una ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión justificada.

En cuanto a la exigencia de un procedimiento previo a la terminación de la relación, se establece que debe configurarse un procedimiento que otorgue al empleado la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él¹⁸⁸.

El Convenio dispone además que el empleado que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá el derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro (Art. 8).

Se regula también que el trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización, a menos que sea culpable de una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el plazo de preaviso (Art.11).

¹⁸⁷ El Artículo 5 a su tenor literal dispone: -Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad. Y el artículo 6 dispone que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo.

¹⁸⁸ El Artículo 7 dispone que no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.

Vinculación de la estabilidad con el carácter de servidor público y los fines perseguidos

Es comúnmente aceptado por la doctrina que la estabilidad laboral propiamente dicha, funciona para los servidores públicos, mientras para los regidos por una relación de empleo funciona la así llamada estabilidad *im-propia*¹⁸⁹.

La citada afirmación tiene una clara razón de ser a la luz del interés que en última instancia se busca tutelar: el *interés general* a que están encaminados los servicios que estos sujetos prestan.

En esa línea, nuestra jurisprudencia ha señalado expresamente respecto al régimen de los servidores públicos “el interés que determina su labor se vincula estrictamente con las necesidades y conveniencias generales, delimitadas por el ordenamiento jurídico –Constitución y leyes administrativas- y desarrolladas por los entes públicos. *El interés que se satisface es el interés de la población, que es la que recibe los servicios públicos –seguridad ciudadana, salud pública, educación, etc. –o ve realizadas debidamente las funciones públicas....*”¹⁹⁰.

La citada jurisprudencia sostiene que las normas que rigen la relación laboral “no ponen el acento en la tutela del trabajador, ni en la visión del beneficio económico de la empresa, sino, por el contrario, *en el ejercicio permanente, continuo y eficaz de la función administrativa como medio para la obtención del bien común...*”.

Lo anterior permite sentar una premisa básica: ***los servidores públicos requieren de estabilidad para el ejercicio de funciones que por su naturaleza son permanentes.***

¹⁸⁹ *Estabilidad laboral. Aportes*, Revista Científica Equipo Federal del Trabajo - Núm. 47, Abril 2009. En: <http://vlex.com/vid/79930607>. (Consultado el 2 de octubre de 2011).

¹⁹⁰ Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad de las diez horas y cincuenta minutos del dieciséis de octubre de dos mil siete, en el proceso de ref. 63-2007/69-2007,

En la citada jurisprudencia se sostiene que: “Los servidores públicos, a diferencia de los trabajadores del sector privado, cuentan en este punto con una serie de prerrogativas derivadas del hecho que el Estado y los servicios públicos que presta son permanentes; no pueden, de manera alguna, dejar de cumplir sus funciones. En armonía con las ideas antes expuestas, este Tribunal ha aclarado que el derecho a la estabilidad laboral “no está concebido en beneficio de la persona física que ocupa el cargo, sino que el mismo actúa como garantía para que las actuaciones de los servidores públicos se ajusten a la Constitución y a la ley. Y es que la estructura orgánica del Estado no responde a intereses particulares, sino que debe considerarse portadora de un interés público, *por lo que el elemento garantizador de la situación del servidor público -la estabilidad en el cargo- es, en puridad, garantía de la realización del interés público....*”.

La Sala de lo Constitucional ha puntualizado, además, que dicha protección obedece a neutralizar las denominadas “políticas de despojo”. Esto es, obligar al servidor público a servir a intereses partidarios por el temor a la destitución, cesación o despido; y asimismo, a razones de tipo técnico, en el sentido que la estabilidad en el cargo es exigida por la especialización de las funciones a través de la experiencia en el cargo. La relatividad atiende a que la estabilidad no implica en forma alguna la inamovilidad del servidor público, ya que por su naturaleza, la estabilidad laboral *tiene un carácter relativo*.

Dicho carácter se ha concretado al señalar que el derecho a conservar el empleo requiere que concurren los factores siguientes: (1) Que subsista el puesto de trabajo; (2) Que el trabajador no pierda su capacidad física o mental para desempeñar el cargo; (3) Que el cargo se desempeñe con eficiencia; (4) Que no se cometa falta grave que la ley considere como causal de despido; (5) Que subsista la institución para la cual se presta el servicio. Siendo coherentes con lo que establece nuestra Constitución, habría que agregar como otro factor

determinante de la estabilidad en el cargo el hecho de que el puesto no sea de aquellos que requieran de confianza, ya sea personal o política”¹⁹¹.

Tal relativización es totalmente congruente con la finalidad de la debida prestación de los servicios públicos-y en general del debido ejercicio de las funciones públicas- ya que naturalmente no puede predicarse el derecho a continuar con una relación de servicio público respecto a aquellos empleados que hayan dado motivo para decidir su separación del cargo, que no presenten garantía de buen acierto en el trabajo, o en general, afecten el debido ejercicio de la función administrativa. Naturalmente, previo a una destitución o remoción, debe tramitarse un procedimiento en el que se aseguren oportunidades reales de defensa para el afectado.

Es por ello, que el derecho a la estabilidad laboral surte plenamente sus efectos frente a remociones o destituciones arbitrarias realizadas con transgresión de la Constitución y las leyes. Por el contrario, la estabilidad laboral se ve legítimamente interrumpida cuando concurre algún motivo que dé lugar a la separación del cargo que desempeñe.

Como líneas gruesas de análisis, en los apartados siguientes haremos alusión a la regulación de la estabilidad laboral en distintos cuerpos legales, analizando dos ámbitos fundamentales que la llenan de contenido:

- a) Las causas justificadas para la terminación de la relación laboral; y,
- b) La existencia de un procedimiento previo a la terminación de la relación. En este punto se analizará las autoridades y tribunales competentes para su tramitación.

¹⁹¹ Sala de lo Constitucional. Sentencia de amparo del día 18 de abril de dos mil siete, en el proceso de referencia 468-2005.

5.2. La estabilidad de los servidores amparados en la carrera administrativa.

Como se señaló en capítulos anteriores, *el régimen bajo el cual se ubica el servidor público, determina sus derechos y obligaciones, así como los alcances de la estabilidad laboral*¹⁹².

En esta línea, la estabilidad laboral en su más amplia expresión se regula respecto de *los servidores públicos amparados en la carrera administrativa*, entendido el término como la regulación genérica del estatuto de los servidores públicos.

Como ya se ha analizado, la regulación básica de dicho estatuto se encuentran en la Ley de Servicio Civil, a la cual hemos denominado “norma jurídica madre” y general del régimen de los servidores públicos. Junto a ella analizaremos la estabilidad laboral en ley creada para regular la carrera administrativa en un sector especial: las municipalidades.

Estabilidad laboral en la Ley de Servicio Civil

Hemos ya señalado en otros apartados que la carrera administrativa constituye la *“regulación general que comprende los componentes esenciales y básicos que deberán regir en todas aquellas áreas en las que el servicio profesional personal al Estado se encuentre sometido a un régimen de carrera”*¹⁹³.

En relación a las causas que justifican la destitución –primer componente del respeto a la estabilidad laboral- la referida Ley de Servicio Civil dispone expresamente que los servidores públicos sólo puedan ser destituidos o despedidos con causa legalmente establecida y bajo los procedimientos legalmente establecidos. Puntualmente, el Art. 52 establece: “Los funcionarios y empleados públicos o municipales que pertenezcan a la carrera administrativa

¹⁹² Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de las quince horas del día veintiocho de febrero de dos mil uno en el proceso de Ref. 123-R-2000.

¹⁹³ Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad del día 21 de julio de 2010, en el proceso de referencia 32-2010.

sólo podrán ser despedidos o destituidos de su cargos o empleos por las causales establecidas en esta ley y mediante los procedimientos que en este Capítulo se indican”.

El referido cuerpo legal regula, además, la estabilidad en el cargo como un derecho expreso del servidor público en los términos siguientes: “Art. 29.-Los funcionarios y empleados comprendidos en la carrera administrativa y protegidos por esta ley gozarán de los derechos siguientes: a) De permanencia *en el cargo o empleo*. En consecuencia, no podrán ser destituidos, despedidos, suspendidos, permutados, trasladados o rebajados de categoría sino en los casos y con los requisitos que establezca esta ley.”.

Es destacable que según el cuerpo normativo en referencia las distintas sanciones como la multa, suspensión sin goce de sueldo, la postergación en el derecho a ascenso, la rebaja de categoría y el **despido o destitución** sólo puedan ser impuestos por la Comisión de Servicio Civil de la dependencia a la cual pertenezca el funcionario o empleado, la que procederá en la forma que establece dicha ley. De estas resoluciones se admitirá recurso de revisión para ante el Tribunal de Servicio Civil¹⁹⁴.

Dicho recurso puede ser planteado por la autoridad o jefe y el funcionario o empleado interesado para ante el Tribunal de Servicio Civil. El recurso, para ser admisible, deberá interponerse por escrito dentro de los tres días hábiles contados desde el siguiente al de la respectiva notificación, ante la Comisión sentenciadora y en él se expresarán de una sola vez los motivos que se tengan para impugnar la resolución¹⁹⁵.

Igualmente, la Ley de Servicio Civil plantea que las destituciones de funcionarios o empleados que se efectúen sin causa ninguna o por causa no establecida en

¹⁹⁴ Artículo 42 inciso segundo.

¹⁹⁵ Artículo 56 Ley de Servicio Civil.

dicha Ley, o sin observarse los procedimientos en ella prevenidos, serán nulos. En tales casos el empleado o funcionario destituido o despedido, dentro de los tres meses siguientes al hecho, podrá dirigirse por escrito al Tribunal de Servicio Civil, dándole cuenta de su destitución o despido. Teniendo el Tribunal la facultad de declarar la nulidad del despido o destitución y ordenar la restitución en el cargo¹⁹⁶.

Ya hemos comentado en capítulos anteriores la reforma al Art. 4¹⁹⁷, mediante la cual cualquier persona que preste servicios de carácter permanente, propios del funcionamiento de las instituciones públicas, que haya ingresado a la Administración bajo el régimen de contrato, estará comprendida en la Carrera Administrativa, salvo contratos celebrados por la Asamblea Legislativa, o contratos celebrados con posterioridad al 31 de enero de 2009.

La tutela de los referidos empleados ha enfrentado un problema práctico, ya que algunas instituciones han alegado que la misma no debe aplicarse, tachándola de inconstitucional por pretender amparar contratos suscritos antes de su vigencia¹⁹⁸.

También ha sido punto de polémica cuál sería el Tribunal que conocería sobre las impugnaciones relacionadas con la estabilidad de dichos servidores. Ante ello, la Sala de lo Civil¹⁹⁹ ya estableció criterio al conocer en apelación de resolución mediante la cual una Cámara de lo Laboral se declaró incompetente para conocer de un juicio ordinario individual de trabajo, aludiendo a la referida reforma en los términos siguientes: «la posibilidad de Reinvidicar (sic) derechos en el marco del Código de Trabajo a la fecha antes dicha ya no existe, como pudo haberlo sido en el pasado cuando el ad quem resolvió ser competente para el conocimiento de esos casos. En estas circunstancias la tutela corresponde claramente a la Ley de

¹⁹⁶ Artículo 61 Ley de Servicio Civil.

¹⁹⁷ Decreto Legislativo No. 10 de fecha 20 de mayo de 2009, publicado en el Diario Oficial No. 94, Tomo 383 de fecha 25 de mayo de 2009.

