

Oficio No. 09858

Quito D.M. 21 SEP 2012

Señor doctor

Hugo Ruiz

**RECTOR DE LA UNIVERSIDAD POLITÉCNICA
ESTATAL DEL CARCHI, UPEC**

Tulcán, Provincia del Carchi.-

Señor Rector:

Me refiero a su oficio No. UPEC-R-2012.373-OF de 7 de mayo de 2012, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 8 de mayo del presente año, por el que formula dos consultas relacionadas con la aplicación de las normas que disponen la incorporación de personas con discapacidad al sector público, cuyo tenor es el siguiente:

“¿Cómo debe actuar la Universidad, para el cumplimiento del porcentaje al que se refiere tanto la LOSEP - Art. 64 - cuanto el Código del Trabajo -Art. 42 num. 33-, para la incorporación de personas con discapacidad, cuando en los concursos de méritos y oposición no se presentan candidatos o postulantes con discapacidad? ”;

“¿Cuál es la sanción para la institución pública por incumplimiento de las normas relacionadas a la incorporación con personas con discapacidad, cuando en la LOSEP -Art. 64 y el Código de Trabajo -Art. 42 num. 33 -, difieren en la forma de aplicarlas? ”.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender sus consultas, mediante oficios Nos. 07832, 07833 y 07834 de 16 de mayo de 2012, este Organismo requirió los criterios institucionales del Ministro de Relaciones Laborales, del Presidente del Consejo de Educación Superior y del Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Discapacidades, respectivamente; e insistió en dichos pedidos, en oficios Nos. 08392 y 08393 de 19 de junio de 2012, dirigidos en su orden, al Consejo de Educación Superior y al CONADIS.

Los requerimientos de esta Entidad, han sido atendidos mediante oficio No. MRL-AJ-2012 4084 de 13 de junio de 2012, ingresado el 14 de junio del presente año, suscrito por el abogado Juan Fernando Salazar, Ministro de Relaciones Laborales (S); y, con



oficio No. CONADIS-DE-2012-0601-O de 21 de junio de 2012, suscrito por el Director Ejecutivo del CONADIS. En tanto que, el Presidente Subrogante del Consejo de Educación Superior, en oficio No. CES-1354-2012 de 18 de junio de 2012, recibido el 21 de los mismos mes y año, manifestó que la competencia para atender consultas en materia de aplicación de las normas que rigen el talento humano de las entidades públicas corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales.

El Procurador General de la Universidad Politécnica Estatal del Carchi, en oficio No. 050-UPEC-PG de 7 de mayo de 2012, anexo a la comunicación de consulta, manifiesta que:

“Al ser una universidad, en la regulación del talento humano convergen dos normas esencialmente, como son el Código del Trabajo y la Ley del Servicio Público, entre una de las regulaciones se establece lo referente a la incorporación de personas con discapacidad; sobre este particular la LOSEP art. 64 determina el procedimiento y el porcentaje en relación al número total de servidores, así como una multa por su incumplimiento; de igual forma, en el Código del Trabajo Art. 42 numeral 33 se establece el porcentaje en relación al número de trabajadores”.

Agrega el Procurador General de la entidad consultante que, la Universidad Politécnica Estatal del Carchi “ha implementado dentro de sus políticas acciones afirmativas en beneficio de personas con discapacidad; sin embargo a los llamados no se han presentado, lo que no ha permitido implementar el porcentaje señalado en la ley”.

Concluye que: “La máxima autoridad de la institución deberá continuar disponiendo que dentro de los distintos concursos que lleve a efecto la entidad, se observen acciones afirmativas para las personas con discapacidad. En caso de que no se presentaren postulantes y aún así no sean favorecidos, la Dirección Administrativa planificará la incorporación progresiva haciendo un llamado público en base a méritos y bajo la contratación de servicios ocasionales”.

Respecto de la aplicación de sanciones por incumplimiento, el Procurador General de la Universidad Politécnica Estatal del Carchi, menciona que:



09858

“El mencionado art. 64 de la LOSEP, determina en su inciso cuarto que la sanción se dará si el Ministerio de Relaciones Laborales verificare el incumplimiento y si ese incumplimiento fuere imputable a la máxima autoridad, en este caso siempre ha existido la predisposición de incorporar normativas de inclusión, por lo que considero que no existiría fundamento legal para imponer una multa, más allá de que el Art. 42 numeral 33 difiere en la forma de imposición de la sanción, lo cual vuelve a estos preceptos en ambiguos”.

