

Curso de Derecho Laboral Ecuatoriano

Graciela Monesterolo Lencioni



BIBLOS
LEX

Colección de Textos Jurídicos

Dykinson, S.L.

BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR

El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta de este.

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii** “(...) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (...) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones” y **literal vii** “La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad”.

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

Este libro está disponible físicamente en

Biblioteca:

Biblioteca Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Piso:

Estante:

Bandeja:

PB

05

07

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:

344.01
H. 742



BIBLIOS
LEX

FONDO EDITORIAL JURÍDICO

**CURSO DE DERECHO
LABORAL ECUATORIANO**

Graciela Monasterolo Lencioni

FUNDADA EN 1620
QUITO

Loja, diciembre 2011

p: PB
E: 05
B: 07

344.01
M. 742

PRESENTACIÓN



BIBLOS
LEX

FONDO EDITORIAL JURÍDICO

CURSO DE DERECHO LABORAL ECUATORIANO

Graciela Monesterolo Lencioni

Loja, diciembre 2011

C: 12221

ID 1229

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

*Esta obra ha sido sometida a evaluación y valorada positivamente
por parte del Consejo Asesor de Editorial Dykinson*

Colección Cultura de la Paz
Ecuador 2011

© Copyright by
Graciela Monesterolo Lencioni

© Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es> / <http://www.dykinson.com>

© Universidad Técnica Particular de Loja

ISBN (Editorial Dykinson): 978-84-9982-906-7
ISBN (UTPL): 978-9942-08-267-1

Primera edición

Marzo, 2012
400 ejemplares

Diseño, maquetación e impresión:
Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja
Call Center: 593 7 / 2588730, Fax: 593 7 / 2611418
C.P.: 11-01-608
www.utpl.edu.ec
San Cayetano Alto, s/n
Loja-Ecuador

Arte portada: Pintura "Justicia"
Autora: T'Pons
www.TPonsArt.Galeon.com

PRESENTACIÓN

Graciela Monesterolo nos entrega ahora un libro que recoge las lecciones que nos diera en sus dos libros anteriores, el uno sobre el Derecho Individual y el otro sobre el Derecho Colectivo, pero además profundiza en sus fundamentos y análisis, a la vez que actualiza la doctrina y las fuentes del Derecho Laboral Ecuatoriano. Todo esto habla bien de su calidad de profesora universitaria que no se detiene en el texto de la ley ni en las opiniones ya vertidas al respecto, sino que a su agudo análisis añade la reflexión propia sobre ese texto y aprovecha las nuevas luces que, para su mejor comprensión, aportan el progreso de las ciencias jurídicas y el mejor conocimiento de la realidad social.

Con la frescura de la joven especialista, da testimonio de la vigencia de esta rama del Derecho que aunque cronológicamente no es la más nueva, no por ello ha perdido vigencia ni actualidad para garantizar un poco más de justicia en las relaciones entre trabajadores y empleadores, en el marco del sistema de producción en el que la propiedad de los factores de la economía están desigual e inequitativamente distribuidos.

El Derecho del Trabajo o Derecho Laboral, como Graciela prefiere denominarlo, ha logrado consolidarse como disciplina jurídica autónoma y sus principios se han incorporado al texto de muchas constituciones, especialmente en Latinoamérica, y han dado origen al Derecho Laboral Internacional o Derecho Internacional del Trabajo, de lo que nos da cuenta la aurora de este Libro con el que se enriquece la bibliografía jurídica ecuatoriana, pues a estos principios dedica dos capítulos, uno a los del Derecho Laboral en general y otro a los del Derecho Colectivo.

Las fuentes del Derecho Laboral son poco estudiadas entre nosotros, pese a su importancia capital en todo el Derecho y mucho más en esta Rama que puso fin y para siempre al dogma positivista de que no había más Derecho que el creado por el Estado y, en este, por el legislador, pues este tema es estudiado con criterio moderno y con suficiente detenimiento.

Las instituciones fundamentales, tales son el contrato individual de trabajo es analizado en todo su rico y complejo contenido, comienza por los sujetos y el objeto, luego se extiende a la jornada, descansos y vacaciones, la remuneración básica y las adicionales. De esta institución central, aunque no única, no deja nada por examinar y así las obligaciones no patrimoniales, lo mismo que la suspensión y la terminación del contrato se encuentran detenida y solventemente estudiados.

No descuida ni resta importancia al derecho o libertad sindical; la contratación colectiva, la huelga y los medios de solución pacífica de los conflictos de trabajo son

abordados con claridad y competencia científica, están tratados sistemáticamente y con claridad didáctica que ha de ayudar mucho a los estudiantes y, por igual, a los abogados y especialistas.

Aunque las instituciones del Derecho Colectivo sufrieron un fuerte revés con la flexibilización laboral, como se denominó al proceso iniciado con la Ley 133 y seguido con otras reformas, no han desaparecido del todo y siguen vigentes tanto en su rol de protectoras de los derechos de los trabajadores, como de promotoras de mejores condiciones de trabajo, lo mismo que de medios para el fortalecimiento de la democracia y por lo tanto encuentro acertado el espacio que a su estudio dedica Graciela Monesterolo en su libro, y mucho más si es que, como yo espero, con el andar de los tiempos estas instituciones lograrán desarrollarse más y mejor, por ser indispensables para la justicia social y consecuentemente para la paz en la vida de la sociedad.

Graciela Monesterolo no deja fuera de su mirada y estudio el Derecho Procesal Laboral, ya no como mero Derecho adjetivo, sino como parte sustancial del Derecho Laboral, cuyos principios y reglas servirían poco si es que los perjudicados con su violación no tuvieran a quién acudir para ser atendidos de manera eficaz y expedita en sus demandas.

Sin embargo, queda en deuda con los destinatarios del Derecho Laboral en lo que toca al estudio del Derecho Administrativo Laboral, al que hago votos porque, en el futuro próximo, le dedique su tiempo y su talento, no solo porque es parte importante del Derecho Laboral, sino también porque esta disciplina jurídica necesita el análisis desde la academia que aporte la visión científica a los importantes, pero insuficientes trabajos de que hasta ahora disponemos.

Un Derecho Administrativo Laboral sólidamente fundamentado en la ciencia y honestamente respetado en la práctica es indispensable para que los funcionarios ganen respetabilidad y prestigio, lo mismo de los trabajadores y empleadores, como de sus superiores jerárquicos que, por su competencia y honestidad, les deben garantizar estabilidad y capacitación permanente.

Es una lástima que los inspectores del trabajo sigan abandonados ante los cambios políticos y temperamentales de sus jefes, en la arcaica creencia de que para este delicado cargo se puede improvisar gente, sin tener en cuenta que para desempeñarlo eficaz y eficientemente se necesita conocimientos complejos y múltiples, a la vez que probada honorabilidad.