¹⁹⁸ Tal como se relata en sentencia I-173-2010 del Tribunal de Servicio Civil, de las doce horas y cinco minutos del día quince de abril de dos mil once.

¹⁹⁹ Sentencia emitida en recurso de apelación 91-APL-2010, de las once horas con siete minutos del día catorce de septiembre de 2010.

Servicio Civil, dado que el despido ocurrió como puede verse durante la vigencia del decreto antes citado como consta en la demanda referida. En atención a lo dicho se resuelve: DECLÁRASE INCOMPETENTE este Tribunal por razón de la materia”.

La Sala confirmó dicha resolución²⁰⁰, sosteniendo como premisas básicas: “la reforma objeto de estudio, está orientada a garantizar la estabilidad laboral de los empleados públicos que se encuentran bajo el régimen de contrato, inclusive a los trabajadores que prestan sus servicios al Estado, en las condiciones antes dichas...”. “Al suscitarse la reforma, los trabajadores vinculados a las instituciones públicas, mediante el uso de contratos fuera del margen del citado Art. 83, automáticamente fueron incluidos a la Carrera Administrativa, tal como lo dispone el Art. 4 incisos 2º, y 4º, de la citada ley, que literal y respectivamente”. “Por tanto ya no es posible seguir sosteniendo en estos casos, que les es aplicable el Código de Trabajo, pues existe una ley expresa que los ampara”. *Por ende, concluyó que era aplicable la Ley de Servicio Civil, y que por tanto, se confirmaba la sentencia emitida por la Cámara de lo Laboral. Esto implica, naturalmente, que debían conocer los órganos creados en dicha ley.*

En síntesis, más allá de estos problemas de aplicación práctica, podemos afirmar que la estabilidad laboral en la carrera administrativa para los empleados amparados por la Ley de Servicio Civil se encuentra ampliamente regulada, como consecuencia lógica ante la realización de funciones administrativas *de carácter permanente que requieren dotarse de continuidad para su debida prestación, y del estatuto de protección de que están dotados los miembros de la carrera administrativa.*

²⁰⁰ Para entrar a realizar el análisis aclaró que –en ningún momento se está tratando de dirimir un conflicto de competencia por no haberse suscitado el mismo, sino que será con el objeto de establecer si la resolución impugnada se encuentra apegada o no a derecho”.

La estabilidad laboral en la Ley de la Carrera Administrativa Municipal

Como se señaló en apartados anteriores, este cuerpo normativo crea órganos encargados de su aplicación, específicamente las llamadas *Comisiones Municipales de la Carrera Administrativa*²⁰¹, encargadas de aplicar el estatuto municipal a los servidores públicos de su competencia, pero en lo relativo al régimen de despido, no se otorga al Municipio la potestad de resolver en definitiva sobre la destitución de sus servidores, sino, la decisión del Concejo Municipal, el Alcalde o la máxima autoridad administrativa **requiere previa autorización** del Juez de lo Laboral o del Juez con competencia en esa materia, del Municipio de que se trate o del Municipio establecido²⁰².

Seguidamente, los Art. 71 y 72 Inc. 2º del cuerpo normativo aludido, al establecer el procedimiento judicial de autorización, dejan claro que la autoridad judicial puede o no avalar el despido. Por tanto, evidentemente *la decisión del despido no depende del funcionario municipal sino del Juez*.

Tal estructura puede ser objeto de polémica, ya que de conformidad a lo dispuesto en el Art. 204, Ord. 4º de la Constitución, la autonomía del Municipio comprende nombrar y **remover** a los empleados de su competencia.

Desde tal perspectiva, podría cuestionarse que el despido por razones justificadas y su trámite deberían ser objeto de un procedimiento administrativo municipal y no ser de traslado a sede judicial, ya que involucrar a una autoridad ajena en el

²⁰¹ Integradas por un representante del Consejo Municipal, el Alcalde o sus representantes; un representante de los servidores municipales de los niveles de dirección y técnico, y un representante de los servidores públicos de los niveles de soporte administrativo y operativo; y en el caso de asocio de dos o más municipios, los miembros de la Comisión serán cuatro: uno por los Concejos Municipales, otro por los Alcaldes Municipales, otro por los servidores públicos de los niveles de dirección y técnico y otro por los servidores públicos de los niveles de soporte administrativo y operativo de todas las municipalidades que actúen asociadamente.

²⁰² A su tenor literal el Art. 67 dispone que –Las sanciones de despido serán impuestas por el Concejo, el Alcalde o la Máxima Autoridad Administrativa, según el caso, previa autorización del Juez de lo Laboral o del Juez con competencia en esa materia, del Municipio de que se trate o del domicilio establecido, en caso de actuación asociada de las municipalidades o de las entidades municipales, de acuerdo al procedimiento contemplado en esta ley.

proceso de remoción de un servidor público municipal, podría perfilarse como una invasión a la autonomía municipal otorgada por la Constitución a estos entes descentralizados por territorio.

Sobre la autonomía municipal, la Sala de lo Constitucional²⁰³ ha sostenido como premisas fundamentales:

- “La idea que subyace a ese reconocimiento constitucional, es garantizar *la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos*, en beneficio de sus habitantes; se habla, pues, de una *capacidad efectiva de autogobierno local, que el legislador no debe ignorar y que, además, obliga a que las normas legales que reconozcan o supriman competencias locales sean enjuiciadas en sede constitucional*”;

- “En ese sentido, *el espacio constitucionalmente reservado de la autonomía local no está vacío de contenido, de manera que resulte totalmente disponible por el legislador*. La Administración local no es sólo una autonomía “en el marco de la ley” sino en un marco constitucionalmente garantizado”;

- Debe tenerse en cuenta que la finalidad del Constituyente es permitir el establecimiento de un ***régimen especial para el gobierno y administración del municipio adecuado a sus necesidades peculiares***, es decir, la Ley Suprema les asegura una capacidad para reaccionar de manera más objetiva, inmediata y flexible a sus propios intereses;

- Estos *intereses locales*, a diferencia de los nacionales, están al servicio predominantemente de las pretensiones de las poblaciones correspondientes, sin salirse del marco material –o competencial– y territorial, que ha sido distribuido constitucional y legalmente. Desde esta perspectiva, el *interés local* tiene por objeto la mejor organización de los servicios y el cumplimiento de las funciones encomendadas al Gobierno Municipal en la circunscripción territorial de que se trate, a partir de criterios administrativos; es decir, la administración de aquellos

²⁰³ Sentencia de Inconstitucionalidad referencia 35-2002/38-2003/1-2004/4-2004, de las catorce horas y veinticinco minutos del veintitrés de octubre de dos mil siete.

aspectos que afecten propia y particularmente a la localidad sobre la cual se ejerce el gobierno; y que,

- La Asamblea Legislativa puede ejercer su marco de atribuciones *en la definición legal de competencias municipales*, siempre que respete la autonomía de los Municipios reconocida constitucionalmente para el ejercicio de sus funciones en la procura de los intereses de la localidad de que se trate; lo que posibilitará un adecuado equilibrio en el ejercicio de la función constitucional encomendada al legislador de garantizar los mínimos competenciales que dotan de contenido y efectividad a la garantía de la autonomía local, ya que la Constitución no se ocupa de la fijación detallada de tales competencias.

En esa línea, se reitera, podría cuestionarse la decisión del legislador de limitar la potestad *per se* del Municipio de remover a los empleados de su competencia – otorgada constitucionalmente- y sacarla así del ámbito de decisión de intereses locales tendientes al mejor gobierno Municipal, competencia en base a la cual, los Municipios podrían por causa legalmente justificada y previo el debido procedimiento, nombrar y remover a los empleados municipales en aras de dicho interés.

No obstante, desde otra perspectiva puede considerarse que no existe vulneración a la autonomía municipal, sino que lo que se presenta es un equilibrio entre la facultad de remoción que puede ejercer el Municipio y la estabilidad laboral, lo cual involucra las garantías constitucionales y el derecho a la protección jurisdiccional contemplada en el Art. 2 y 172 Cn.

En ese orden, se podría considerar que la Municipalidad ejerce su autonomía en tanto califica liminarmente las potenciales causas de despido, pero a fin de evitarse arbitrariedades o posturas políticas de remoción, la decisión debe ser avalada por el Órgano Judicial.

En este punto es interesante citar que antes de la vigencia del citado cuerpo legal²⁰⁴, ya la Sala de lo Constitucional²⁰⁵ se había pronunciado sobre los alcances del Art. 204 ordinal 4º de la Constitución, señalando que:

“resulta indispensable analizar el artículo 204 número 4 de la Constitución, el cual establece lo siguiente: "La autonomía del Municipio comprende: 4º.- Nombrar y remover a los funcionarios y empleados de sus dependencias". La Constitución debe entenderse como un todo coherente cuyos artículos no pueden ser interpretados aisladamente sino de conformidad con el todo. Así, el artículo 204 número 4, ***debe interpretarse en consonancia con el artículo 11 de la misma Constitución, entendiendo que el Municipio tiene autonomía para remover a los funcionarios y empleados de sus dependencias, siendo previamente oídos y vencidos en juicio y con arreglo a las leyes.***” (Los resaltados son propios)

A fin de llenar de contenido los alcances de un procedimiento previo, en dicha sentencia se puntualizó:

“El Art. 11 Cn. señala en esencia que la privación de derechos -para ser válida- necesariamente debe ser precedida de proceso "conforme a ley". Al respecto, tal referencia a la ley no supone que cualquier infracción procesal o procedimental suponga o implique per se violación constitucional, pero sí exige que se respete el contenido esencial del derecho de audiencia. Aspectos esenciales de dicho derecho, de modo genérico y sin carácter taxativo, son: (a) que a la persona a quien se pretende privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso, que no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones infraconstitucionales respectivas; (b) ***que dicho proceso se ventile ante entidades previamente establecidas, que en el caso administrativo***

²⁰⁴ Como ya se ha expuesto Decreto Legislativo N° 1039, de fecha 26 de junio de 2006, publicado en el Diario Oficial N° 103, Tomo 371, de fecha 6 de julio de 2006.

²⁰⁵ Sentencia Sala de lo Constitucional Referencia 249-97, de las diez horas y cinco minutos del día veintitrés de julio de mil novecientos noventa y ocho. En similares términos sentencia 45397, de las quince horas del día cuatro de enero de dos mil.

supone la tramitación ante autoridad competente; (c) que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales; y (d) que la decisión se dicte conforme a las leyes existentes en la época en que se realizó el hecho que la hubiere motivado”. (Los resaltados son propios).

De lo expuesto, podría inferirse liminarmente que la Sala dio bases suficientes para sustentar que el despido exige la tramitación de un procedimiento constitucionalmente configurado, *lo cual no implica necesariamente que dicho procedimiento deba ser tramitado por una autoridad distinta a la Municipal, ya que se reconoce en la misma resolución que: “en el caso administrativo supone la tramitación ante autoridad competente”,* la cual podría ser por su naturaleza la misma Municipalidad.

No obstante, en la citada sentencia, se adopta posteriormente una postura distinta, señalándose que al tratarse de servidores públicos excluidos de la carrera administrativa, correspondía aplicarles la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no comprendidos en la Carrera Administrativa²⁰⁶, ***la cual también remite a un proceso judicial.***

Lo anterior denota lo polémico del tema, bajo lo cual podría inferirse que la Sala ha asumido una postura de equilibrio entre la facultad de remoción que puede ejercer el Municipio y la estabilidad laboral. No obstante, los suscritos consideran que el tema debiese ser objeto de un análisis frontal desde la perspectiva constitucional por la jurisprudencia, a fin de dilucidar cualquier duda al respecto.