Por su parte, el Ministro de Relaciones Laborales Subrogante, en el oficio No. MRL-AJ-2012 4084 de 13 de junio de 2012, cita entre otras normas, el artículo 17 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) y los artículos 17 y 18 de su Reglamento, que en cuanto se refieren a los nombramientos que habilitan el ejercicio de función pública, los clasifica en: permanentes, provisionales, de libre nombramiento y remoción y de período fijo; y, el artículo 65 de la LOSEP, según el cual el ingreso a un puesto público se lo efectuará mediante concurso de merecimientos y oposición, previendo además que, se considerará la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad, aplicando al efecto acciones afirmativas.

Con respecto a la competencia del Ministerio de Relaciones Laborales para verificar el cumplimiento de las normas sobre inserción laboral para personas con discapacidad, el Ministro Subrogante de esa Cartera de Estado, invoca la Disposición Transitoria Octava de la LOSEP; y, añade que:

“(…) con Acuerdo No. 56 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 702, de 14 de mayo del 2012, expidió la Norma Sustitutiva de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, con la que se regula el proceso de reclutamiento y selección de personal para puestos protegidos por la carrera del servicio público que obligatoriamente deben realizarse a través de concursos de méritos y oposición. La Norma regula aspectos puntuales sobre las personas con discapacidad, con énfasis en las acciones afirmativas, como se observa del artículo 39”.

El Ministro de Relaciones Laborales Subrogante, cita además los artículos 70, 147, 149, 150 y la Vigésima Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Educación Superior, que establecen el



09858

régimen aplicable al personal académico de las universidades y escuelas politécnicas; y, sobre dicha base, manifiesta:

“De las normas legales invocadas se desprende que en las instituciones del Estado que están sujetas al ámbito de la LOSEP, como es el caso de la Universidad Politécnica del Carchi, pueden trabajar, funcionarios, servidores, docentes y obreros, **cada uno dentro del marco legal que corresponda en la aplicación de las diferentes figuras jurídicas**. Tratándose de funcionarios, lo pueden ejercer un puesto excluido de la carrera del servicio público, sea de libre remoción o de período fijo, en los términos que la Ley lo permita; para el caso de servidores, lo pueden hacer mediante nombramientos provisionales, permanentes; y, personal bajo contratos de servicios ocasionales, como se deja puntualizado (...).” (Lo resaltado me corresponde)

Respecto al personal sujeto a la LOSEP, el Ministro de Relaciones Laborales Subrogante, cita el artículo 64 de esa Ley; mientras que, con relación a las personas sujetas al Código del Trabajo, invoca el numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo; y, sobre dicha base normativa, concluye que:

“(...) se ha de entender que sí bien el artículo 64 de la LOSEP, se encuentra dentro del Capítulo IV que se refiere al Subsistema de Selección de Personal, este hecho no condiciona a que necesariamente se deba ingresar mediante concurso de méritos y oposición para ocupar puestos protegidos por la carrera en el servicio público por parte de personas con discapacidad a efectos de someterse a los tantos por cientos ya señalados (...).

En el evento de que la institución no pueda seleccionar personal con discapacidades bajo las diferentes posibilidades que permite el ordenamiento legal, deberá remitir al Ministerio de Relaciones Laborales los justificatorios que permitan comprobar la falta de demanda para esos fines y tomar las acciones que correspondan.

(...) Siendo así, y en apego a lo que establece la Primera Disposición Final de la LOSEP, esto es, que sus disposiciones por tener el carácter de Orgánica, prevalecerán sobre las ordinarias que se le opongan y orgánicas expedidas con anterioridad a su vigencia, en el



entendido de que luego de las inspecciones realizadas se verificare el incumplimiento de la norma por parte de las instituciones del Estado, se podrá aplicar lo que señala el artículo 64 de la Ley Orgánica del Servicio Público”.

El criterio institucional de CONADIS, contenido en oficio No. CONADIS-DE-2012-0512-O de 30 de mayo de 2012, manifiesta que:

“(…) para lograr la inclusión socio-laboral de personas con discapacidad, recomendamos que:

- Los Concursos de Méritos y Oposición de la Universidad, se publiquen en la WEB Socio-Empleo del Ministerio de Relaciones Laborales, para que un mayor número de personas con discapacidad tengan acceso a la información.
- (...) Para cumplir las normativas y contribuir al cumplimiento de las políticas sociales y económicas del Gobierno Nacional, la Universidad podría integrar personal con discapacidad bajo la modalidad de nombramiento provisional o contrato”.

El contenido de la consulta exige considerar como antecedente que, las personas con discapacidad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas, integran los grupos de atención prioritaria a los que se refiere el artículo 35 de la Constitución de la República.

Con respecto a las personas con discapacidad, el numeral 5 del artículo 47 de la Constitución de la República, establece que: “(...) Se reconoce a las personas con discapacidad, los derechos a: (...) 5. El trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas”; y, el artículo 330 *ibídem*, garantiza la inserción laboral de los discapacitados, previendo que:

“Art. 330.- Se garantizará la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad. El Estado y los empleadores implementarán servicios sociales y de ayuda especial para facilitar su actividad. Se prohíbe disminuir la remuneración del trabajador con discapacidad por cualquier circunstancia relativa a su condición”.