Felicitaciones Graciela, que los estudiantes y especialistas saquen el mayor provecho de sus desvelos y tesón.

Julio César Trujillo V.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

Abreviaturas y siglas más frecuentemente usadas

ANC	Asamblea Nacional Constituyente
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CC	Código Civil
CNA	Código de la Niñez y Adolescencia
CNJ	Corte Nacional de Justicia
COFJ	Código Orgánico de la Función Judicial
CONADES	Consejo Nacional de Salarios
CONADIS	Consejo Nacional de Discapacidades
CONEPTI	Comité Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil
COPCI	Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones
CPC	Código de Procedimiento Civil
CR	Constitución de la República
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CT	Código del Trabajo
DE	Decreto Ejecutivo
IESS	Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
Inc.	Inciso
LOEP	Ley Orgánica de Empresas Públicas
LOSP	Ley Orgánica de Servicio Público
No.	Número
nral.	Numeral
OIT	Organización Internacional del Trabajo
p.	Página
pp.	Páginas
RAE	Real Academia Española
RO	Registro Oficial
RO-S	Suplemento de Registro Oficial
ss.	Siguientes
TCA	Tribunal de Conciliación y Arbitraje

ÍNDICE

PRIMERA UNIDAD: EL DERECHO LABORAL

LECCIÓN 1: INTRODUCCIÓN AL DERECHO LABORAL

1.1	Definición de trabajo	25
1.1.1	Tipos de prestación de trabajo	28
1.2	Definición de Derecho Laboral	29
1.3	Naturaleza jurídica	30
1.4	Características del Derecho Laboral	32
1.5	Reseña histórica de la evolución del Derecho Laboral en el Ecuador...	33
1.6	Ámbito de aplicación del Derecho Laboral en el Ecuador	35
1.6.1	Trabajadores del sector privado y obreros del sector público	36
1.6.2	Artesanos no calificados	37
1.6.2.1	Relación del artesano no calificado con sus operarios y aprendices	38

LECCIÓN 2: PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL

2.1	Principios del Derecho en general	39
2.1.1	Principios del Derecho Laboral	40
2.1.1.1	Principios jurídicos	40
2.1.1.1.1	<i>In dubio pro operario</i>	40
2.1.1.1.2	Irrenunciabilidad	42
2.1.1.1.3	Igualdad y no discriminación	45
2.1.1.1.4	Continuidad o estabilidad	46
2.1.1.1.5	Progresividad	47
2.1.1.1.6	Intangibilidad y no regresividad	48
2.1.1.1.7	Primacía de la realidad	48
2.1.1.2	Principios políticos	49
2.1.2.1.1	Derecho al trabajo	50
2.1.2.1.2	Deber social de trabajar	52
2.1.2.1.3	Libertad de trabajo	53
2.1.1.3	Otros principios	57

LECCIÓN 3: FUENTES DEL DERECHO LABORAL

3.1	Definición.....	61
3.2	Clasificación de las fuentes	61
3.2.1	Fuentes de normas generales	62
3.2.1.1	Convenios internacionales.....	63
3.2.1.2	Constitución de la República del Ecuador.....	65
3.2.1.3	Mandatos constituyentes.....	66
3.2.1.4	Código del Trabajo y demás leyes laborales.....	67
3.2.1.5	Jurisprudencia.....	67
3.2.1.6	Reglamentos administrativos.....	69
3.2.1.7	Reglamentos internos de empresas.....	69
3.2.1.8	Fallos y resoluciones de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje	70
3.2.1.9	Resoluciones del CONADES y de las comisiones sectoriales de revisión de sueldos y salarios.....	70
3.2.1.10	Contratos colectivos.....	72
3.2.1.11	Actas transaccionales	72
3.2.1.12	Costumbre	73
3.2.1.13	Código Civil y Código de Procedimiento Civil	74
3.2.2	Fuentes de normas particulares.....	74
3.2.2.1	Contratos individuales de trabajo	75
3.2.2.2	Sentencias	75
3.2.2.3	Otras fuentes: doctrina, equidad y justicia social	75

SEGUNDA UNIDAD: LAS RELACIONES LABORALES INDIVIDUALES

LECCIÓN 4: EL CONTRATO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

4.1. Contrato individual de trabajo y relación de trabajo	79
4.1.1 Definición de contrato individual de trabajo	80
4.1.2 Naturaleza jurídica	81
4.1.3 Características del contrato individual de trabajo	82
4.1.4 Elementos del contrato individual de trabajo	84
4.1.4.1 Elementos de validez de los contratos en general	84
4.1.4.2 Elementos esenciales del contrato de trabajo	87
4.1.4.2.1 Acuerdo de las partes	87
4.1.4.2.2 Prestación de servicios	87
4.1.4.2.3 Dependencia o subordinación	88
4.1.4.2.4 Remuneración	90

LECCIÓN 5: SUJETOS DE LA RELACIÓN LABORAL INDIVIDUAL

5.1 Trabajador	91
5.1.1 Mujeres trabajadoras	93
5.1.2 Trabajo de personas de atención prioritaria	95
5.1.2.1 Trabajo de mujeres embarazadas	96
5.1.2.1.1 Derechos y garantías constitucionales	96
5.1.2.1.2 Protección por embarazo, parto y postparto	96
5.1.2.1.3 Guardería infantil o jornada laboral reducida	97
5.1.2.2 Trabajo de adolescentes	98
5.1.2.2.1 Derechos y garantías constitucionales	100
5.1.2.2.2 Requisitos para que proceda el trabajo de adolescentes	100
5.1.2.2.3 Jornadas de trabajo máximas	101
5.1.2.2.4 Períodos de vacaciones	101
5.1.2.2.5 Remuneración: garantías, montos y forma de pago	102
5.1.2.2.6 Obligaciones especiales de terceros a favor de los adolescentes trabajadores	102
5.1.2.2.7 Prohibiciones para adolescentes y empleadores	103

5.1.2.3	Trabajo de personas con discapacidad.....	105
5.1.2.3.1	Derechos y garantías constitucionales.....	106
5.1.2.3.2	Obligaciones especiales del empleador.....	107
5.2	Empleador	107
5.2.1	Representante	109
5.2.2	Contratista.....	110
5.2.3	Prestador de actividades complementarias	110
5.2.4	Colocadora de empleo	112

LECCIÓN 6: OBJETO DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

6.1	Objeto del contrato	113
6.2	Prestación de servicios personales dependientes y remunerados.....	114
6.3	Obligaciones y prohibiciones de las partes vinculadas por un contrato de trabajo	115
6.3.1	Obligaciones del empleador.....	115
6.3.1.1	Patrimoniales o pecuniarias	116
6.3.1.2	Ético jurídicas	117
6.3.1.3	Otras obligaciones.....	120
6.3.2	Prohibiciones del empleador	121
6.3.3	Obligaciones del trabajador adicionales a la prestación del servicio	122
6.3.3.1	Ético jurídicas	122
6.3.4	Prohibiciones del trabajador.....	123