Finalmente, en relación a la posibilidad de conocer disputas relacionadas con esta ley ante la Sala de lo Contencioso Administrativo, ya hemos comentado en capítulos anteriores las posturas sobre este mecanismo *sui generis*. Nos limitamos ahora a agregar que la Sala de lo Contencioso Administrativo ha admitido ya

²⁰⁶ Ya que tal como se ha señalado a esa fecha no estaba vigente la Ley de la Carrera Administrativa Municipal.

demandas de Juzgados y Cámaras de lo Laboral, por medio de las cuales se declara y confirma respectivamente la nulidad de despidos realizados por el Concejo Municipal.²⁰⁷

5.3. La estabilidad de los servidores por contrato.

Establecemos como premisa inicial que la estabilidad de los servidores públicos que han ingresado a la Administración mediante la suscripción de un contrato se encuentra dotada de una tutela menor y marcadamente relativizada.

La doctrina tradicional²⁰⁸ sostiene que las personas que laboran por contrato para el Estado son empleados públicos²⁰⁹, pero no gozan de la estabilidad o permanencia que pregonan el Art. 219 de la Constitución, en primer lugar, porque no están comprendidos en la Carrera Administrativa a tenor de lo dispuesto en el Art. 4 de la Ley de Servicio Civil, y en segundo lugar, porque sus contratos están sujetos a plazo de un año, como máximo, pues todos terminan el día treinta y uno de diciembre, según prescribe el Art. 83 número 9) de las Disposiciones Generales de Presupuesto.

En concordancia con dicha postura, conforme la doctrina predominante de la Sala de lo Constitucional y de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, la relativización de la estabilidad laboral se encuentra sustentada en dos líneas esenciales:

- a. La estabilidad se encuentra determinada por los términos del contrato, esencialmente, por el plazo estipulado en el mismo.

Al respecto se ha sostenido que "...La estabilidad laboral del empleado por contrato no puede entenderse en los mismos términos que aquellos que desempeñan un empleo o plaza que aparezca en la Ley de Salarios, para quienes

²⁰⁷ Proceso contencioso administrativo referencia 480-2010, auto de admisión de las ocho horas cinco minutos día diez de febrero de dos mil once.

²⁰⁸ Baños Pacheco, O., *La estabilidad laboral del servicio público en El Salvador Op.Cit.*

²⁰⁹ Sobre este tema expondremos nuestra postura personal más adelante

hay estabilidad o permanencia indefinida, salvo causa legal. En cambio para el empleado por contrato, la estabilidad está determinada *por los términos del mismo.*²¹⁰”

En esa línea, se afirma que el plazo contractual ha sido fijado por mutuo consentimiento, y la estabilidad laboral se constriñe a la duración del mismo por lo que, como regla general, el contrato está sometido a un plazo que el empleado conoce y acepta desde el momento de su suscripción. Por ello, a diferencia del despido, en el cual la relación termina por una decisión unilateral de la Administración, en el caso de los contratos *existió mutuo consentimiento en el plazo de duración estipulado.*

b. No existe un derecho a “ser recontratado” al finalizar el plazo contractual. En congruencia con lo estipulado en el apartado precedente, la referida jurisprudencia sostiene que “después de la finalización de dicho plazo, no existe un “derecho a ser recontratado” por un nuevo período. Naturalmente lo anterior no implica que el empleado pueda ser removido o separado arbitrariamente de su cargo dentro del plazo contractual, esto sólo puede darse por causa legal y previo procedimiento. Lo que aquí se establece es que la Administración no está obligada, *una vez finalizado el plazo contractual*, a su prórroga automática...”²¹¹.

Como corolario lógico, desde dicha perspectiva, la comunicación al servidor público de la decisión de no continuar con la relación laboral no constituye técnicamente un “despido”, sino, la consecuencia de la finalización del plazo y el ejercicio del derecho que tiene la Administración de no prorrogar el contrato. Esta perspectiva ha sido respaldada, entre otros procesos, en un caso en el que, al conocerse sobre un Acuerdo municipal que daba por terminado el contrato civil de prestación de servicios, la Sala de lo Contencioso reiteró que finalizado el plazo, el

²¹⁰Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia definitiva de las quince horas del día veintiocho de febrero de dos mil uno en el proceso de Ref. 123-R-2000.

²¹¹ Ibídem

servidor público no incorpora dentro de su esfera jurídica un derecho subjetivo a ser recontratado²¹².

Recientemente la referida Sala de lo Contencioso²¹³ ha sostenido también que la no renovación de un contrato es una “potestad ejecutiva o de gestión de la Administración Pública”. En un caso concreto en que conoció de la terminación de un contrato en el ámbito municipal, acuñó esta tesis añadiendo: “En el caso de la contratación temporal de personal, el art. 2 No. 5 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal, faculta a la Administración Municipal a contratar bajo esta modalidad, con el propósito que estos desarrollen labores contempladas dentro de partidas presupuestas que obedecen a la solución de necesidades eventuales de ella. Por lo tanto, la finalización de la relación laboral no se debe a una falta del empleado que amerite un proceso sancionatorio, sino que como fue explicado, la relación se extingue por la llegada del plazo”.

Las líneas jurisprudenciales básicas han sido respaldadas por la Sala de lo Constitucional, entre otros, en Amparo Ref. 160-2006 del 24 de julio de 2006, en el cual, esencialmente:

- Se distingue entre la estabilidad laboral para los empleados públicos por contrato y aquellos que poseen una plaza en la Ley de Salarios;
- Se establece que a los empleados por contrato les asiste el derecho de no ser removidos arbitraria y discrecionalmente dentro del plazo de vigencia del contrato;
- No obstante, finalizado dicho plazo, no les asiste el derecho a ser recontratados.

²¹² Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia definitiva de las catorce horas dieciocho minutos, en el proceso de Ref. 114-L-2004.

²¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia interlocutoria de las diez horas diez minutos del diecinueve de enero de dos mil once, en el proceso de Ref. 387-2010.

En similares términos, en reciente sentencia de amparo²¹⁴ se reiteró la postura jurisprudencial en relación a la estabilidad laboral de las personas que se encuentran vinculadas al Estado por medio de un contrato de trabajo, en los términos siguientes: “en estos casos dicha estabilidad está sujeta además a la vigencia del plazo de dicho contrato. En efecto, el marco jurídico de la relación de supra subordinación entre el empleado público y la Administración es, precisamente, el contrato suscrito de común acuerdo entre los sujetos que se obligan; de tal suerte que el empleado público tiene conocimiento, desde el momento de su ingreso, de las condiciones de éste, puesto que mientras no se incorpore a la Ley de Salarios, sus derechos y obligaciones emanan directamente de las cláusulas del contrato. Desde la perspectiva trazada, cabe apuntar para efecto del caso concreto, que la estabilidad laboral del empleado público que presta sus servicios a través de un contrato está condicionada al plazo de vigencia de aquel, el cual de acuerdo al artículo 83 numeral 9 de las Disposiciones Generales de Presupuestos, no puede durar más de un año ni prorrogarse más de dos meses; prórroga que a su vez debe realizarse por resolución y únicamente por el plazo de dos meses mientras se suscribe el nuevo contrato”.

Concluyendo nuevamente que: “una vez finalizado el mismo –es decir, extinguido su marco jurídico referencial–, éstos dejan de ser titulares de dicha categoría constitucional, pues no incorporan dentro de su esfera jurídica un derecho subjetivo a ser contratado otra vez o a ingresar forzosamente a la administración a través de plaza una vez finalizado el contrato o su circunstancial prórroga”.

Ante ello surge la pregunta obligada:

¿Cómo se armoniza esta concepción de la estabilidad laboral “relativizada” aplicable a los empleados por contrato con la estabilidad como garante de la continuidad de los servicios prestados?

²¹⁴ Sala de lo Constitucional. Sentencia 782-2008 de las diez horas con cincuenta y un minutos del día catorce de abril de dos mil diez, en el proceso de Ref. 782-2008.

Como señalamos en apartados precedentes, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha sentado categóricamente que la estabilidad es *en puridad, garantía de la realización del interés público*, y que constituye una forma de proteger contra “políticas de despojo” originadas en los cambios partidarios, y como una protección ante la continuidad exigida por la especialización de las funciones a través de la experiencia en el cargo.

Ante ello nos cuestionamos nuevamente:

¿Esas razones dejan de ser válidas cuando se trata de un servidor público que ha ingresado a la Administración bajo la modalidad de contrato?

La respuesta a tales interrogantes la encontramos en la naturaleza de las funciones realizadas por los servidores públicos que ingresan a la Administración bajo la modalidad de contrato²¹⁵:

El asidero legal para las contrataciones temporales se encuentra en las Disposiciones Generales de Presupuesto, contenidas en el Decreto Legislativo No. 3, del veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, publicado en el Diario Oficial No. 239, Tomo No. 281 del veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, la cual dispone expresamente:

“Contratación de Servicios Personales de carácter profesional o técnico.

Art. 83.- Se podrán contratar servicios personales siempre que concurran las siguientes condiciones:

- a) Que las labores a desempeñar por el contratista sean propias de su profesión o técnica;*
- b) Que sean de carácter profesional o técnico y no de índole administrativa;*
- c) Que aun cuando sean de carácter profesional o técnico no constituyen una actividad regular y continua dentro del organismo contratante;*

²¹⁵ Además de los trabajadores que ingresan por contrato individual de trabajo, que quedan amparados bajo la normativa laboral.

d) *Que no haya en la ley de Salarios plaza vacante con iguales funciones a la que se pretende contratar; y*

e) *Que con la debida anticipación, 15 días como mínimo, se haya presentado la solicitud y obtenido, por escrito, autorización del Ministerio de Hacienda para celebrar el contrato, sin cuyo requisito la Corte de Cuentas de la República no podrá legalizarlo”.*

Como se aprecia, la referida disposición hace alusión expresa al tipo de servicios que pueden ser amparados bajo esta modalidad de contratación: Servicios personales de carácter profesional o técnico. Sumado a lo anterior, dispone expresamente que las labores a desempeñar deban ser de carácter profesional o técnico eventual, y no de índole administrativa; que no deban constituir una actividad regular y continua dentro de la Administración y que no deba existir en la ley de Salarios plaza vacante con iguales funciones a la que se pretende contratar.

Bajo tales restricciones, puede establecerse que dichas contrataciones queden amparadas por una estabilidad limitada al plazo de la contratación, *sin que ello afecte la continuidad de los servicios prestados y la función administrativa*, en concordancia con la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional.

En el numeral nueve del citado Art. 83, se establece que dichos contratos *no podrán firmarse por periodos que excedan al treinta y uno de diciembre de cada año*, pero cuando las necesidades del servicio así lo exijan, podrán prorrogarse por resolución los contratos otorgados en el año anterior, no obstante haber finalizado su vigencia, solo por dos meses mientras se suscribe el nuevo contrato, de ser necesario.