En concordancia, la letra c) del artículo 4 de la Ley sobre Discapacidades¹, prevé la inserción laboral de las personas con discapacidad, en los siguientes términos:

“Art. 4.- INTEGRACION SOCIAL.- El Estado a través de sus organismos y entidades garantiza el pleno ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes reconocen a todas las personas con discapacidad, mediante las siguientes acciones:

(...) c) Formación, capacitación e inserción en el sector laboral formal e informal; así como, otras modalidades de trabajo, pequeña industria y microempresa, talleres protegidos, trabajo en el domicilio, autoempleo, etc. (...)”.

En forma adicional, es pertinente considerar la disposición del artículo 229 de la Constitución de la República, que prescribe:

“Art. 229.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.

La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia”.

Del tenor de la norma constitucional citada se desprende que, el término “servidor público” se aplica en forma genérica para referirse a toda persona que preste servicios en las instituciones del sector público; y, conforme prevé el penúltimo inciso de la

¹ Publicada en el Registro Oficial No. 301 de 6 de abril de 2001.



misma disposición, los obreros del sector público se rigen por el Código del Trabajo.

Los servidores públicos de toda la administración pública, están sujetos a diferentes regímenes jurídicos. En el caso del personal académico de las Universidades y Escuelas Politécnicas, conforme expone el Ministro de Relaciones Laborales Subrogante en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, se rige por la Ley Orgánica de Educación Superior, para los obreros el Código del Trabajo y para los demás servidores la LOSEP.

La incorporación de políticas afirmativas de inclusión a grupos de atención prioritaria en los procesos de selección e ingreso al servicio público, está prevista por el antepenúltimo inciso del artículo 5 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP)², que prescribe:

“Las instituciones públicas sujetas a esta Ley, garantizarán que los procesos de selección e incorporación al servicio público, promuevan políticas afirmativas de inclusión a grupos de atención prioritaria, la interculturalidad y, la presencia paritaria de hombres y mujeres en los cargos de nominación y designación”.

Con relación a la inclusión de personas con discapacidad, el artículo 64 de la LOSEP, dispone:

“Art. 64.- De las personas con discapacidades o con enfermedades catastróficas.- Las instituciones determinadas en el artículo 3 de esta ley que cuenten con más de veinte y cinco servidoras o servidores en total, **están en la obligación de contratar o nombrar personas con discapacidad o con enfermedades catastróficas**, promoviendo acciones afirmativas para ello, **de manera progresiva y hasta un 4%** del total de servidoras o servidoras, bajo el principio de no discriminación, asegurando las condiciones de igualdad de oportunidades en la integración laboral, dotando de los implementos y demás medios necesarios para el ejercicio de las actividades correspondientes.

² Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010.



En caso de que por razones de la enfermedad catastrófica o discapacidad severa las personas no pudieren acceder a puestos en la administración pública, y, una persona del núcleo familiar de dicha persona sea éste cónyuge o conviviente en unión de hecho, padre, madre, hermano o hermana o hijo o hija, tuviere bajo su cuidado a la misma, **podrá formar parte del porcentaje de cumplimiento de incorporación previsto en el inciso anterior**, para lo cual se emitirá la norma técnica correspondiente para la contratación de estas personas. En caso de muerte de la persona discapacitada o con enfermedad catastrófica, se dejará de contar a éstas dentro del cupo del 4%.

No se disminuirá ni desestimaré bajo ningún concepto la capacidad productiva y el desempeño laboral de una persona con discapacidad o con enfermedad catastrófica a pretexto de los servicios sociales adecuados que se brinde a éstos para resolver y equiparar las condiciones desiguales que requieran para ejercer y desarrollar normalmente sus actividades laborales. Al primer mes de cada año, las servidoras y servidores públicos que hubieren sido integrados en el año anterior, obligatoriamente recibirán inducción respecto del trato y promoción de los derechos hacia sus compañeros y usuarios que merezcan atención prioritaria.

Si luego de la inspección realizada por parte del Ministerio de Relaciones Laborales, se verificare el **incumplimiento** de lo previsto en este artículo, y, **siempre y cuando aquello fuere imputable a la autoridad nominadora**, se impondrá a ésta una multa equivalente a cinco salarios básicos unificados del trabajador privado en general. En caso de mantenerse el incumplimiento, se le sancionará con la multa equivalente a veinte salarios básicos unificados del trabajador privado en general.

Si habiendo sido sancionada por segunda ocasión la autoridad nominadora, se mantuviere el incumplimiento, siempre y cuando en su jurisdicción exista la población de personas con discapacidad disponible para el trabajo, de conformidad con el catastro nacional de personas con discapacidad que mantenga el Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS), esto constituirá causal de remoción o destitución.