LECCIÓN 7: MODALIDADES DE CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO

7.1	Clasificación del contrato individual de trabajo	125
7.1.1	Por la forma de celebración	125
7.1.1.1	Tácito.....	125
7.1.1.2	Expreso	125
7.1.2	Por la forma de ejecución	126
7.1.2.1	Por obra cierta.....	126
7.1.2.2	Por tarea.....	126
7.1.2.3	A destajo	127
7.1.3	Por el número de trabajadores	127
7.1.3.1	Unipersonal.....	127
7.1.3.2	Pluripersonal	127
7.1.3.2.1	De grupo	127

7.1.3.2.2	De equipo.....	128
7.1.3.2.3	De enganche.....	128
7.1.4	Por la forma de remuneración.....	129
7.1.4.1	Sueldo.....	129
7.1.4.2	Jornal.....	129
7.1.4.3	En participación.....	129
7.1.4.4	Mixto.....	130
7.1.5	Por el tiempo de duración.....	130
7.1.5.1	Plazo fijo.....	130
7.1.5.2	Indefinido.....	132
7.1.5.3	Contratos precarios.....	133
7.1.5.3.1	Obra cierta.....	135
7.1.5.3.2	Eventual.....	135
7.1.5.3.3	Ocasional.....	135
7.1.5.3.4	De temporada.....	136
7.1.6	Otras modalidades contractuales.....	136

LECCIÓN 8: JORNADAS DE TRABAJO, DESCANSOS Y VACACIONES

8.1	Definición de jornadas de trabajo.....	139
8.2	Clasificación de las jornadas de trabajo.....	140
8.2.1	Por las horas del día en que se realiza: diurna, nocturna y mixta.....	140
8.2.2	Por el origen: legal y contractual.....	140
8.2.3	Por la duración y día en que se realiza.....	142
8.2.3.1	Jornada ordinaria.....	142
8.2.3.2	Jornada extraordinaria.....	144
8.2.4	Por el motivo.....	145
8.2.4.1	Suplementaria.....	145
8.2.4.2	De recuperación.....	145
8.2	Descansos.....	146
8.3.1	Definición.....	146
8.3.2	Clasificación.....	147
8.3.2.1	Diario.....	147
8.3.2.2	Forzoso.....	147
8.3.2.3	Obligatorio.....	148
8.3.2.4	Anual.....	149
8.4	Vacaciones.....	149
8.4.1	Definición.....	149
8.4.2	Regulaciones.....	149

LECCIÓN 9: REMUNERACIÓN

9.1	Definición.....	151
9.2	Clases de remuneraciones.....	152
9.3	Principios que regulan la remuneración.....	153
9.4	Garantías de la remuneración.....	154
9.5	Componentes y exclusiones de la remuneración.....	158
9.6	Salario digno.....	161
9.7	Remuneraciones adicionales.....	162
9.7.1	Decimotercera.....	162
9.7.2	Decimocuarta.....	162
9.8	Consejo Nacional de Salarios (CONADES).....	163
9.9	Consideraciones para la fijación de sueldos y salarios mínimos.....	165

LECCIÓN 10: OTRAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS DEL EMPLEADOR

10.1.	Fondo de reserva.....	167
10.1.1	Definición.....	167
10.1.2	Regulaciones.....	168
10.1.3	Forma de pago.....	168
10.1.4	Retiro del fondo de reserva.....	168
10.1.5	Evolución de la disponibilidad.....	170
10.2	Utilidades.....	171
10.2.1	Definición.....	171
10.2.2	Regulaciones sobre las utilidades.....	172
10.2.3	Forma de reparto.....	173
10.3	Jubilación a cargo del empleador.....	174
10.3.1	Definición.....	174
10.3.2	Regulaciones.....	175
10.3.3	Cálculo de la pensión jubilar.....	176
10.4	Obligaciones pecuniarias adicionales.....	176

LECCIÓN 11: SUSPENSIÓN DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

11.1 Definición.....	179
11.2 Causas de suspensión del contrato individual del trabajo.....	180
11.2.1 Causas biológicas	181
11.2.1.1 Riesgos del trabajo.....	181
11.2.1.1.1 Accidente de trabajo.....	181
11.2.1.1.2 Enfermedad profesional	182
11.2.1.2 Enfermedad no profesional	182
11.2.1.3 Embarazo, parto y post parto	183
11.2.1.4 Paternidad	184
11.2.2 Causas político-sociales	184
11.2.2.1 Huelga	185
11.2.2.2 Paro	185
11.2.3 Causas físico-económicas: caso fortuito y fuerza mayor	186
11.2.4 Otras causas	187
11.2.4.1 Beca de estudios	187
11.2.4.2 Calamidad doméstica	188
11.2.4.3 Servicio cívico militar	188
11.2.4.4 Trámite de visto bueno.....	189
11.2.4.5 Desabastecimiento en contrato de maquila.....	189
11.2.4.6 Desempeño de cargo público obligatorio.....	189

LECCIÓN 12: TERMINACIÓN DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

12.1 Definición.....	191
12.2 Causas de terminación	192
12.2.1 Por voluntad de ambas partes.....	192
12.2.2. Por causas ajenas a la voluntad de las partes.....	192
12.2.3 Por voluntad unilateral.....	193
12.2.3.1 Desahucio	193
12.2.3.1.1 Definición.....	193
12.2.3.1.2 Casos en que procede o no el desahucio	194
12.2.3.1.3 Trámite del desahucio	195
12.2.3.1.4 Efectos del desahucio	196
12.2.3.2 Visto bueno.....	197
12.2.3.2.1 Definición.....	197

12.2.3.2.2	Causales para solicitar el visto bueno.....	197
12.2.3.2.3	Trámite del visto bueno.....	198
12.2.3.2.4	Efectos del visto bueno.....	200
12.2.3.3	Despido intempestivo	201
12.2.3.3.1	Definición.....	201
12.2.3.3.2	Situaciones que configuran el despido	202
12.2.3.3.3	Indemnizaciones	202
12.2.3.3.3.1	Comunes o generales.....	203
12.2.3.3.3.2	Especiales	204
12.2.3.4	Abandono intempestivo	206
12.2.3.4.1	Definición.....	206
12.2.3.4.2	Situaciones que configuran el abandono.....	206
12.2.3.4.3	Indemnizaciones por abandono.....	207