Por tanto, a nuestro juicio lo medular radica en los contratos suscritos bajo la modalidad y condiciones establecidas por las Disposiciones Generales de Presupuesto, que no tienen la virtud de generar en puridad una relación de

derecho administrativo “laboral”, o que el contratado ingrese al servicio público de manera permanente, sino más bien se trata de contratos de prestación de servicios profesionales de carácter civil. Es decir, apartándonos de la postura tradicional, consideramos que los profesionales contratados bajo los supuestos del Art. 83 de las Disposiciones Generales del Presupuesto no causan alta en la Administración, en el sentido que, no son servidores públicos en el sentido estricto del término sino simples contratistas que prestan labores profesionales o técnicas eventuales.

Lo anterior, justifica que su estabilidad laboral sea relativizada al plazo contractual. No obstante, el problema se presenta cuando bajo la modalidad contractual ingresa a la Administración personal *que realiza labores permanentes*.

Entonces nos cuestionamos:

¿Qué sucede con la estabilidad laboral cuando bajo la fórmula del contrato se ingresa a la Administración a realizar labores que son de carácter permanente? ¿Se sacrifica en esos casos la estabilidad laboral como garante de la continuidad de las funciones?

La citada jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional y lo Contencioso Administrativo no aborda dicha problemática, aplicando aparentemente la tesis del plazo contractual a cualquier tipo de contrato, sin distinguir si la relación que del mismo se origina es permanente, transitoria o eventual.

De forma disímil, la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia²¹⁶ ha sostenido que debe realizarse una diferencia de origen entre el personal contratado por la Administración Pública que presta servicios profesionales y técnicos, **y aquel que realiza tareas permanentes**. En este último caso se ha sostenido que a estos servidores públicos se les niega ilegítimamente el derecho a

²¹⁶ Entre otros, juicio referencia 42-Ap-2006, Ca. 28 Lab., sentencia de las nueve horas del dos de julio de dos mil siete.

la estabilidad en los términos que la naturaleza de sus funciones lo exige, y por ende, queda amparado bajo el Art. 219 Inc. 2º Cn.

En su jurisprudencia, la referida Sala ha cuestionado frontalmente la postura de las Salas de lo Constitucional y Contencioso Administrativo, bajo el siguiente análisis:

Ciertamente la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que "la estabilidad laboral del empleado que entra a prestar servicios, a través de contrato, estará condicionada por la fecha de vencimiento establecida en él; es decir, que su estabilidad laboral como empleado público está matizada por la vigencia del contrato; por lo que, una vez finalizado el mismo, el empleado público por contrato deja de tener su estabilidad laboral". (Fallo: 938-1999, del 25/4/2000, s/amparo).

Así también, dicha Sala afirma que "los empleados públicos por contrato tienen un derecho constitucional a la estabilidad que consiste, fundamentalmente, en el derecho que poseen dichos servidores públicos a impedir su remoción arbitraria y discrecional por parte de sus superiores, dentro del plazo de vigencia del contrato; para concluir que, el empleado público vinculado al Estado, a través de contrato, es titular del derecho a la estabilidad laboral únicamente durante la vigencia del contrato. (Fallos: 257-2000; 468-2000, de fecha 11/10/2001, s/amparo).

Sin embargo –expresa literalmente la Sala de lo Civil- el criterio sostenido por la Sala de lo Constitucional y la Sala de lo Contencioso Administrativo “ha sido superado por la doctrina moderna, la cual ha trazado toda una línea argumental considerando la situación del denominado personal contratado por la Administración Pública, que cumple en verdad tareas correspondientes al personal permanente, y al que se niega ilegítimamente el derecho a la estabilidad, carrera y promociones, como algunas formas de fraude laboral por parte del Estado”.

Y es que la determinación de si una relación entre partes tiene o no naturaleza laboral, en absoluto puede depender de cómo la denominan o califican las partes, sino que deriva de la auténtica realidad del negocio jurídico en cuestión, puesto que los contratos son lo que por sí son y no lo que las partes afirman, éstos tienen la naturaleza que les es propia.

Así se explica que en la categoría de personal "contratado" debe ser encuadrado solamente quien presta servicios que, además de ser de carácter profesional o técnico, por su naturaleza y transitoriedad, no constituyen una actividad regular y continua dentro del organismo contratante. En ese sentido, cuando el trabajador está sujeto a un contrato por servicios personales de carácter permanente en la Administración Pública, debe entenderse que dicha contratación ha sido por tiempo indeterminado y que le otorga el derecho a la estabilidad en el cargo, de conformidad al Art. 219 Inc. 2º Cn.

Bajo esta perspectiva, la referida Sala ha sentado premisas fundamentales:

1. Que debe analizarse la naturaleza de las funciones y no lo formalmente pactado, ya que "importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes hayan pactado, en forma más o menos solemne o expresa, o lo que luzca en instrumentos o formularios";
2. En esa línea, cuando se establece que las labores del servidor público constituyen una actividad regular, continua y de naturaleza administrativa, se perfila una contratación en contravención a lo estipulado en el Art. 83 de las Disposiciones Generales de Presupuestos -ya que no se trata de servicios de carácter profesional o técnico, sino administrativos o de carácter permanente- y la misma califica, según los términos de la referida Sala, como "fraudulenta desviación del cauce legal previsto";
3. Que al vaciarse de contenido normativo las disposiciones que rigen la situación de temporalidad en las vinculaciones contractuales con la

Administración Pública, el contrato se convierte en contrato laboral indefinido;

4. Que en dichos casos excepcionales corresponde aplicar la norma de rango superior que garantiza a todo trabajador, público o privado, la protección contra el despido sin causa justificada por medio de una indemnización (Art. 38 ordinal 11º Cn.).

Como se aprecia, la Sala de lo Civil realiza un análisis de fondo de la naturaleza de los servicios prestados, a fin de evitar aplicar a casos en que la contratación ampara labores permanentes, una postura que relativiza los alcances del derecho a la estabilidad.

Lo anterior podría compatibilizarse con la doctrina de la Sala de lo Constitucional expuesta en párrafos anteriores, en el sentido que las contrataciones quedan amparadas por una estabilidad laboral limitada al plazo de la contratación, *cuando se trata de servicios profesionales o técnicos eventuales*. No obstante, *dicha tesis se desnaturaliza* cuando nos encontramos ante contratación de servicios permanentes, que se han amparado erróneamente bajo la modalidad de contratación de servicios personales, y que por su naturaleza debiesen estar protegidos por una estabilidad en términos más amplios. En este caso, estaríamos frente a “contratos administrativos laborales” que tienen la virtud de incorporar a los servidores públicos a la carrera administrativa²¹⁷.

El no realizar esa diferencia, implicaría una contradicción en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, bajo la cual se ha establecido que por la naturaleza de los servicios prestados, la estabilidad laboral es *garantía de la realización del*

²¹⁷ La ley de Servicio Civil en su reforma indica que cualquier persona que preste servicios de carácter permanente, propios del funcionamiento de las instituciones públicas contratadas bajo el régimen de contrato, estarán comprendidas en la carrera administrativa (Art. 4 inciso segundo). Sin embargo, el otorgar este beneficio únicamente a algunos contratos de fechas estipuladas, a nuestro juicio vulnera el derecho de igualdad, por tanto, la reforma debe beneficiar a todos los servidores públicos contratados con labores permanentes.

interés público, y que constituye una forma de proteger contra “políticas de despojo” originadas en los cambios partidarios, y como una protección ante la continuidad exigida por la especialización de las funciones a través de la experiencia en el cargo.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia predominante de las Salas de lo Constitucional y Contencioso Administrativo ha sostenido de manera general las limitantes de la estabilidad laboral en todos los supuestos en que la relación se haya originado en un contrato. Esto *sin realizar un distingo en aquellos casos en que se trata de labores permanentes, amparadas erróneamente en un contrato a los que hace alusión las Disposiciones Generales de Presupuesto.*

5.4. La estabilidad de los servidores no comprendidos en la carrera administrativa

La jurisprudencia y la legislación secundaria indican que aquellos empleados que no se encuentren protegidos por algún procedimiento previo a su despido quedan amparados por la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no comprendidos en la Carrera Administrativa²¹⁸. Al respecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha dicho que dicha ley “es el cuerpo jurídico que protege la estabilidad laboral de todos aquellos empleados públicos que por el cargo o plaza que desempeñan, son excluidos de la Ley de Servicio Civil o carecen de una normativa secundaria que determine las causas o procedimientos de su destitución”²¹⁹.

²¹⁸ Artículos 1-7.

²¹⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Inadmisibilidad Ref. 228-2205. Esta misma resolución dictaminó que ya que tales resoluciones son -actos judiciales, excluidos del conocimiento de este Tribunal por imperio de la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no comprendidos en la Carrera Administrativa.”

Lo anterior es consecuencia directa de las garantías constitucionales, ya que nadie puede ser privado de ningún derecho sin ser previamente oído y vencido en juicio.

Consideramos que existe un error conceptual en la denominación y conceptualización de la ley al señalar “Empleados Públicos no comprendidos en la Carrera Administrativa”, ya que el hecho de ser empleado público implica, *per se*, pertenecer a la carrera administrativa –en el sentido lato del término- y estar incluido en un régimen especial de derechos y obligaciones. Es decir, la Ley de Servicio Civil debiese, por su naturaleza y por seguridad jurídica, ser el cuerpo legal aplicable *a todos los empleados públicos que realizan labores permanentes*.

Por ende, el ámbito de aplicación de la referida “Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no comprendidos en la Carrera Administrativa” más que empleados “*excluidos de la carrera administrativa*”, debe entenderse respecto a empleados excluidos de la Ley de Servicio Civil²²⁰ –en cuanto a procedimientos para su destitución- o que carecen de normativa que los regule, y por ende, esta se constituye en una ley marco que contempla un trámite a fin de hacer efectiva la garantía de audiencia²²¹.

En relación a los servidores públicos que laboran para las instituciones autónomas, opera un problema práctico de enorme trascendencia respecto a la jurisdicción competente para conocer de despidos realizados sin seguir un procedimiento previo:

El Tribunal de Servicio Civil²²² se ha declarado incompetente para conocer en este tipo de procesos, señalando que a la luz del artículo 2 de la Ley de Servicio Civil:

²²⁰ Aunque reiteramos, nuestra postura es que la Ley de Servicio Civil debe entenderse como la ley por su naturaleza aplicable a todos los empleados públicos que realizan labores permanentes.

²²¹ Con la particularidad que la tramitación del procedimiento es encomendada al Órgano Judicial y no a una autoridad administrativa.

²²² Tribunal de Servicio Civil. Sentencia de las doce horas y tres minutos del día veintisiete de abril de dos mil diez, en el proceso de Ref. I-264-2010,.

“no es posible incorporar a otra institución de forma analógica que no esté contemplada en el marco jurídico vigente; en el entendido anterior, no siendo la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados (ANDA) una de las instituciones que menciona el artículo 2 de nuestra ley”. En consecuencia, declaró inadmisibile la demanda presentada.

Desde la óptica de la postura del referido Tribunal, los servidores públicos de las instituciones autónomas, no tendrían más cobertura que la citada Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no comprendidos en la Carrera Administrativa. Los suscritos consideran que la referida postura deviene de una interpretación literal del citado artículo 2 de la Ley de Servicio Civil, el cual dispone en los marcos de la ley Administración Pública *“se estará refiriendo a la Presidencia de la República, Ministerios, Órgano Legislativo, Órgano Judicial, Órganos Independientes, Gobernaciones Políticas Departamentales y Municipalidades.”*

No obstante lo anterior, la definición de Administración Pública más generalizada en el país es la contemplada en el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el cual señala que para los efectos de dicha ley integran la Administración Pública el Poder Ejecutivo y sus dependencias, ***inclusive las instituciones autónomas***, semiautónomas y demás entidades descentralizadas del Estado; los Poderes Legislativo y Judicial y los organismos independientes, en cuanto realizan excepcionalmente actos administrativos; y el Gobierno Local.