Respecto del valor de la multa que se imponga por este efecto, el cincuenta por ciento de la misma ingresará al Ministerio de Relaciones Laborales, valor que será destinado única y exclusivamente a fortalecer los sistemas de supervisión y control de dicho portafolio; y, el restante cincuenta por ciento ingresará al Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS) para dar cumplimiento a los fines específicos previstos en la Ley de Discapacidades.

El Ministerio de Relaciones Laborales, a través de la unidad de discapacidades y las inspectorías provinciales respectivas, supervisará y controlará cada año el cumplimiento de esta disposición en la administración pública”. (Lo resaltado me corresponde)

Del tenor de la norma transcrita se desprende que según su primer inciso, es obligación de las instituciones sujetas al ámbito de aplicación de la LOSEP, incorporar a personas con discapacidad o enfermedades catastróficas, hasta un 4% del total de sus servidores, previéndose en forma expresa que la incorporación de estas personas podrá ser mediante nombramiento o contrato. Como se verá más adelante, el porcentaje de personas con discapacidad que se incorporen a las instituciones públicas se deberá cumplir en forma progresiva, conforme al cronograma que establece la Disposición Transitoria Octava de esa Ley Orgánica, hasta llegar al cuatro por ciento en el año 2013.

El segundo inciso del citado artículo 64 de la LOSEP, confiere al Ministerio de Relaciones Laborales, competencia para expedir la norma técnica para la contratación de personas con discapacidad o de los parientes al cuidado del discapacitado. Los incisos cuarto y quinto de la misma norma, asignan a esa Secretaría de Estado atribución para imponer a la autoridad nominadora sanciones de multa y destitución en caso de incumplimiento de la citada norma legal; y, el inciso final del artículo 64 de la LOSEP, asigna al Ministerio de Relaciones Laborales, atribución para supervisar y controlar el cumplimiento de esta disposición. Similar previsión, con respecto a la competencia del Ministerio de Relaciones Laborales para imponer la sanción por incumplimiento, consta en el artículo 194 del Reglamento de la LOSEP.

El segundo inciso del artículo 65 de la LOSEP, dispone que:

“El ingreso a un puesto público se realizará bajo los preceptos de justicia, transparencia y sin discriminación



alguna. Respecto de la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad y de las comunidades, pueblos y nacionalidades, se aplicarán acciones afirmativas. El Ministerio de Relaciones Laborales implementará normas para facilitar su actividad laboral”.

En concordancia con el antes citado artículo 64 de la LOSEP, su Disposición Transitoria Octava, establece un cronograma de incorporación de personas con discapacidad, que deben observar obligatoriamente las instituciones públicas sujetas a su ámbito de aplicación. La citada disposición tiene el siguiente texto:

“OCTAVA.- A efectos del cumplimiento de la incorporación de personas con discapacidad y quienes adolecen de enfermedades catastróficas previsto en el artículo 64 de esta ley, se observará el siguiente cronograma progresivo: el uno por ciento en el año 2010, el dos por ciento para el año 2011, el tres por ciento para el año 2012, hasta llegar al cuatro por ciento en el año 2013.

Las personas que perciban el Bono Joaquín Gallegos Lara no estarán comprendidas dentro de las personas contempladas para tal objeto.

En el plazo de ciento ochenta días a partir de la publicación de la presente Ley en el Registro Oficial, el Ministerio de Relaciones Laborales, inspeccionará todas las instituciones y empresas del Estado a efectos de emitir el primer informe técnico sobre el cumplimiento o incumplimiento de la disposición de inserción laboral para personas con discapacidad”.

El artículo 193 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público³, contempla el ingreso al sector público de parientes de personas con discapacidades o enfermedades catastróficas, cuando el discapacitado no pueda acceder al puesto, previéndose que dicha incorporación de personal, formará parte del porcentaje de cumplimiento que establece el artículo 64 de la LOSEP. La citada norma reglamentaria, dispone:

“Art. 193.- De la vinculación.- En el caso de que una persona por motivos de discapacidad severa o enfermedad

³ Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril de 2011.



catastrófica debidamente certificada, no pudiera acceder a un puesto en la administración pública, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, padre, madre, hermano, hermana, hijo o hija, bajo quien legalmente se encuentre a su cuidado, **podrá** formar parte del porcentaje de cumplimiento señalado en el artículo 64 de la LOSEP, conforme determine la normativa del Ministerio de Relaciones Laborales”. (Lo resaltado me corresponde)

El inciso primero del artículo 2 de la Norma Técnica del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal del Sector Público, expedida por Acuerdo Ministerial No. 56 del Ministerio de Relaciones Laborales, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 702 de 14 de mayo de 2012, incluye en su ámbito de aplicación, a “todas las instituciones del Estado determinadas en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público - LOSEP”.