LECCIÓN 13: PROCEDIMIENTO PARA SUSTANCIAR LOS CONFLICTOS LABORALES INDIVIDUALES

13.1	Tutela judicial y garantías constitucionales.....	209
13.2	Conflicto laboral individual.....	212
13.2.1	Definición	212
13.3	Competencia para la resolución de conflictos laborales individuales ...	213
13.4	Procedimiento oral laboral.....	214
13.4.1	Etapas del procedimiento oral	215
13.4.2	Características del procedimiento oral.....	220
13.4.3	Principios procesales	221
13.4.4	Regulaciones adicionales	224

TERCERA UNIDAD: LAS RELACIONES LABORALES COLECTIVAS

LECCIÓN 14: DERECHO LABORAL COLECTIVO

14.1	Definición.....	229
14.2	Instituciones básicas del Derecho Laboral Colectivo	231
14.3	Evolución del Derecho Laboral Colectivo en el Ecuador	232
14.4	Naturaleza jurídica	234
14.5	Características del Derecho Laboral Colectivo	235

LECCIÓN 15: PRINCIPIOS PARTICULARES DEL DERECHO LABORAL COLECTIVO

15.1	Declaraciones constitucionales	239
15.2	Principios particulares del Derecho Laboral Colectivo	240
15.2.1	Protección del trabajador	240
15.2.2	Autonomía colectiva	241
15.2.3	Co-decisión de la empresa.....	242
15.2.4	Participación de los trabajadores en la vida nacional.....	244
15.3	Otros principios	244

LECCIÓN 16: FUENTES PARTICULARES DEL DERECHO LABORAL COLECTIVO

16.1	Fuentes del Derecho Laboral Colectivo en el Ecuador	247
16.1.1	Constitución de la República del Ecuador.....	247
16.1.2	Mandatos constituyentes.....	248
16.1.3	Instrumentos internacionales	251
16.1.3.1	Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	252
16.1.3.2	Convención Americana de Derechos Humanos.....	253
16.1.3.3	Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales.....	253
16.1.3.4	Convenios y Recomendaciones de la OIT	254
16.1.4	Código del Trabajo.....	256
16.1.5	Contratos colectivos de trabajo	257
16.1.6	Fallos de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje.....	257
16.1.7	Actas transaccionales.....	258
16.1.8	Jurisprudencia.....	258
16.1.9	Estatutos de las asociaciones.....	259

LECCIÓN 17: DERECHO DE ASOCIACIÓN Y LIBERTAD SINDICAL

17.1	Derecho de asociación.....	261
17.1.1	Antecedentes del derecho de sindicalización.....	262
17.1.2	Evolución del sindicalismo en el Ecuador.....	264
17.2	Libertad sindical y autonomía sindical.....	266
17.2.1	Definición de libertad sindical	266
17.2.2	Definición de autonomía sindical	269
17.3	Unidad y pluralidad sindical.....	271
17.4	Tipos de sindicalización.....	273
17.5	Garantías sindicales	274

LECCIÓN 18: ASOCIACIONES PROFESIONALES

18.1 Definición de asociación profesional	279
18.2 Naturaleza jurídica de las asociaciones profesionales	280
18.3 Características	281
18.4 Constitución de asociaciones profesionales de trabajadores.....	282
18.4.1 Requisitos de forma y fondo	285
18.5 Funciones de las asociaciones.....	288
18.6 Clases de asociaciones profesionales de trabajadores.....	289
18.7 Sindicalización en el sector público ecuatoriano	292
18.8 Disolución y liquidación de las asociaciones	293

LECCIÓN 19: NEGOCIACIÓN COLECTIVA

19.1 Definición de contrato laboral colectivo	299
19.2 Naturaleza jurídica del contrato laboral colectivo.....	300
19.3 Características del contrato colectivo	301
19.4 Elementos del contrato colectivo	303
19.5 Requisitos especiales para el sector público ecuatoriano	305
19.6 Partes intervinientes	306
19.7 Objeto del contrato colectivo	308
19.8 Contenido del contrato colectivo.....	308
19.9 Negociación del contrato colectivo	311
19.10 Ámbito de validez del contrato colectivo	314
19.11 Efectos del contrato colectivo	315
19.12 Contrato colectivo obligatorio.....	316
19.12.1 Definición.....	316
19.12.2 Trámite del contrato colectivo obligatorio	317

LECCIÓN 20: REVISIÓN, SUSPENSIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO COLECTIVO

20.1 Revisión del contrato laboral colectivo.....	319
20.1.1 Trámite de revisión	320
20.1.2 Revisión a partir del Mandato Constituyente 8	321
20.2 Suspensión del contrato colectivo	326
20.3 Terminación del contrato colectivo.....	328

LECCIÓN 21: CONFLICTOS LABORALES COLECTIVOS

21.1 Definición.....	331
21.2 Clases de conflictos laborales	332
21.3 Competencia para la resolución de conflictos laborales colectivos	333
21.4 Principios para la resolución de conflictos.....	334
21.5 Métodos de solución de conflictos.....	335
21.6 Sustanciación de los conflictos colectivos.....	337

LECCIÓN 22: MEDIDAS DE ACCIÓN DIRECTA

22.1	Definición de medidas de acción directa.....	345
22.1.1	La huelga	346
22.1.1.1	Definición.....	346
22.1.1.2	Naturaleza jurídica	347
22.1.1.3	Reconocimiento del derecho de huelga.....	348
22.1.1.4	Condiciones de validez de la huelga.....	350
22.1.1.5	Características de la huelga	351
22.1.1.6	Fines de la huelga	352
22.1.1.7	Casos en que procede la huelga	353
22.1.1.8	Huelga en instituciones y empresas que prestan servicios de interés social o públicos	354
22.1.1.9	Clases de huelgas	356
22.1.1.10	Efectos de la huelga.....	357
22.1.1.11	Trámite para declarar la huelga.....	360
22.1.1.12	Terminación de la huelga.....	361
22.1.2	El paro.....	362
22.1.2.1	Definición.....	362
22.1.2.2	Naturaleza jurídica del paro.....	363
22.1.2.3	Características	363
22.1.2.4	Casos en que procede el paro.....	365
22.1.2.5	Clases: legal e ilegal	365
22.1.2.6	Trámite para declarar el paro	366
22.1.2.7	Efectos del paro.....	366

SECCIÓN I INTRODUCCIÓN AL DERECHO LABORAL

1.1.- Definición de trabajo

La definición de la palabra "trabajo" comprende nociones de naturaleza biológica, física, fisiológica, económica, filosófica y jurídica. Según la primera etimología, el sustantivo trabajo proviene de la palabra "trabaja" que significa afanarse, esforzarse, procurar. Podría decirse entonces que el trabajo es la lucha del ser humano contra las dificultades con el fin de satisfacer sus necesidades. Según la noción jurídica, el trabajo es la actividad humana que una persona natural o jurídica realiza en el servicio de otra, cualquiera sea el valor (Campos, 1993, p. 5-7).