Dicha concepción ha sido asumida por la jurisprudencia constitucional, en la cual, al analizar la aplicación del artículo 86 de la Constitución -norma que tiene la más genérica expresión del Principio de Legalidad- en su inciso final que dispone que ***“los funcionarios del gobierno*** son delegados del pueblo, y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley”, ha reconocido que en esta disposición se encuentra el Principio de Legalidad de la Administración Pública en

términos generales, la cual comprende todos los órganos señalados en el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Los suscritos consideran que desde una óptica constitucional debiese entenderse por Administración Pública todos los órganos antes citados, ante lo cual, no existe justificación para dejar por fuera a las instituciones autónomas de la aplicación de la Ley de Servicio Civil.

Concluimos este apartado señalando que debiera realizarse un esfuerzo en El Salvador, por sistematizarse en la medida de lo posible en un sólo estatuto a todos los servidores públicos, en donde se homogenice los procedimientos de tutela. Dado que hoy por hoy, coexisten procedimientos ante autoridades administrativas y judiciales, sin que se defina de forma absoluta cuál será la entidad natural e idónea para conocer de una destitución.

5.5. La estabilidad de los funcionarios de confianza

Debemos de expresar que la categoría de los funcionarios o empleados que desempeñan cargos de confianza tiene su génesis en la Constitución de la República en su artículo 219 inciso tercero, en donde se les excluye por mandato de la ley primaria de la carrera administrativa. Tal clase de servidor público se constituye en un concepto jurídico indeterminado que las sentencias judiciales deberán valorar en cada caso en concreto; sin embargo, la jurisprudencia ha dado algunos lineamientos que podemos extrapolar, como guías de doctrina jurisprudencial de la forma siguiente²²³ :

²²³ Estas líneas jurisprudenciales pueden consultarse en las siguientes sentencias: Sentencia de Amparo Ref. M 119- 2001; Sentencia de Amparo Ref. 677-2006; Sentencia de Amparo Ref.782-2008; Sentencia de Amparo Ref. 73-2010. Sentencia de Amparo Ref. 73-2010.

- a) La distinción entre empleados públicos de confianza política y empleados públicos de confianza personal, radica en que los primeros desempeñan su labor en virtud de un nombramiento para participar en la ejecución del plan de gobierno presentado al cuerpo electoral; y los segundos obtienen un nombramiento que se debe al alto grado de confianza en ellos depositado (fidelidad personal);
- b) Cuando concurre el factor de “confianza”, ésta constituye un elemento que justifica una excepción a la necesaria tramitación de un procedimiento previo a la privación del derecho como lo es la estabilidad laboral;
- c) Dentro de los cargos de confianza personal se encuentran los empleados que prestan servicios directos al jefe, como las secretarías personales, conductores de vehículos, ayudantes ejecutivos y administrativos que les responden directamente²²⁴;
- d) La conducta y actitud de los empleados, así como la confianza depositada por el jefe es indispensable para la adecuada ejecución de sus deberes;
- e) El cargo de confianza política se pueden diferenciar por el poder de decisión que se le confiere;

²²⁴ En un cambio jurisprudencial la Sala de lo Constitucional, en las sentencias de Amparo Ref.: 36-2006 y 1080-2008, estableció como criterio para determinar la calidad de –confianza en un cargo: –lo relevante para considerar a un empleado público como empleado de confianza, es la naturaleza de sus funciones, es decir las actividades y responsabilidades que desempeña dentro de una institución, aunado al cargo de dirección o de gerencia que lo une con la institución para la que presta el servicio, cuyo contrato podrá finalizarse por decisión del titular de la entidad...”. No se trata, por tanto “...de la confianza mínima exigible en el desempeño de cualquier cargo o función pública por virtud del compromiso asumido en calidad de servidores públicos al servicio del Estado y de la comunidad, para participar en la consecución de los fines estatales, sino de aquella que por la naturaleza misma de las funciones a realizar se encuentra vinculada con la gestión que realiza el funcionario público que lo nombra o contrata.”

- f) Entre los requisitos para ser titular del derecho a la estabilidad laboral está que el puesto no sea de aquéllos que requieran de confianza, ya sea personal o política²²⁵.

A nuestro juicio, al momento de analizar la estabilidad laboral debe realizarse un distingo entre los denominados servidores públicos de confianza política y los de confianza personal, es decir, no se debe sostener de manera genérica que todo servidor público calificado como “de confianza” carece de un mínimo de estabilidad laboral y que por estar identificado en esta clase, no se le debe garantizar un debido procedimiento constitucionalmente configurado de defensa, previo a ser removido. Al respecto deben considerarse algunas acotaciones:

1. Los funcionarios de confianza política, por su misma naturaleza del cargo, tienen disminuido al máximo el derecho de estabilidad; se trata de una auto-renuncia del sujeto que acepta participar en un cargo político, pues tal nombramiento se entiende que es con carácter precario, pues al ser de extrema confianza política, se deduce que puede ser revocado a discreción del nombrante. Salvo regulaciones especiales de remoción estipuladas en la Constitución o la ley.
2. A los empleados y funcionarios públicos de confianza personal, no les son aplicables las razones de orden político señaladas *supra*. Como la misma Sala ha señalado, en ellos concurre el factor de “confianza” para desempeñar un cargo específico (secretarías personales, conductores de vehículos, jefes de departamento, etc.), y por lo tanto no se les puede garantizar **la estabilidad en el cargo**. Sin embargo, constituye un derecho mínimo de la calidad propia de servidores del Estado, el que se les

²²⁵ Es decir, la estabilidad laboral, siendo un derecho que implica *conservar un trabajo o empleo*, este puede ser invocado por cualquier persona que mantenga una relación de supra-subordinación con la Administración Pública, siempre y cuando, entre otras exigencias, el puesto de que se trate *no sea un puesto o cargo de aquellos que requieran de confianza, ya sea personal o política*. Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que puede constatarse en las siguientes sentencias: Amparo Ref. 299-2002; Amparo Ref. 226-2004; Amparo Ref.782-2008; Amparo Ref. 73-2010.

garantice la estabilidad laboral en un cargo distinto (para el cual naturalmente cumplan las condiciones y requisitos) lo cual no afecta el normal funcionamiento de la Administración Pública, y permite hacer efectivo un derecho constitucional para este tipo de servidores. Es decir, para efectos prácticos, nos referimos a un traslado de labores en donde se respeten las condiciones económicas y de trabajo básicas.

3. En esa misma línea, en el caso que se pretenda dar por terminada la relación laboral, a los empleados y funcionarios públicos de confianza personal debe seguirse un procedimiento previo que otorgue todas las garantías del debido proceso legal. Los suscritos no encontramos una causa que justifique el negarles su derecho de defensa.

CONCLUSIONES

A manera de síntesis, presentamos trece conclusiones básicas del presente trabajo:

PRIMERA: La Función Pública está conformada por el conjunto de funcionarios y empleados que prestan sus servicios al Estado.

SEGUNDA: En el ordenamiento jurídico salvadoreño el personal al servicio del Estado es identificado de forma general bajo el término *servidores públicos*. Del cual se desprenden dos especies: los funcionarios públicos y los empleados públicos. Los primeros tienen un grado de jerarquía superior con poder de mando, decisión y representación dentro de la Administración, en cambio los empleados no están investidos de dichas capacidades.

TERCERA: Los servidores públicos administran asuntos públicos, persiguiendo intereses colectivos. Por tanto, la relación laboral con éstos, no pone su prioridad en la tutela *per se* del trabajador - sin que ello desmerite en forma alguna su valor- sino en el ejercicio permanente, continuo y eficaz de la función administrativa como medio para la obtención del bien común.

CUARTA: El énfasis de la defensa del interés público, en la relación del Estado con sus servidores, hace que cualquier regulación sobre tal vínculo, considere como mínimo los aspectos siguientes: ingreso por mérito (meritocracia), profesionalización de los servidores y estabilidad laboral.

QUINTA: Por “estatuto público” se entiende el sistema jurídico normativo que regula al personal laboral a disposición del Estado. Es decir, aquellos sujetos que pertenecen a la fuerza de trabajo gubernamental permanente y que, por lo tanto, se encuentran bajo una categoría especial que les otorga la calidad o “estatus” de

servidores públicos. Así, el estatuto público estará constituido por aquellas normas de Derecho Administrativo –imperativas- que establezcan las particularidades que rigen al servidor público, y que entre otras materias, regulará los mecanismos de ingreso bajo parámetros de igualdad y mérito, los derechos y obligaciones de los servidores, estableciendo también quiénes quedan excluidos del estatuto, entre otros aspectos. Del mismo modo, tal estatuto deberá reconocer que, en virtud de los fines que lo subyacen, debe conjugarse a la vez beneficios especiales, como por ejemplo la protección a la estabilidad laboral de los servidores públicos; y restricciones, como lo es la prohibición de la huelga a los trabajadores públicos y municipales.

SEXTA: El estatuto público del Estado, como regulación especializada en el país, recoge: a) al personal laboral de la Administración de carácter permanente que es nombrado mediante acto administrativo; y b) al personal laboral de carácter permanente que se rige por la legislación de este carácter bajo un contrato individual de trabajo, sin perjuicio de las normas administrativas que en su caso le sean aplicables.

Sin perjuicio de lo anterior, la protección bajo el estatuto público debe atender a parámetros objetivos como la naturaleza de la actividad laboral, la regularidad y la permanencia en el trabajo, más allá de la denominación formal de la contratación.

SÉPTIMA: El estatuto público, tiene su origen en la Constitución, de la cual emanan algunas reglas primarias que podemos resumir así:

- a) El Servicio Civil está conformado por los empleados y funcionarios públicos que están al servicio del Estado, que no tienen carácter político ni militar;
- b) Existe un reconocimiento de la carrera administrativa;
- c) Se realiza una remisión a la ley secundaria para que regule el Servicio Civil y en especial las condiciones de ingreso a la administración; las promociones y ascensos con base en mérito y aptitud; los traslados,

suspensiones y cesantías; los deberes de los servidores públicos y los recursos contra las resoluciones que los afecten;

- d) La ley garantizará a los empleados públicos la estabilidad en el cargo;
- e) No están comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios o empleados que desempeñen cargos políticos o de confianza.

OCTAVO: La regulación legislativa del estatuto ha seguido en nuestro país un modelo asistemático. De tal forma que encontramos diversos cuerpos normativos que regulan a los servidores públicos de forma sectorial; sin embargo, la Ley de Servicio Civil de 1961 se constituye como la “ley madre” y de aplicación supletoria de todo el estatuto.

NOVENA: Debiera realizarse un esfuerzo en El Salvador por sistematizarse, en la medida de lo posible, en un sólo estatuto a todos los servidores públicos, en donde se homogenicen los procedimientos de ingreso, profesionalización y tutela. En este último punto, dado que hoy por hoy, coexisten procedimientos ante autoridades administrativas y judiciales, sin que se defina de forma absoluta cuál será la entidad natural e idónea para conocer de una destitución.