El artículo 39 de la citada Norma Técnica del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal del Sector Público, que ha sido citado en el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales, establece los puntajes que por acciones afirmativas se deben sumar a los resultados finales de los postulantes que en los concursos de merecimientos y oposición para el ingreso al servicio público, hubieren obtenido al menos la calificación mínima de 70 puntos.

Con respecto a los discapacitados, la letra a) del artículo 39 de la Norma Técnica del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal del Sector Público, dispone:

“a) Participación de personas con discapacidad y enfermedades catastróficas o quienes estén a cargo de estas.- En los concursos de méritos y oposición que efectúen las instituciones del Estado se declarará ganador o ganadora del mismo a aquella persona con discapacidad o con enfermedad catastrófica que haya logrado un puntaje final igual o superior a setenta (70) puntos, considerando que su situación personal no sea impedimento para cumplir con las actividades del puesto, lo cual será analizado por la UATH institucional, o quien hiciere sus veces, quien emitirá su respectivo informe.



Asimismo, esta disposición será aplicable para los postulantes que tengan a cargo a una persona con discapacidad o enfermedad catastrófica dentro de su núcleo familiar, sea cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, padre, madre, hermano o hermana, hijo o hija, siempre que demostrare mediante declaración juramentada que tiene a su cargo el cuidado de la misma.

Adicionalmente, a estas personas se las considerará dentro del porcentaje de personas con discapacidad o con enfermedad catastrófica respecto del total de las y los servidores y trabajadores de la institución.

Para ello se observará que:

a.1) Esta acción afirmativa se tomará hasta que la institución alcance, progresivamente, la proporcionalidad establecida en la Octava Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Servicio Público, esto es:

Año Porcentaje respecto al total de las y los servidores y trabajadores de la institución

2012 El tres por ciento (3%)

2013 El cuatro por ciento (4%)

Una vez completado el porcentaje establecido en el cuadro anterior para cada año, para el caso de nombramiento, no se aplicarán las acciones afirmativas contempladas en este literal. Sin embargo, si por cualquier causa se disminuye el número de personas en las condiciones señaladas se recurrirá nuevamente a la acción afirmativa mencionada".

La Disposición General Quinta de la referida Norma Técnica, respecto a la selección de personal sujeto a regímenes especiales, como es el caso de los docentes amparados en la Ley Orgánica de Educación Superior, establece que el ingreso del personal se regirá por sus respectivas leyes y disposiciones y subsidiariamente por las políticas, procedimientos y directrices establecidos en la LOSEP, su Reglamento General y esa norma.

Finalmente, respecto de los servidores públicos sujetos al ámbito de aplicación de la LOSEP, resulta pertinente considerar que, el



ingreso mediante concurso de merecimientos no es el único mecanismo para que las entidades públicas cumplan con el porcentaje de incorporación progresiva de personas con discapacidad al servicio público, sino que se puede recurrir también a la figura de los contratos ocasionales reglados por el artículo 58 de la LOSEP, que dispone:

“Art. 58.- De los contratos de servicios ocasionales.- La suscripción de contratos de servicios ocasionales será autorizada por la autoridad nominadora, para satisfacer necesidades institucionales, previo el informe de la unidad de administración del talento humano, siempre que exista la partida presupuestaria y disponibilidad de los recursos económicos para este fin.

La contratación de personal ocasional no podrá sobrepasar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad contratante; en caso de que se superare dicho porcentaje deberá contarse con la autorización previa del Ministerio de Relaciones Laborales, estos contratos no podrán exceder de doce meses de duración o hasta que culmine el tiempo restante del ejercicio fiscal en curso. Se exceptúa de este porcentaje a aquellas instituciones u organismos de reciente creación que deban incorporar personal bajo esta modalidad, hasta que se realicen los correspondientes concursos de selección de méritos y oposición y en el caso de puestos que correspondan a proyectos de inversión o comprendidos en la escala del nivel jerárquico superior. Por su naturaleza, este tipo de contratos no generan estabilidad.

El personal que labora en el servicio público bajo esta modalidad, tendrá relación de dependencia y derecho a todos los beneficios económicos contemplados para el personal de nombramiento, con excepción de las indemnizaciones por supresión de puesto o partida o incentivos para jubilación.

Las servidoras o servidores públicos sujetos a este tipo de contrato no ingresarán a la carrera del servicio público, mientras dure su contrato.

Para las y los servidores que tuvieran suscritos este tipo de contratos, no se concederá licencias y comisiones de servicios con o sin remuneración para estudios regulares o

09858

de posgrados dentro de la jornada de trabajo, ni para prestar servicios en otra institución del Sector Público.