Se considera trabajo toda actividad o esfuerzo humano susceptible de ser remunerado (Cabanchi, 1993, p. 10).

PRIMERA UNIDAD EL DERECHO LABORAL

Según el trabajo es una de las actividades humanas que se realizan para la satisfacción de las necesidades humanas. El trabajo es la actividad humana que una persona natural o jurídica realiza en el servicio de otra, cualquiera sea el valor (Campos, 1993, p. 5-7).

Se considera al trabajo como una actividad humana que se realiza para la satisfacción de las necesidades humanas. El trabajo es la actividad humana que una persona natural o jurídica realiza en el servicio de otra, cualquiera sea el valor (Campos, 1993, p. 5-7).

El trabajo es una actividad humana que se realiza para la satisfacción de las necesidades humanas. El trabajo es la actividad humana que una persona natural o jurídica realiza en el servicio de otra, cualquiera sea el valor (Campos, 1993, p. 5-7).

El trabajo es una actividad humana que se realiza para la satisfacción de las necesidades humanas. El trabajo es la actividad humana que una persona natural o jurídica realiza en el servicio de otra, cualquiera sea el valor (Campos, 1993, p. 5-7).

LECCIÓN 1 INTRODUCCIÓN AL DERECHO LABORAL

1.1.- Definición de trabajo

La definición de la palabra “trabajo” comprende nociones de naturaleza etimológica, física, fisiológica, económica, filosófica y jurídica. Según la primera de ellas, el sustantivo trabajo proviene de la palabra “trabajar” que significa sufrir, esforzarse, procurar. Podría decirse entonces que el trabajo es la lucha del ser humano contra las dificultades con el fin de satisfacer sus necesidades vitales. La noción jurídica concibe al trabajo como toda actividad humana, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, cualquiera sea su finalidad (Campos, 1997, pp. 3-7).

Se entiende por trabajo toda actividad o esfuerzo humano susceptible de valoración económica (Cabanellas, 1997b, p. 387).

No está por demás afirmar que el trabajo es el medio ordinario previsto por Dios para ganar el pan de cada día y por ende es un derecho y un deber natural del ser humano.

Según Jiménez el trabajo es uno de los medios más eficaces de auto- realización personal; uno de los pilares más sólidos sobre el que se fundan la auto-imagen, la auto-estima y la auto-aceptación (Jiménez, 1993, p. 29-30).

Aczel se refiere al trabajo como el acto típicamente humano destinado a producir utilidad, ya sea de bienes o servicios (Aczel, 2001, p. 1).

Grisolia alecciona que puede entenderse al trabajo humano en un sentido amplio “como toda actividad realizada por el hombre, con el esfuerzo físico e intelectual, que produce bienes y servicios y que tiene por objeto convertir las cosas, es decir, transformar la realidad”; pero advierte que “para el derecho del trabajo el concepto es más estricto”, por cuanto aquel solo se ocupa del trabajo dependiente (Grisolia, 2010, p. 12).

La Constitución de la República, dentro de los derechos del buen vivir, en su artículo 33, declara que el trabajo es un derecho y un deber social; un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía; mientras



que en el Art. 83, entre los deberes y responsabilidades de los ecuatorianos y ecuatorianas menciona en los numerales 2, 12 y 17, respectivamente: el no ser ocioso, el ejercer una profesión u oficio con sujeción a la ética, y participar en la vida política, cívica, y comunitaria del país, de una manera honesta y transparente, todo lo cual nos conduce a la necesidad de trabajar y ser productivos, en cualquiera de las modalidades legales posibles.

Afirmar que el trabajo es una actividad que le permite a las personas ganarse la vida, tiene por lo menos tres implicaciones. De una parte determina que el trabajo es medio tanto de bienestar como de supervivencia, en la medida en que posibilita el crecimiento personal y la integración social así como la satisfacción de las necesidades básicas del ser humano (vivienda, alimentación, educación, salud, vestuario). De otra parte, tal actividad (trabajo) no se circunscribe solamente al trabajo a sueldo, con un vínculo contractual de por medio que genera dependencia, como por ejemplo el contrato de trabajo (lo que se identifica como empleo), sino que también incluye el realizado por los independientes o por quienes desarrollan labores por cuenta propia.

Así mismo, abordar el trabajo desde el enfoque de derechos y particularmente desde la perspectiva de los derechos humanos, determina que se entienda como el derecho a participar en las actividades de producción y prestación de servicios de la sociedad y el derecho a participar de los beneficios obtenidos mediante estas actividades conjuntas en una medida que garantice un nivel adecuado de vida y, que al ser reconocido constitucionalmente como uno de los derechos fundamentales, goce de garantía judicial y pueda ser protegido en su núcleo esencial.

Ahora bien, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Constitución Política señalan obligaciones estatales de respeto, protección y cumplimiento para la realización del derecho al trabajo, como derecho vinculado a la subsistencia en condiciones de dignidad, justicia, equidad, igualdad y no discriminación y ratifica la interrelación entre los derechos, pues estos son universales, indivisibles e interdependientes. En este último sentido, como se mencionó atrás, la realización del derecho al trabajo posibilita la satisfacción de necesidades básicas de las personas tales como alimentación, vivienda, vestuario y salud y por tanto se relaciona con estos otros derechos económicos, sociales y culturales.

Y si de obligaciones estatales se trata, éstas deben diferenciarse dependiendo del momento en el cual se exige su cumplimiento. Las obligaciones de efecto inmediato, deben cumplirse independientemente de las limitaciones que el Estado pueda tener en materias administrativas, presupuestales o de cualquier otro tipo y están asociadas al núcleo esencial del derecho; en tanto que las de cumplimiento progresivo son obligaciones que pueden ser satisfechas en el tiempo. Respecto al derecho en estudio, el Estado tiene la obligación de velar por el ejercicio del derecho al trabajo, especialmente en su contenido esencial, y de adoptar medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga; la falta o limitación de recursos, no exime en modo alguno de la obligación de supervisar el grado de aplicación del derecho al trabajo, ni de formular estrategias y programas para dar efectividad a ese derecho.

La otra clasificación de las obligaciones es la referida al tipo de acción u omisión que debe desplegar el Estado. Las obligaciones de respeto significan que el Estado debe abstenerse de denegar o restringir el acceso a todas las personas, especialmente de las más vulnerables y marginadas a un trabajo digno; incluye la responsabilidad del Estado de prohibir el trabajo forzoso u obligatorio. Las obligaciones de proteger se refieren a que el Estado adopte medidas para impedir que terceros interfieran en modo alguno o atenten contra el disfrute del derecho al trabajo y la aplicación de las garantías establecidas. En tanto que las obligaciones de cumplimiento, requieren por parte del Estado la adopción de medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otra índole necesarias para la plena efectividad del derecho al trabajo (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2007, pp.10-11).