DÉCIMA: Dentro de la potestad sancionadora de la Administración Pública, se encuentra la denominada *potestad interna o disciplinaria*, la cual es ejercida sobre los sujetos que se hallan integrados en la organización de la Administración, es decir los servidores públicos. Esta obedece a una categoría de sanciones que buscan mantener la disciplina interna de la organización.

DÉCIMA PRIMERA: La jurisprudencia nacional ha reconocido que los principios que informan al derecho penal son trasladables con las adecuadas matizaciones al derecho administrativo sancionador; tales principios se edifican como un mecanismo de protección de los presuntos infractores frente a la potestad sancionadora ejercida por la Administración.

Existe una postura –respaldada hoy por hoy en nuestra jurisprudencia- bajo la cual esas matizaciones se *enfatan* en la potestad disciplinaria interna. Bajo otra corriente no existe razón para tal disminución de garantías, debiendo aplicarse en los mismos términos que en la potestad sancionatoria externa.

DÉCIMA SEGUNDA: Con respecto al tema de la estabilidad laboral pueden hacerse las siguientes consideraciones:

1. Los servidores públicos realizan sus funciones tendientes a un *interés general*, con lo cual, el interés que satisfacen, es en última instancia el de los administrados que reciben los servicios públicos;
2. Que conforme a lo establecido por la jurisprudencia –con la cual concordamos en este punto- la estabilidad es *en puridad, garantía de la realización del interés público*, ya que constituye una forma de proteger a los servidores públicos que realizan labores permanentes contra “políticas de despojo” originadas en los cambios partidarios
3. Que la estabilidad no es sinónimo de inamovilidad, ya que por su naturaleza, la estabilidad laboral *tiene un carácter relativo*, dado que no puede predicarse el derecho a continuar con una relación de servicio público respecto a aquellos empleados que hayan dado motivo para decidir su separación del cargo;
4. Que en relación a la estabilidad de los cargos “de confianza”, en su dimensión política o personal, deben estar sujetos a valoraciones propias e intrínsecas de su nombramiento. Así, por regla general un cargo político se entiende otorgado en sentido precario. En el caso de los servidores de confianza personal, no se les puede resguardar la estabilidad en el cargo; más si es factible el respeto de la estabilidad laboral.

DÉCIMA TERCERA: En relación al análisis jurisprudencial de los alcances de la estabilidad laboral concluimos:

- 1 La jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa es coincidente en:

- A. Que se puede clasificar a los diferentes regímenes de los servidores públicos y su competencia a partir de la forma en que surge la relación con el Estado. Así: si ésta nace de la celebración de un contrato individual de trabajo, la relación es laboral y se rige por el Código de Trabajo; si es de un acto administrativo de nombramiento, la relación es administrativa y se rige por el Derecho Administrativo; o bien, de un contrato de naturaleza civil, la relación es civil y se rige por el Derecho Civil. (Entre otras, Sala de lo Constitucional Ref.: 4-88, 160-2006; Sala de lo Contencioso Administrativo Ref.: 123-R-2000, 16-2006).
- B. Que los empleados por contrato solo tienen estabilidad por el plazo del mismo, pues finalizado éste, ya no les asiste el referido derecho. (Entre otras, Sala de lo Constitucional Ref.: 160-2006; Sala de lo Contencioso Administrativo Ref.: 123-R-2000, 114-L-2004).
- C. Que una vez vencido el contrato, no hay derecho a ser “recontratados” porque este derecho no se encuentra incorporado a su esfera jurídica. (Entre otras, Sala de lo Constitucional Ref.: 160-2006; Sala de lo Contencioso Administrativo Ref.: 123-R-2000, 114-L-2004).
- D. La jurisprudencia de ambas Salas arriba a tales conclusiones sin analizar el supuesto fáctico en el cual bajo la modalidad del contrato se ingresa a la Administración **a realizar labores que son de carácter permanente**. Con ello, dicha jurisprudencia aplica la tesis del plazo contractual como limitante a la estabilidad a cualquier tipo de contrato, *sin distinguir si la relación que del mismo se origina es permanente, transitoria o eventual*.

- 2) La jurisprudencia de la Sala de lo Civil discrepa de la jurisprudencia tradicional de las Salas de lo Constitucional y de lo Contencioso Administrativo en los aspectos siguientes:
- A. Que con respecto al régimen contractual de los servidores públicos, no es suficiente un análisis meramente formal, ya que se debe de considerar algunas condiciones para la eficacia de los contratos administrativos a plazo. Por ejemplo: a) que las labores a desempeñar por el contratista sean propias de su profesión o técnica; b) que las mismas sean de carácter profesional o técnico; c) que aun cuando dichas labores sean de carácter profesional o técnico, no constituyan una actividad regular y continua dentro del organismo contratante; y d) que no haya en la Ley de Salarios plaza vacante con iguales funciones a la que se contrata. (Sala de lo Civil Ref.: 531-2005, 42-AP-2006).
 - B. Que si una de las condiciones mencionadas no se cumple y se contrata a plazo, se incurre en fraude laboral, pues es una máscara para privar al trabajador de la estabilidad que le hubiese correspondido. (Sala de lo Civil Ref.: 74-C-2004, 14-AP-2005, 42-AP-2006).
 - C. Que cuando el personal contratado presta servicios que no tiene carácter de profesionales o técnicos o que, aun siéndolo, no es de carácter eventual, el contrato debe de considerarse por plazo indefinido. (Sala de lo Civil Ref.: 74-C-2004, 14-AP-2005).
 - D. Que no puede hacerse valer la voluntad de las partes contratantes en contra de los derechos expresados por la Constitución. (Sala de lo Civil Ref.: 14-AP-2005).
 - E. Que importa más lo que suceda en la práctica que lo que han pactado las partes. (Sala de lo Civil Ref.: 14-AP-2005, 42-AP-2006).

- 3) De lo expuesto, advertimos que resulta una paradoja que la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, desde su trinchera del Derecho Privado, nos sustente de forma lúcida una visión *ius publicista* del régimen de los servidores públicos, la cual desmantela la tesis de la relación formal con el Estado, desentrañando en cada caso la verdad real del vínculo con la Administración Pública en base a parámetros objetivos como la naturaleza de la actividad laboral, la regularidad y la permanencia en el trabajo, más allá de la modalidad de contratación.
- Por el contrario, la Sala de lo Constitucional y la Sala de lo Contencioso Administrativo, llamadas a ser adalides en los avances del Derecho Público salvadoreño, al abordar el tema se mantienen en un análisis formal, haciendo del plazo presuntamente pactado una “ley entre las partes” que limita la estabilidad laboral, en nuestra humilde opinión, *sin realizar un distingo respecto a aquellos supuestos en que bajo la figura del contrato se amparan actividades regulares, continuas y de naturaleza administrativa*. De acuerdo a su propia jurisprudencia, éstos debiesen gozar de estabilidad laboral en términos más amplios, en *aras de la permanencia como garante del interés público*.

PREGUNTAS FRECUENTES²²⁶

1. ¿Es aplicable a los procedimientos administrativos sancionatorios la caducidad de la instancia regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM)?

La pregunta circula por los alrededores del tema de la supletoriedad del CPCM, cuyo fundamento principal es el artículo 20 de dicho cuerpo normativo, el cual establece que en defecto de disposición específica en las leyes que regulan procesos distintos del civil y mercantil, las normas de este Código se aplicarán supletoriamente.

Por tanto, siendo la caducidad de la instancia una figura procesal regulada en los artículos 133 y siguientes del CPCM, resulta ser una interrogante válida si tal figura -que castiga el abandono de las partes al proceso por su falta de impulso-, constituye ser institución trasladable al ámbito administrativo.

Como antecedente es imperativo mencionar que la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Mercantil a los procedimientos administrativos no puede realizarse de forma plena y llana, sino, atendiendo a la naturaleza de dichos procedimientos. Debe recordarse que el procedimiento administrativo, atendiendo a su especial naturaleza, está regido por principios fundamentales propios.

En el ámbito administrativo sancionatorio, como norma supletoria marco contamos con la Ley de Procedimiento para la Imposición de Arresto y Multa Administrativo, la cual únicamente regula la prescripción de la acción y la sanción (artículos 21 y 22) sin embargo no establece prescripción dentro del procedimiento.

²²⁶ Las preguntas seleccionadas han sido proporcionadas por colaboración de asistentes al Módulo -DERECHO LABORAL ADMINISTRATIVO Y ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVASII, del Curso de Diplomado en Derecho Laboral impartido por el Consejo Nacional de la Judicatura y su Escuela de Capacitación Judicial bajo el auspicio del Programa de USAID para el Fortalecimiento de la Justicia Laboral para CAFTA-DR, y por Defensores Públicos Laborales de la Unidad de Defensa de los Derechos del Trabajador, de la Procuraduría General de la República.

Por otra parte, debemos mencionar que un procedimiento administrativo sancionador tiene la particularidad que se trata del ejercicio del poder punitivo del Estado, por lo que la tardanza a resolver no puede ser imputada a una parte procesal, pues es la Administración la llamada a cumplir con la legalidad del procedimiento. La negligencia del órgano instructor, ***en conexidad con la seguridad jurídica del presunto infractor*** puede ser reconducida a la figura establecida en el Código Procesal Penal bajo prescripción durante el procedimiento, contemplada en el artículo 34 numeral 3, tomando el tiempo para las faltas. Es decir la regla sería que la inactividad del procedimiento tendrá como consecuencia la declaratoria de prescripción de la persecución, la cual debe ser declarada de oficio o a petición de parte y el cómputo deberá realizarse a partir de la última actuación relevante contando un año.

2. Si una persona tiene un nombramiento como jefe y ejerce en la práctica un cargo técnico: ¿qué normativa le es aplicable para efectos de sanción?

El procedimiento administrativo sancionador como derecho punitivo, va en busca de la verdad real, por tanto, debe darse paso, a la verdadera relación existente entre el servidor público y la Administración dejando de lado el aspecto puramente formal. Ello por varias razones, primero es el Estado el que debe garantizar que el sistema de ingreso y las condiciones del mismo sea acorde con el cargo a desempeñar. Segundo debe otorgarse al presunto infractor la normativa que más garantice sus derechos. Por tanto, no podría justificarse por razones formales la no aplicación de la Ley del Servicio Civil, siendo este el cuerpo normativo ajustable.

3. Si un servidor público ejerce una acción ante la Comisión de Servicio Civil correspondiente, y esta se declara incompetente para conocer, y posteriormente el Tribunal del Servicio Civil confirma que dicha resolución no es recurrible: ¿puedo impugnar en sede contencioso administrativa dicha decisión?

Al respecto debe hacerse algunas consideraciones:

- a. En primer lugar, habría que determinar, si la acción intentada encaja en los supuestos del artículo 12 de la Ley de Servicio Civil, es decir, si es competencia de la Comisión;
- b. En caso que encaje en dicha norma, y la Comisión y el Tribunal ilegítimamente han negado el acceso, podría ejercerse una acción contenciosa administrativa.

Debe recordarse que el art. 4 letra e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que excluía del conocimiento de la Sala las resoluciones del Tribunal del Servicio Civil, fue declarado inconstitucional en el proceso de Inconstitucionalidad Referencia 9-2003 Sentencia de las catorce horas del 22/X/2004.

4. ¿Qué significa la frase “estar bajo Ley de Salarios”?