Este tipo de contratos, por su naturaleza, de ninguna manera representará estabilidad laboral en el mismo, ni derecho adquirido para la emisión de un nombramiento permanente, pudiendo darse por terminado en cualquier momento, lo cual podrá constar del texto de los respectivos contratos.

La remuneración mensual unificada para este tipo de contratos, será la fijada conforme a los valores y requisitos determinados para los puestos o grados establecidos en las Escalas de Remuneraciones fijadas por el Ministerio de Relaciones Laborales, el cual expedirá la normativa correspondiente.

El contrato de servicios ocasionales que no se sujete a los términos de esta Ley, será causal para la conclusión automática del mismo y originará en consecuencia la determinación de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de conformidad con la ley.

En caso de necesidad institucional se podrá renovar por única vez el contrato de servicios ocasionales hasta por doce meses adicionales salvo el caso de puestos comprendidos en proyectos de inversión o en la escala del nivel jerárquico superior”.

De conformidad con la Disposición General Cuarta de la Norma Técnica del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal del Sector Público, son de designación directa los puestos que se llenen mediante contratos de servicios ocasionales, así como el personal con contrato para laborar en proyectos a mediano y largo plazo. El primer inciso de dicha Disposición, prescribe:

“Son de designación directa los puestos de libre nombramiento y remoción, los de período fijo, aquellos llenados conforme el literal b.1) al b.4) del artículo 17 de la LOSEP, los contratos de servicios ocasionales, así como el personal con contrato para laborar en proyectos a mediano y largo plazo. Para todas estas posiciones se deberá reunir los requisitos exigidos para cada puesto en el manual de puestos institucional o el manual de puestos genéricos,



09858

según sea el caso, lo que se debe establecer mediante la revisión y verificación de los documentos (...)"

De lo expuesto, se desprende que de conformidad con el artículo 64 de la LOSEP, es obligación de las instituciones públicas, incorporar como servidores, mediante contrato o nombramiento a personas con discapacidad o enfermedades catastróficas; según la Disposición Transitoria Octava de dicha Ley Orgánica, tal incorporación debe ser progresiva, hasta alcanzar el 4% del número total de servidores de la respectiva institución; y, conforme determinan el artículo 193 del Reglamento de la LOSEP y la letra a) del artículo 39 de la Norma Técnica del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal del Sector Público, para dar cumplimiento al porcentaje de incorporación de personas con discapacidad, se prevé inclusive el ingreso de los parientes que tengan a su cargo en forma directa al discapacitado. Finalmente, las entidades públicas podrían recurrir también a la figura de los contratos ocasionales reglados por el artículo 58 de la LOSEP.

Respecto del personal que preste servicios en el sector público, amparado por el Código del Trabajo, el primer inciso del numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo⁴, determina la obligación del empleador de incorporar personas con discapacidad, en los siguientes términos:

"33. El empleador público o privado, que cuente con un número mínimo de veinticinco trabajadores, está obligado a contratar, al menos, a una persona con discapacidad, en labores permanentes que se consideren apropiadas en relación con sus conocimientos, condición física y aptitudes individuales, observándose los principios de equidad de género y diversidad de discapacidad, en el primer año de vigencia de esta Ley, contado desde la fecha de su publicación en el Registro Oficial. En el segundo año, la contratación será del 1% del total de los trabajadores, en el tercer año el 2%, en el cuarto año el 3% hasta llegar al quinto año en donde la contratación será del 4% del total de los trabajadores, siendo ese el porcentaje fijo que se aplicará en los sucesivos años". (Lo resaltado me corresponde)

⁴ Codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 167 de 16 de diciembre de 2005. El numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo fue agregado por Ley No. 28, publicada en Registro Oficial No. 198 de 30 de enero del 2006.

La norma transcrita conforme a su tenor, es aplicable tanto para los empleadores públicos como para los privados; y, establece una incorporación progresiva de personas con discapacidad, hasta llegar al 4% del total de trabajadores, por lo que, respecto del porcentaje guarda concordancia con la previsión que en idéntico sentido contiene el artículo 64 de la LOSEP que antes se citó. Sin embargo, el numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo fue agregado por Ley No. 28, publicada en Registro Oficial 198 de 30 de enero del 2006, razón por la cual, a partir del año 2010 (quinto año), los empleadores están obligados a cumplir con el indicado porcentaje del 4%.

A partir de la promulgación de la Constitución de la República en el año 2008, su artículo 229 reserva la aplicación del Código del Trabajo en el sector público a los obreros.