Angélica Porras al respecto advierte que partir de la premisa de que los derechos laborales son derechos humanos significa que no se puede utilizar como pretexto para su no cumplimiento la escasez de recursos o una situación de crisis, más aún cuando precisamente en esas épocas hay mayor riesgo de desempleo y de precarización de las condiciones laborales; y concluye sosteniendo que las leyes laborales requieren ser elaboradas “en el marco de un amplio diálogo social que permita negociar con total transparencia la defensa de los diferentes intereses involucrados en el tema, pero, además, la multiplicidad de temas relacionados con los derechos laborales hacen pensar en la construcción de un nuevo Código del Trabajo” (Porras, 2009, p. 176).



Ahora bien, como ya queda enunciado en la penúltima cita que precede, cuando nos referimos al trabajo no nos limitamos a aquél derivado de un contrato de trabajo que genera dependencia, sino también a aquellos realizados por los independientes o por quienes desarrollan labores por cuenta propia y es por ello que a continuación enunciamos las diferentes formas en que se puede prestar un servicio.

1.1.1.- Tipos de prestación de trabajo

La Constitución reconoce todas las modalidades de trabajo en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de auto-sustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores (Art. 325).

Según Valverde (1997, pp. 39-46) los tipos de prestación de trabajo “con trascendencia jurídica” son “utilizando cuatro clasificaciones: 1) trabajo por cuenta propia y trabajo por cuenta ajena; 2) trabajo autónomo y trabajo dependiente; 3) trabajo libre y trabajo forzoso; y 4) trabajo a título oneroso y trabajo benévolo”, los cuales pasamos a revisar de inmediato.

Trabajo por cuenta ajena o dependiente: cuando los frutos o resultados del trabajo no son adquiridos por el trabajador, sino que pasan directamente a otra persona quien se beneficia de ellos desde el momento que se producen. En definitiva, una persona distinta del trabajador tiene un poder jerárquico de disposición del esfuerzo realizado por éste e imparte órdenes sobre el modo de ejecución del trabajo.

El trabajo en relación de dependencia es un trabajo dirigido. El trabajador está bajo la dependencia o dirección del empleador: el trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo y se somete a sus decisiones e instrucciones respecto al trabajo, y el empleador se compromete a pagarle la remuneración pactada y a otorgarle condiciones de trabajo dignas, seguras e higiénicas para su condición humana (Grisolia, 2010, p. 86).

Trabajo por cuenta propia o trabajo autónomo: cuando el trabajador adquiere o se beneficia inmediatamente de los resultados productivos. En este caso el trabajador puede disponer plenamente el modo de ejecución de su trabajo, por cuanto no existen condicionamientos jurídicos en su ejecución.

“El autónomo trabaja por su cuenta y riesgo, no está sometido a una organización ajena, sino que lo hace en su propia organización o trabaja solo. Es un trabajador independiente” (Grisolia, 2010, p. 85).

Libre: es aquel en que no se da una compulsión jurídica para trabajar. El trabajador asume el esfuerzo laboral mediante actos voluntarios sucesivamente renovados.

Forzoso: es el trabajo impuesto por otra persona y por ende como excepción prevista en la ley. El deber de trabajar se establece por encima de la voluntad de los afectados.

A título oneroso: cuando la motivación principal que impulsa al trabajador es la obtención de una ventaja económica.

Benévolo: es el trabajo que se lo realiza de manera gratuita en el que “no se observa una relación de cambio (trabajo-remuneración) sino que se presta en forma desinteresada, sin buscar el beneficio propio”; en tales casos la persona que lo ejecuta “efectúa una obra de benevolencia, benéfica o un acto de mera cortesía ayudando a una persona [...] o a una institución que lo requiere [...] su objetivo es cooperar en una obra de bien común” (Grisolia, 2010, p.13); es decir que la motivación principal es altruista; se presta un servicio sin que exista ninguna contraprestación económica.

Domingo Campos por su parte menciona como formas de trabajo al material, intelectual, individual, colectivo, autónomo, dependiente, permanente y transitorio (Campos, 1997, pp. 9-13).

1.2.- Definición de Derecho Laboral

Citamos a continuación algunas definiciones propuestas por algunos estudiosos del tema.

- “Es el conjunto de principios y normas que tienen por finalidad principal la regulación de las relaciones jurídicas entre empresarios y trabajadores, en lo referente al trabajo subordinado, incluyéndose las normas de Derecho individual y colectivo que regulan los derechos y deberes de las partes entre sí y las relaciones de éstas con el Estado” (Aczel, 2001, p. 18).



- “Conjunto de principios, normas e instituciones que protegen, dignifican y tienden a reivindicar a todos los que viven de sus esfuerzos materiales e intelectuales para la realización de su destino histórico: socializar la vida humana” (Trueba, citado en Campos, 1997, p. 93).
- “Rama del Derecho que, en forma principal, se ocupa de regular tuitivamente la situación de las personas naturales que obligan, de modo total o parcial, su capacidad de trabajo, durante un período apreciable de tiempo, a un empleo señalado por otra persona, natural o jurídica, que remunera los servicios” (Thayer y Novoa, 1980, p. 25).

Julio César Trujillo propone, a partir del análisis del Art. 1 del Código del Trabajo, una definición en los siguientes términos:

conjunto de principios, instituciones y normas que regulan las relaciones entre trabajadores y empleadores, cualesquiera sean las modalidades y condiciones de trabajo, la de los artesanos con sus contratistas, y la de todos ellos con el Estado y con los órganos de este, encargados de la reglamentación e inspección del cumplimiento de las normas laborales, en los centros de trabajo (Trujillo, 2008, pp. 14-15).

Como bien lo advierte el último autor citado, las definiciones son dogmáticas-positivas cuando constan en el texto de una ley, mientras que son teórico-didácticas cuando son elaboradas por ciertos autores para enseñar o resumir sus enseñanzas; estas últimas a su vez pueden ser objetivas, si toman como diferencia específica un elemento objetivo como podría ser la relación jurídica, y subjetivas si en cambio se remiten a los sujetos de la relación laboral, esto es, al trabajador y al empleador (Trujillo, 2008, p.12).

1.3.- Naturaleza jurídica

Con cada vez mayor fuerza se habla de la “socialización del Derecho” en el sentido de que “prevalecen más el carácter estatutario sobre el contractual, los preceptos imperativos del Poder público, fundados en el interés general, sobre las libres relaciones de los particulares, al servicio de su propia conveniencia”; a lo cual se suma el hecho de que el trabajo “va perdiendo su significado individualista para convertirse en una gran fuerza social; de la misma manera que la producción, de actividad dirigida al enriquecimiento de sus titulares, se va encauzando hacia la planificación que el Estado determina según su enfoque predominante y los dictados de las necesidades sociales”; razones, entre otras, que permiten a

algunos juristas encuadrar al Derecho del Trabajo dentro del Derecho Público (Cabanellas, 2001, p. 154).