Si un servidor público se encuentra en una plaza amparada en Ley de Salarios, en la cual las plazas aparecen específicamente detalladas todos los años, tiene un nombramiento de carácter público. El Código de Trabajo dispone en su artículo 2 que no se aplica dicho cuerpo legal “cuando la relación que une al Estado, Municipios e Instituciones Oficiales Autónomas o Semiautónomas con sus servidores, *fuere de carácter público y tuviere su origen en un acto administrativo, como el nombramiento en un empleo que aparezca específicamente determinado en la Ley de Salarios con cargo al Fondo General y Fondos Especiales de dichas instituciones o en los presupuestos municipales*”.

Antes de la reforma de la Ley de Servicio Civil de mayo de 2009, tenía algún sentido la utilización del término, debido a que la Ley de Servicio Civil excluía de la carrera administrativa a los empleados que estaban bajo contrato.

Los empleados cuyas plazas se encontraban en la Ley de Salarios, a excepción de algunos funcionarios (Jefes, Gerentes, fiscales, etc.) se encontraban dentro de la carrera administrativa, con lo cual quedaban amparados al derecho de la estabilidad en el cargo; únicamente pueden ser despedidos o destituidos por causas señaladas en la ley del servicio civil; previo procedimiento que se sigue ante la respectiva comisión del servicio civil.

En caso de destitución de un empleado que está dentro de la carrera administrativa sin seguir dicho procedimiento, la destitución o el despido es nulo, y quien declara dicha nulidad es el Tribunal del Servicio Civil. Después de la reforma de mayo de 2009 de la Ley de Servicio Civil, se incorporó a la carrera administrativa a los empleados que realizan labores permanentes. Es de mencionar que en el caso de los empleados que están bajo régimen de contrato y cuya plaza no aparece en la Ley de Salarios, bajo dicha reforma, si sus labores son permanentes sí forman parte de la carrera administrativa, independientemente que se encuentren bajo contrato (salvo los servidores expresamente excluidos de la carrera administrativa art. 4 literales a) al l)²²⁷.

5. ¿Cuál es la diferencia entre estar bajo el régimen de Ley de Salarios y Contrato dentro de las instituciones públicas?

En cuanto al tema de la estabilidad laboral y el régimen administrativo aplicable no existe diferencia después de la reforma de la Ley de Servicio Civil de mayo de 2009, porque se entendería que si la labor es permanente, en ambos casos están regulados por el estatuto público y pertenecen al régimen administrativo.

Para efectos presupuestarios la diferencia radica en que las plazas de la Ley de Salarios están específicamente detalladas en dicha ley todos los años; en cambio los servidores que se encuentran bajo contrato no están detallados en dicha ley, y su contratación es con base a Ley del Presupuesto General de la Nación (que igualmente dura un año).

6. ¿Cuál sería el plazo razonable para interponer una denuncia cuando hay una suspensión del trabajo con fines a seguir un proceso de despido y/o destitución ante la comisión del servicio civil, y el procedimiento no se inicia?

La Ley de Servicio Civil prevé la suspensión previa o separación del funcionario o empleado, cuando se califique que “constituya grave peligro para la administración

²²⁷ Por ejemplo, para el caso los Custodios de Centros Penales, se ha generado el criterio que aún cuando estén por contrato, ante un despido tienen la opción de hacer su reclamo mediante un juicio de trabajo.

o fuere sorprendido infraganti cometiendo cualquiera de las faltas enumeradas en los artículos 32, 53 y 54”.

Tal suspensión tiene la naturaleza de *una medida cautelar*, cuando concurren los supuestos expresamente señalados en la ley. Como tal, no puede tener un carácter permanente, pues su naturaleza es provisionalísima. Así, la Ley señala que la autoridad o jefe podrá acordarla comunicando dentro de los 3 días hábiles después de ser emitido el acuerdo, a la Comisión respectiva en la misma nota que manifieste su decisión de destituir o despedir al servidor público.

En consecuencia, al presentarse la situación irregular planteada en la interrogante, nos enfrentamos a una “destitución de facto”, por tanto, el perjudicado puede iniciar una acción de nulidad ante el Tribunal del Servicio Civil, con base en el art. 61 de la Ley de Servicio Civil²²⁸.

7. De conformidad al Decreto diez de las reformas del art. 4 de la Ley de Servicio Civil: ¿Qué cuerpo legal es el aplicable a un servidor público bajo Contrato de Trabajo que ingresó a laborar antes del treinta y uno de enero del dos mil nueve, que se encuentra ejerciendo un cargo operativo como Técnico, Auxiliar Jurídico, Secretaria II o similar, y es objeto de despido en enero del presente año?, ¿qué autoridad es la competente en razón de la materia para conocer?

La referida reforma dispone que cualquier persona que *preste servicios de carácter permanente*, propios del funcionamiento de las instituciones públicas, estará comprendida en la Carrera Administrativa aún cuando haya ingresado a la Administración bajo el régimen de contrato, pero con la limitante de no aplicarse a *los contratos celebrados con posterioridad al 31 de enero de 2009*.

En la pregunta planteada el servidor público ingresó a laborar antes de dicha fecha y se señala que su cargo es operativo de carácter permanente, con lo cual, en los marcos de la reforma, *queda amparado bajo la Ley de Servicio Civil*.

Por ende, el despido debería ajustarse a los procedimientos establecidos en la Ley, ante la Comisión del Servicio Civil. Si se realiza un despido fuera de tales

²²⁸ En la práctica, algunas instituciones, previo a iniciar la acción de nulidad, presentan un escrito a la Comisión informándole que la comunicación de la suspensión no se ha realizado en el plazo que señala el Art. 58 de la LSC, y solicitando que se le dé cumplimiento a lo señalado en el inciso último de dicha disposición.

procedimientos, procedería interponer la nulidad del mismo frente al Tribunal del Servicio Civil.

8. De conformidad al Decreto diez de las reformas del art. 4 de la Ley de Servicio Civil: ¿Qué cuerpo legal es el aplicable a un servidor público bajo Contrato de Trabajo, que ingresó a laborar antes del treinta y uno de enero del dos mil nueve, ejerciendo un cargo operativo como: Técnico, Auxiliar Jurídico, Secretaria II o similar, cuyo salario se le cancela de los Fondos de Actividades Especiales, y se le despide en diciembre del dos mil nueve?, ¿Qué autoridad es la competente, en razón de la materia para conocer?

La reforma al art. 4 de la Ley de Servicio Civil dispone que cualquier persona que *preste servicios de carácter permanente*, propios del funcionamiento de las instituciones públicas, estará comprendida en la Carrera Administrativa aún cuando haya ingresado a la Administración bajo el régimen de contrato. No obstante, en el inciso final se señala que:

“Para efectos de esta Ley se entenderán por servicios de carácter permanente, aquellos prestados por una persona natural bajo la figura de la continuidad y dependencia o subordinación indispensable para el cumplimiento de los fines institucionales; ***recibiendo una remuneración financiada con recursos del Presupuesto General del Estado***”.

En esa línea, el Tribunal del Servicio Civil²²⁹ ha expuesto que los servidores públicos cuyo salario se cancela de los Fondos de Actividades Especiales no están comprendidos en la carrera administrativa, por lo cual, en caso de despido, es pertinente aplicar la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia para los Empleados Públicos no comprendidos en la Carrera Administrativa.

9. A una persona ya jubilada pero que continúa laborando y se incapacita: ¿se le debe pagar la incapacidad, qué porcentaje y quién lo cubre?

²²⁹ Resolución I-161-2010, de las diez horas y catorce minutos del día catorce de julio de 2010.

La Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones (LSAP) en su artículo 115 regula la incompatibilidad de goce entre la pensión por invalidez y los subsidios por incapacidad laboral de enfermedad otorgados por el régimen de salud (enfermedad, maternidad y riesgos profesionales) y las pensiones de invalidez concedidas de conformidad al Sistema de Ahorro para Pensiones (SAP).

La LSAP en su artículo 214 establece las cotizaciones de los pensionados al programa de salud. En su último inciso dice que “cuando un pensionado por vejez o invalidez, se encuentre trabajando o se reincorpore a un trabajo remunerado, los salarios que percibiere derivados de dicha actividad, no serán sujetos de cotización al régimen de salud, maternidad y riesgos profesionales del ISSS”. Ese inciso fue incorporado a la LSAP en el 2005 y realmente lo que pretendía era evitar que al pensionado que trabajaba se le descontase de ambas fuentes: salario y pensión.

De lo anterior, podemos concluir que: a) la ley prohíbe expresamente gozar de pensión de invalidez SAP y de subsidio por régimen de salud, pero no entre pensión de vejez y subsidio por régimen de salud; b) que una persona puede tener el estatus de pensionado de vejez (o invalidez) SAP y al mismo tiempo ser trabajador; c) que solo se le deducirá a la persona para aportar al régimen de salud de su pensión y no de su salario.

Tomando en cuenta que el objetivo de las leyes de seguridad social es proporcionar cobertura a las contingencias, la persona pensionada que trabaja (que viene a ser una excepción a la regla general) **sí debe ser cubierta por el ISSS en el subsidio por incapacidad**, tomando en cuenta además el art. 50 de la Constitución que estipula la obligatoriedad de la seguridad social, su esencia como servicio público y la responsabilidad para patronos, trabajadores, Estado y Seguro Social. Si esta tesis se adopta, entonces la cobertura la debe dar el ISSS en las condiciones normales: 75% a partir del 3er día de la incapacidad hasta el plazo máximo de un año.

No omitimos manifestar que en la práctica existen precedentes administrativos que no coinciden con el criterio antes referido²³⁰.

10. ¿Cuándo es aplicable la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia para los Empleados Públicos no comprendidos en la Carrera Administrativa?

La Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia para los Empleados Públicos no comprendidos en la Carrera Administrativa, es la legislación que tutela a aquellos empleados que no se encuentren protegidos por algún procedimiento previo a su despido. Es decir, protege la estabilidad laboral de todos aquellos empleados públicos que por el cargo o plaza que desempeñan, son excluidos de la Ley de Servicio Civil o carecen de una normativa secundaria que determine las causas o procedimientos de su destitución.

Lo anterior es consecuencia directa de las garantías constitucionales, ya que nadie puede ser privado de ningún derecho sin ser previamente oído y vencido en juicio.

11. ¿Qué instancias deben seguirse ante un despido "injustificado" de un servidor público?

La regulación secundaria de los servidores públicos sobre estabilidad laboral y acciones por despido injustificado, puede variar dependiendo de la forma de ingreso a los cargos que detentan o del sector de la Administración de que se trate.

Por ejemplo, si por su forma de ingreso y naturaleza de las labores se encuentra amparado bajo la Ley de Servicio Civil, la ley le concede ante el Tribunal del Servicio Civil la acción de nulidad contra las destituciones de funcionarios y empleados que se efectúen sin causa establecida en la ley o sin que se haya

²³⁰ La posición que impera en la práctica, tiene su fundamento en que a la persona que se encuentra jubilada y laborando al mismo tiempo, no se le realizan descuentos a la seguridad social, por lo cual se considera que no puede ser cubierto el subsidio por incapacidad por parte del ISSS, ya que del nuevo salario dicha institución no recibe cantidad alguna. Independientemente labore o no, siempre recibirá una pensión.

observado el procedimiento prescrito en la misma. Si se encuentra amparado bajo la Ley de la Carrera Administrativa Municipal, puede acudir ante el Juez de lo Laboral o del Juez con competencia en esa materia del Municipio de que se trate, o del domicilio establecido de la entidad para la cual trabaja solicitando la nulidad del despido. Si está excluido de la LSC y se encuentra laborando bajo el régimen de ley de salarios, podrá promover un contencioso administrativo o un proceso de amparo.