De su parte, la Disposición Transitoria Primera del Decreto Ejecutivo No. 1701 reformado⁵, confiere al Ministerio de Relaciones Laborales, competencia para realizar la clasificación de servidores y obreros en el sector público. El numeral 1.1.1 del artículo 1 del citado Decreto 1701 establece los parámetros de clasificación de servidores y obreros; y, su subnumeral 1.1.1.4 prevé:

“1.1.1.4.- Por la naturaleza de las actividades que realizan, son trabajadores sujetos al Código del Trabajo: conserjes, auxiliares de enfermería, auxiliares de servicios, telefonistas, choferes, operadores de maquinaria y equipo pesado e industrial, ayudantes de las categorías indicadas en este numeral, guardias, personal de limpieza, mensajeros, técnicos en relación a las actividades descritas en este párrafo, recaudadores de recursos económicos del sistema de transporte y otros de similar naturaleza”.

El artículo 1 de la Resolución MRL-FI-2010-000118⁶ del Viceministro del Servicio Público del Ministerio de Relaciones Laborales dispuso, “Cambiar el régimen laboral de los siguientes puestos: conserjes, auxiliares de servicios, choferes, guardias, personal de limpieza y mensajeros, del régimen de la LOSCCA al Código de Trabajo (...)”; y, el artículo 5 de la citada Resolución

⁵ Publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009 y reformado por el Decreto Ejecutivo No. 225, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 4 de febrero de 2010.

⁶ Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 171 de 14 de abril de 2010.

ordenó respecto del personal que pase al régimen del Código del Trabajo, que se proceda a suscribir un contrato indefinido, conforme a dicho Código.

De lo expuesto se concluye que la obligación que establece el numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo, de incorporar trabajadores con discapacidad, en el caso de las instituciones públicas, significa que el cumplimiento del porcentaje (4%) que dicha norma establece, se debe determinar en función del personal que ha quedado sujeto al régimen del Código del Trabajo, conforme a la clasificación efectuada por el Ministerio de Relaciones Laborales mediante Resolución No.MRL-FI-2010-000118, que se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 171 de 14 de abril del 2012. Esto porque cuando se expidió la ley 28, en el sector público no se consideraban obreros a quienes ocupaban los puestos cuyo régimen laboral cambió en virtud de la referida resolución del Ministerio de Relaciones Laborales.

Con relación a la sanción para el empleador que incumpla con la incorporación de trabajadores con discapacidad, el párrafo final del numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo, prevé que:

“El empleador que incumpla con lo dispuesto en este numeral, será sancionado con una multa mensual equivalente a diez remuneraciones básicas mínimas unificadas del trabajador en general; y, en el caso de las empresas y entidades del Estado, la respectiva autoridad nominadora, será sancionada administrativa y pecuniariamente con un sueldo básico; multa y sanción que serán impuestas por el Director General del Trabajo, hasta que cumpla la obligación, la misma que ingresará en un cincuenta por ciento a las cuentas del Ministerio de Trabajo y Empleo y será destinado a fortalecer los sistemas de supervisión y control de dicho portafolio a través de su Unidad de Discapacidades; y, el otro cincuenta por ciento al Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS) para dar cumplimiento a los fines específicos previstos en la Ley de Discapacidades”.

El segundo inciso del artículo 117 del Código del Trabajo, confiere al Consejo Nacional de Salarios (CONADES) atribución para establecer anualmente el sueldo o salario básico unificado, que constituye la base de cálculo de las multas y sanciones por incumplimiento de la obligación de incorporar personas con discapacidad sujetas al ámbito del Código del Trabajo.



Del análisis que precede se desprende que, de conformidad con el numeral 5 del artículo 47 de la Constitución de la República, el Estado garantiza a las personas con discapacidades, derecho al trabajo, en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas.

En el ámbito del sector público, las relaciones del Estado y su personal de servidores públicos se rigen por diferentes cuerpos normativos. Considerando que la consultante es una Universidad pública, se aplica la Ley Orgánica de Educación Superior, respecto del personal docente; la Ley Orgánica del Servicio Público para los servidores no docentes; y, el Código del Trabajo para los obreros.

Respecto de la incorporación de personal con discapacidad, que es la materia específica sobre la que trata la consulta, el artículo 64 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) y su Disposición Transitoria Octava, establecen la obligación de las instituciones públicas que cuenten con más de veinticinco servidores en total, de incorporar en forma progresiva a personas con discapacidad como servidores amparados por esa Ley, hasta alcanzar en el año 2013, el cuatro por ciento del total de servidores sujetos a ese régimen jurídico.

Al efecto, las instituciones del sector público deben considerar la incorporación de personas con discapacidad mediante nombramiento, previo el respectivo procedimiento de concurso de merecimientos establecido para el ingreso a la carrera del servicio público; y, si fuere necesario para alcanzar el porcentaje obligatorio de incorporación de discapacitados al servicio público, la entidad podrá recurrir a contratos de servicios ocasionales, según la previsión que en tal sentido contiene el citado artículo 64 de la LOSEP.