Como lo sostiene por una parte Clovis Bevilacqua, “leyes de orden público son aquellas que en un Estado establecen los principios cuya conservación se considera indispensable a la organización de la vida social, según los preceptos del derecho”, mientras que para Evaristo De Moraes “orden público significa lo que no puede ser derogado, renunciado, por simple manifestación de voluntad de los particulares. Es aquello que el Estado juzga imprescindible y esencial para la supervivencia de la propia sociedad, el bien común, la utilidad general” (Bevilacqua y De Moraes, citados en Plá, 1978, p. 77-78).

El Derecho del Trabajo se ocupa de regular relaciones entre particulares, ya sea que intervengan de manera individual o colectiva, lo que permite catalogarlo como de Derecho Privado, aun cuando se reconoce la intervención del Estado para limitar la voluntad de las partes en beneficio de la más débil.

La ubicación del Derecho del Trabajo dentro del Derecho Público, por el contrario, se funda en “el carácter imperativo de las normas y el interés general que las inspira”, mientras que para hacerlo dentro del Derecho Privado “se resalta la naturaleza volitiva del contrato de trabajo”; sin embargo si se considera que las relaciones laborales no se limitan a las que se dan entre empresarios y trabajadores, “surge la evidencia de que el Derecho Privado es insuficiente para explicar y regir” la instituciones básicas que se reconocen dentro de esta rama del derecho, como son las asociaciones profesionales, los contratos colectivos o, inclusive, los estatutos de las asociaciones que no tienen una naturaleza contractual (Cabanellas, 2001, p. 154).

Por todo lo expuesto se ha llegado a la conclusión de que el Derecho del Trabajo participa de una naturaleza jurídica mixta, una posición ecléctica entre las dos teorías antes enunciadas. “Al respecto sostiene PIC que el Derecho de Trabajo pertenece al derecho Público por cuanto organiza una especie de tutela administrativa sobre los trabajadores, pero depende por el contrario del Derecho Privado cuando estatuye sobre los contratos individuales (Cabanellas, 2001, p. 156).



1.4.- Características del Derecho Laboral

El Derecho Laboral es:

- nuevo, en la medida de que se encuentra aún en formación, está en constante expansión, es inacabado, dinámico;
- garante y protector porque genera condiciones para el ejercicio de los derechos, y prevé mecanismos de protección y exigibilidad de los mismos;
- especial en cuanto sus normas se aplican sobre las del Código Civil;
- público porque responde a un interés general con normas imperativas, que limitan la autonomía de la voluntad, por cuanto obedecen al interés general; aun cuando regula relaciones de naturaleza privada; y finalmente,
- autónomo en la medida de que tiene sustantividad propia; lo que le permite, al decir de Grisolia, “resolver *motu proprio* el objeto de la materia” quien agrega que dicha independencia es relativa, toda vez que el derecho “está interrelacionado entre sus distintas partes” (2010, p. 17).

Desde la nueva perspectiva de Derechos Humanos de la actual Constitución, que respeta a la persona y exige condiciones para la vida digna y consagra que todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía (numeral 6 del Art. 11), ya no se pueden mantener inalterables las características del Derecho Laboral; particularmente en cuanto a su naturaleza pública-privada y tutelar, lo que constituye todo un reto el cambio de tales paradigmas.

Ahora bien, el Derecho Laboral “es una rama autónoma ya que tiene su propio objeto (el trabajo subordinado), sus propios sujetos (trabajador, empleador, sindicatos), sus particulares principios [...], y su normatividad específica” (Aczel, 2001, p. 19). Lógicamente, la autonomía del Derecho Laboral es relativa, ya que mantiene vinculación con las demás ramas del Derecho y con el sistema jurídico en general. Por ello, a más de las normas pertinentes del trabajo, de manera supletoria y siempre que no contravengan los preceptos laborales, pueden aplicarse disposiciones legales de otras ramas del Derecho.

Además de los caracteres ya enunciados, Thayer y Novoa (1987, pp. 30-31) agregan los siguientes: de rápida evolución, como consecuencia del cambio social que al mismo tiempo regula e impulsa; inconcluso, en cuanto busca

incansablemente nuevas formas que reparen el desajuste social que le han dado origen; frecuentemente imperfecto, debido a la complejidad de las situaciones y tensiones en medio de las cuales ha nacido y se desenvuelve; y garantizador de derechos básicos irrenunciables.

1.5.- Reseña histórica del Derecho Laboral en el Ecuador

El Derecho del Trabajo como tal surge como respuesta a la desigualdad que se deba entre las partes vinculadas por una relación de trabajo dependiente y remunerado, frente a lo cual fue necesaria la intervención estatal para poner a favor de la parte más débil de la referida relación el peso de la ley, ya que hasta entonces se regulaban por el Código Civil que parte, en cambio, del supuesto de que las partes se encuentran en una situación jurídica de igualdad y que por ende pueden libremente acordar los términos contractuales, siempre que no fueran en contra de norma expresa o del bien común.

Américo Plá Rodríguez a propósito de fundamentar el principio protector, propio de esta rama del Derecho que revisaremos más adelante, sostiene que

Históricamente el Derecho del Trabajo surgió como consecuencia de que la libertad de contratación entre personas con desigual poder y resistencia económica conducía a distintas formas de explotación. Incluso, las más abusivas e inicuas.

El legislador no pudo mantener más esa ficción de una igualdad existente entre las partes del contrato de trabajo y tendió a compensar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica favorable al trabajador.

El derecho del trabajo responde fundamentalmente al propósito de nivelar desigualdades. Como decía Couture “el procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el de crear otras desigualdades” (Plá, 1978, p. 25).

La primer ley laboral aparece en el Ecuador en el año 1903 por medio de la cual se fijó la jornada máxima en ocho horas diarias y seis días por semana; los recargos por horas excedentes de trabajo, así como el desahucio.

La segunda ley data de 1921 sobre indemnizaciones por accidentes de trabajo, que fija además el tiempo de prescripción para las acciones provenientes de las



relaciones laborales y señala el procedimiento y competencia en las controversias laborales.

Ya en el año 1927 se expide la Ley de Prevención de Accidentes de Trabajo, en la que se impone la obligación al empleador de asegurar condiciones seguras para la salud y la vida de sus trabajadores, lo que incluye la adecuada limpieza, iluminación, ventilación, comodidad e higiene. Se prohíbe ocupar a mujeres y a menores de edad en trabajos considerados peligrosos. Se garantiza la estabilidad a la mujer por motivo de embarazo así como una licencia remunerada con el 50% por un total de diez semanas.