12. ¿Pueden, las Comisiones de Servicio Civil conocer en un proceso el que se dé por terminado por las autoridades correspondientes un contrato de un servidor público que ha venido bajo esa modalidad por 15 años, y cuya labor es de carácter permanente?

El espíritu de la reforma a la Ley de Servicio Civil emitida por Decreto número diez de fecha 20 de mayo de 2009, fue precisamente que cualquier persona que *preste servicios de carácter permanente*, propios del funcionamiento de las instituciones públicas, estará comprendida en la Carrera Administrativa aún cuando haya ingresado a la Administración bajo el régimen de contrato.

Por ende, al establecerse que el empleo es de carácter permanente, no se trata de una simple terminación de contrato, sino de un despido. El servidor público está *amparado bajo la Ley de Servicio Civil, por lo cual el despido debería ajustarse a los procedimientos establecidos en la Ley, y sí debería conocer la Comisión del Servicio Civil.*

13. El Reglamento o proyecto de este que habla el literal e) del Art. 13 de la Ley de Servicio Civil, cuando dice someterlo a consideración del Ramo del Interior, ahora Ministerio de Gobernación, tendría este que avalarlo, o puede el tribunal aplicarlo sin el aval del referido Ministerio?

Debemos realizar una interpretación del procedimiento de elaboración del Reglamento general de la Ley de Servicio Civil, conforme a la Constitución vigente

y concretamente a la luz del art. 168 Ord. 14º CN., que establece que es atribución y obligación del Presidente de la República decretar los reglamentos de ejecución. Por tanto, haciendo una labor de integración el trámite sería:

- A) Elaboración del proyecto del Reglamento General de Ley de Servicio Civil por el Tribunal del Servicio Civil;
- B) Remisión al Órgano Ejecutivo a través del Ministerio de Gobernación: y
- C) Decreto y publicación con las formalidades Legales y Constitucionales por el Presidente de la República.

14. El Art. 37, de la Ley de Servicio Civil, violenta el Derecho de Audiencia y defensa cuando en su inciso primero dice: "Los funcionarios o empleados podrán ser trasladados a otro cargo de igual clase, aun sin su consentimiento cuando fuere conveniente para la administración pública o municipal y siempre que el traslado sea en la misma localidad. " Y si es contradictorio a la parte final del Art. 3 de la misma Ley?

El traslado a un cargo de igual clase en la misma localidad **no constituye una sanción**, sino, de acuerdo a la jurisprudencia, se vincula necesariamente con las necesidades del órgano estatal o ente público donde se presta el servicio público.

No obstante, como una manifestación del derecho a la estabilidad, son inaceptables los traslados arbitrarios, discriminatorios o por motivaciones políticas, o que impliquen un cambio de funciones, o alguna forma de desmejora para el funcionario o empleado.

15. ¿Pueden las Comisiones de Servicio Civil resolver casos de amonestación hecha por los jefes, o solo se da por recibido el informe del jefe que hubo una amonestación verbal o escrita?

Conforme la Ley de Servicio Civil los Jefes de servicio podrán en caso justificado suspender sin goce de sueldo hasta por cinco días en cada mes calendario y en

ningún caso más de quince días en el mismo año calendario. El artículo 42 dispone que las amonestaciones y esta clase de suspensiones no admitirán ningún recurso.

No obstante, se considera que bajo una interpretación amplia, las mismas podrían ser conocidas por el Tribunal del Servicio Civil vía la acción de injusticia manifiesta, contemplada en el Art. 13, letra b).

Es también pertinente señalar que toda sanción debe estar precedida de un procedimiento, aún expedito. Nuestra Sala de lo Constitucional se ha pronunciado sobre la procedencia de la configuración de procedimientos sancionatorios orales y expeditos, atendiendo a la naturaleza de las infracciones. Como mínimo deberá informarse al supuesto infractor, con claridad y citando el fundamento jurídico pertinente, la infracción que se le atribuye, y concederle la oportunidad de alegar su defensa y presentar los medios probatorios conducentes.

16. ¿Existe vulneración de Derechos Fundamentales en la aplicación de los Art. 42 inc. 3º y en la aplicación del Art. 58 de la Ley de Servicio Civil?

Las referidas disposiciones prevén como medida previa a la destitución, la suspensión previa o separación del funcionario o empleado.

El artículo 42 regula en su inciso final que “Las suspensiones impuestas por el Jefe de Servicio no contarán para los efectos del literal "b" del Art. 53", es decir, no se tendrán en cuenta como tercera “suspensión” para efectos de despido.

Es tema fundamental aclarar, que aún cuando el artículo 42 se refiera a *sanciones*, su naturaleza es de *una medida cautelar*.

Para entenderse lícita debe cumplir con requisitos:

- a. Apego a los presupuestos de ley: cuando se califique que “constituya grave peligro para la administración o fuere sorprendido infraganti cometiendo cualquiera de las faltas enumeradas en los artículos 32, 53 y 54”,
- b. Debe comunicarse dentro de los 3 días hábiles después de ser emitido

el acuerdo a la Comisión respectiva en la misma nota que manifieste su decisión de destituir o despedir al servidor público.

17. ¿Se apeg a la legalidad, el que la Unidad Técnica Central enví ternas de colaboradores jurídicos a los juzgados, basándose en un Manual de Clasificación de cargos, la Ley de la Carrera Judicial, y el reglamento general de ésta?

El artículo 14 de la Ley de la Carrera Judicial establece que “los cargos de los servidores judiciales *de la carrera judicial*, que no ejercen jurisdicción, se registrarán también por el ordenamiento y clasificación que señale el Reglamento y el Manual de Clasificación de cargos”.

Por tanto, cualquier personal que no esté incluido en la carrera judicial –como actualmente los colaboradores jurídicos a que alude la pregunta- no le son aplicables los cuerpos normativos aludidos, sino la Ley de Servicio Civil.

18. Una persona realiza labores permanentes bajo relación de subordinación en actividades propias del Municipio, y ha sido contratado bajo disposiciones de la LACAP ¿Qué tipo de acción le corresponde seguir ante una terminación de su contrato?

Si se disfraza una relación de régimen administrativo bajo otra figura debe prevalecer el fondo de la relación, es decir, la permanencia y la realización de las actividades propias de la función pública.

Consecuentemente, dicho sujeto, si realiza labores de carácter permanente, estaría amparado por la Ley de la Carrera Administrativa Municipal y por ende sujeto a los mecanismos que dicha Ley dispone.

19. ¿Es aplicable supletoriamente el Código de Trabajo al régimen de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal?

La supletoriedad natural del régimen de los servidores públicos municipales apunta hacia la Ley de Servicio Civil, como “ley madre” del estatuto público.

Lo anterior se desprende del artículo 82 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal, la cual, al establecer el carácter prevalente de dicha ley sobre la Ley del Servicio Civil, permite inferir que esta última es de aplicación supletoria.

Sin embargo, respecto a los medios de prueba que puedan incorporarse en el proceso de autorización o nulidad de despido, algunos aplicadores sostienen también la procedencia del Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles, como norma supletoria.

20. Si un empleado ingresa a la Administración Pública bajo la figura de un contrato individual de trabajo –pero realizando funciones permanentes- y es despedido mediante un acto administrativo: ¿qué Tribunal es competente para conocer?

Actualmente existe una dualidad de competencias, ya que, tanto los Tribunales de lo Laboral como la Sala de Contencioso Administrativo admiten acciones derivadas de relaciones como las apuntadas, lo cual podría derivar en inseguridad jurídica.

Debemos apuntar que en razón de la materia, la llamada a conocer sobre la legalidad de actos administrativos es la Sala de lo Contencioso Administrativo. No obstante, no puede obviarse que en la práctica, la tramitación ante los Tribunales de lo Laboral deriva en resoluciones más garantistas, pues en dichas sentencias existen reconocimientos a salarios caídos.

BIBLIOGRAFIA

- Alli Arangurén, J., *Derecho administrativo y globalización*, Madrid, Thomson Civitas, 1ª Ed., 2004.
- Baños P., Orlando. *La estabilidad laboral del servicio público en El Salvador*, 1ª Ed., San Salvador. Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1999.
- Cassagne, J., *Derecho Administrativo*, T. II, ed. 6ª, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.
- Cotino Hueso, L., *Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década)*, en Revista del Poder Judicial, (3ª época), número 55, 1999 (III).
- Domínguez Vila, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.
- Dromi, R., *Derecho Administrativo*, Argentina, Editorial Ciudad Argentina. 11ª. Ed., 2006.
- Entrena Cuesta, R., *Curso de Derecho Administrativo, v. I/2. Organización Administrativa*, 12ª Ed., Tecnos, Madrid, 1998.
- Fiorini, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

- Fratti de Vega, K., *¿TENEMOS DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN?* En:
<http://adesaelsalvador.blogspot.com/2011/03/tenemos-derecho-una-buena.html> (Consultado el 3 de septiembre de 2011).
- García Macho, R., *Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción*, Revista Española de Derecho Administrativo, 1991.
- García Trevijano, E., *Sinopsis del artículo 103 de la Constitución*. Versión digital Diciembre 2003. En:
<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=103&tipo=2> (Consultado el 2 de septiembre de 2011).
- Garrido Falla, F., *Tratado de derecho administrativo*, volumen I, Tecnos, 14^a. Ed., 2005.
- Guerrero, O., *Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal, una apreciación administrativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2003.
- María Diez, M., *Manual de Derecho Administrativo t. II*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1979.
- Muñoz Conde, F., *Derecho Penal*, Parte General, Tirant lo Blanch, España, 2002.
- Nieto, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, Editorial Tecnos, 1994.

- Ojeda Avilés, A., *El empleo temporal en las Administraciones públicas. (Una aproximación unitaria)*, Civitas Revista española de Derecho Administrativo, Madrid, núm. 56/1987, Estudios, 1987.
- Ortega Álvarez, L., *Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la revisión de empleo público*, Civitas Revista española de Derecho Administrativo, Madrid núm. 26/1980, Estudios, 1980.
- Parejo Alfonso, Jiménez-Blanco, Ortega Álvarez, *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 1994.
- Revista Científica Equipo Federal del Trabajo - Núm. 47, Abril 2009. *Estabilidad laboral. Aportes*. En: <http://vlex.com/vid/79930607> (Consultado el 2 de octubre de 2011).
- Rey Prendes, J., *De la dictadura militar a la democracia. Memorias de un político salvadoreño 1931-1994*, San Salvador, 2008.
- Rodríguez Magariños, F., *La Relación Jurídico Penitenciaria Bajo La Óptica Del Derecho Administrativo*. Texto completo en www.uned.es (Consultado el 13 de septiembre de 2011).
- Sánchez Morón, M., *Derecho Administrativo parte general*, Madrid, Tecnos, 2005.
- Sánchez Morón, M., *Derecho de la función pública*, Madrid, Tecnos, 2ª Ed., 1997.
- Silva Cimma, E., *Derecho Administrativo chileno y comparado. La Función Pública*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

- SINDICATURA DE GREUGES DE BARCELONA, *El derecho a una buena administración*, ver texto completo en <http://www.bcn.es/sindicadegreuges/pdf/Informe%20Buena%20Administracion-castellano.pdf> (consultado el 3 de septiembre de 2011).
- Villegas Fernández, J., *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Núm. 23, año 2009. En: www.ripj.com (consultado el 20 de septiembre de 2011).