Si los mecanismos de ingreso a los que se refiere el párrafo precedente, no fueren suficientes para cumplir el porcentaje de incorporación de personas con discapacidad que establecen los artículos 64 de la LOSEP y su Disposición Transitoria Octava, la entidad está facultada para resolver el ingreso al servicio público de los parientes a cuyo cargo se encuentre el discapacitado en forma directa, por nombramiento o contrato, conforme prevén tanto el artículo 193 del Reglamento de la LOSEP, como la letra a) del artículo 39 de la Norma Técnica del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal del Sector Público.



09858

En cuanto al personal de las instituciones del Estado que tenga la calidad de obrero, el numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo, ha determinado la obligación del empleador público que cuente con un número mínimo de veinticinco trabajadores, de incorporar personas con discapacidad, hasta cumplir el cuatro por ciento del total de trabajadores, es decir respecto del personal de la respectiva entidad pública amparado por la legislación laboral.

Tratándose de dos regímenes jurídicos distintos, cada uno de ellos está sujeto a sus propias regulaciones, plazos de cumplimiento del porcentaje de incorporación de personas con discapacidad y sanciones, aún cuando en los dos casos, el control del cumplimiento de las obligaciones de incorporar personal con discapacidad, corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales.

Por lo expuesto, con respecto a su primera consulta se concluye que, en relación al personal de servidores sujeto al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), el porcentaje de incorporación de personas con discapacidad al servicio público, es el establecido por el artículo 64 de la LOSEP, que se deberá cumplir obligatoriamente en forma progresiva conforme al cronograma establecido por el primer inciso de la Disposición Transitoria Octava de la misma Ley, de la siguiente forma: el uno por ciento en el año 2010, el dos por ciento para el año 2011, el tres por ciento para el año 2012, hasta alcanzar el 4% en el año 2013. El porcentaje de incorporación de personas con discapacidad sujetas a este régimen jurídico, se deberá calcular respecto de los servidores sujetos a la LOSEP, siempre que la entidad cuente con más de veinticinco servidores en total.

En cuanto se refiere a su segunda consulta, se concluye que no existe conflicto entre el artículo 64 de la LOSEP y el numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo para efectos de aplicar las sanciones para el caso de incumplimiento de la obligación de incorporar personal con discapacidad al sector público, en virtud de que, conforme se ha analizado a lo largo de este pronunciamiento, se trata de dos regímenes jurídicos distintos y en consecuencia es inaplicable el principio de jerarquía normativa.

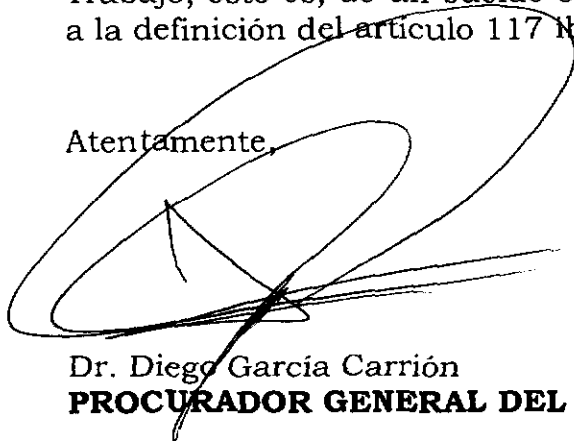
En consecuencia, de conformidad con el cuarto inciso del artículo 64 de la LOSEP, la sanción por incumplimiento de la obligación de incorporar personas con discapacidad, cuando dicho incumplimiento sea imputable a la autoridad nominadora, es la multa de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado; de mantenerse el incumplimiento, la multa es de veinte salarios



básicos unificados. En el evento de reiterar en dicho incumplimiento, constituye causal de remoción de la autoridad nominadora, de conformidad con el quinto inciso del citado artículo 64 de la LOSEP, siempre que en la respectiva jurisdicción exista población discapacitada disponible para el trabajo, conforme al catastro que mantenga el CONADIS. Las sanciones corresponde imponer al Ministerio de Relaciones Laborales según el artículo 194 del Reglamento a la LOSEP.

Mientras que, si el incumplimiento se refiere a la incorporación de personal sujeto al Código del Trabajo, la sanción para la autoridad nominadora, si fuera responsable del incumplimiento, es de un "sueldo básico" según el numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo, esto es, de un sueldo o salario básico unificado, conforme a la definición del artículo 117 *ibidem*.

Atentamente,



Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Dr. Francisco Vacas
MINISTRO DE RELACIONES LABORALES

Dr. Julio César Hinojosa Raza
**DIRECTOR EJECUTIVO DEL CONSEJO
NACIONAL DE DISCAPACIDADES**

Eco. René Ramírez
PRESIDENTE DEL CONSEJO DE EDUCACIÓN SUPERIOR