En 1928 se expide la Ley de Contrato Individual de Trabajo, la que dispone que en los contratos de plazo indefinido ninguna de las partes puede darlo por terminado sin previo aviso escrito con 30 y 15 días de anticipación según sea el empleador el trabajador quien presente tal aviso; caso contrario se condena al pago de las indemnizaciones correspondientes. Se prescribe que no hay lugar a las indemnizaciones en los contratos a plazo fijo, o en los duración inferior a un mes, en el caso de paro forzoso, o cuando se diere por terminado el contrato en base a causas lícitas.

En el mismo año de 1928 se expidió la Ley por Responsabilidad por Accidentes de Trabajo y la Ley de Procedimientos para las Acciones Provenientes del Trabajo.

Posteriormente se expidieron una serie de Decretos así como reformas a las leyes laborales hasta entonces existentes, particularmente a la Ley del Contrato Individual de Trabajo, hasta que finalmente en 1938 se expidió el primer Código del Trabajo con el cual, según palabras de Jorge Hugo Rengel, Presidente de la Comisión de Legislación de 1978, “culminan los esfuerzos de una generación que enarbó los ideales humanistas de la transformación económica y social del mundo. Desde entonces hemos hablado, con arrogancia y satisfacción, de nuestro Derecho Laboral que, como todo derecho, es un ente jurídico dinámico, en proceso de constante evolución” (Rengel, 1978).

Por ser en efecto el Derecho del Trabajo una rama nueva del Derecho, que se caracteriza por estar en permanente formación ha requerido de varias codificaciones para incorporar de manera paulatina todas las reformas a las leyes vigentes o bien nuevas leyes laborales, por lo que fueron necesarias sucesivas codificaciones posteriores a la de 1938; así pues la segunda data de 1960, la tercera de 1971, de 1978 la cuarta, de 1997 la quinta, y la de 2005 actualmente

en vigencia, que resulta ser la sexta, a la que le siguieron una serie de reformas, aún no codificadas.

Algunas leyes laborales marcaron verdaderos hitos en la historia del Derecho Laboral, de las que solo mencionamos, entre muchas otras, las siguientes que fueron incorporadas en las últimas dos codificaciones:

- Ley 90 de régimen de maquila y de contratación laboral a tiempo parcial (RO-S 493, 3-VIII-90).
- Ley 133 por la que se incorporan nuevas modalidades contractuales, como los eventuales, ocasionales y de temporada, se modifican las normas sobre la negociación colectiva, los conflictos colectivos y el régimen de huelga (RO-S 817, 21-11-91).
- Ley 2004-4 para la transformación económica del Ecuador, que entre otras reformas al Código del Trabajo incorporó la contratación por horas y dio paso a la unificación salarial (RO-S 34, 13-III-00), aunque cabe señalar que la contratación por horas ya ha sido eliminada por el Mandato constituyente N°. 8 (RO-S 330, 6-IV-08).
- Ley 2003-13, por medio de la cual se estableció el procedimiento oral en los juicios laborales (RO 146, 13-VIII-03).
- Ley 2006-48 que reguló la intermediación y la tercerización de servicios complementarios (RO-S 298, 23-VI-06), ambas figuras, sin embargo eliminadas y prohibidas por el Mandato 8.

1.6.- Ámbito de aplicación del Derecho Laboral en el Ecuador

El Derecho Laboral (concretamente el Código del Trabajo) se ocupa del trabajo dependiente y remunerado de empleados y obreros privados (Art. 8 CT) y de obreros de las instituciones del Estado y de las instituciones de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos (Arts. 10 CT, Art. 4 LOSEP, 229 y 326 nral. 16 CR).

No se ocupa consecuentemente ni del trabajo autónomo, excepto el del artesano, ni del trabajo de los pasantes (estudiantes regulares de centros de estudios de nivel superior) que pese a ser un trabajo dependiente, remunerado y del sector privado está sujetos a la Ley de Pasantías en el Sector Empresarial (RO 689, 5-V-95).



1.6.1.- Trabajadores del sector privado y obreros del sector público

El Código del Trabajo y demás leyes conexas, regulan las relaciones de las personas trabajadoras, sean estas empleadas u obreras del sector privado, y solo la de las personas obreras del sector público.

Lo dicho se confirma en la vigente Ley Orgánica del Servicio Público (RO 294, 6-X-10) que sustituyó a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (LOSCCA), que en el artículo 3 establece su ámbito de aplicación (organismos, entidades y personas jurídicas que conforman la administración pública), mientras que en el artículo 4 indica que son 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; y agrega de forma totalmente inapropiada en la parte final del referido artículo, que las trabajadoras y los trabajadores del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo, sin reparar que se refiere tan solo a una especie de ellas y ellos, es decir a obreras y obreros, quienes siguen amparados al Código del Trabajo, independientemente en dónde o a quien presten sus servicios.

En la Disposición General Décimo Octava de la misma Ley, al referirse al concepto de obrero/a, dice tan solo “personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, bajo el régimen del Código del Trabajo”, cuando esto viene a ser consecuencia de la calidad de obrera/a y no a la inversa. Para procurar aclarar qué es lo que está entendiendo el Asambleísta por obrero y bajo qué criterios, acudimos a la Ley de Empresas Públicas, aunque ésta tampoco lo aclara y más bien en el Art. 18 remite a la “autoridad competente” (entiéndase Ministerio de Relaciones Laborales) para la definición de obreros, la misma que deberá aplicar “parámetros objetivos y de clasificación técnica, que incluirá dentro de este personal a los cargos de trabajadoras y trabajadores que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública”¹.

La actual Constitución varió el régimen anteriormente aplicable, el mismo que constaba en el numeral 9 del anterior Art. 35, que se refería a un trato diferenciado para los servidores públicos, distinguiéndose aquellos que laboraban en instituciones cuyas actividades no eran delegables al sector privado, en cuyo

¹ La referida clasificación se materializó en la Resolución No. 000141-2009 de la SENRES por la que se expidió la normativa técnica que regula el procedimiento para la calificación de obreras, obreros, servidoras y servidores del sector público (RO 620, 25-VI-09).

caso las relaciones laborales se regulaban por el Derecho Administrativo, salvo los obreros que se sujetaban al Derecho del Trabajo; mientras que los servidores de aquellas instituciones cuyas actividades eran delegables total o parcialmente al sector privado, se regulaban por el Derecho Laboral, excepto las funciones de dirección, gerencia, representación, asesoría, jefatura departamental o equivalente, que se sujetaban al Derecho Administrativo. Esta reforma redujo consecuentemente de manera considerable el número de trabajadores del sector público y de instituciones del sector privado que cuentan con participación mayoritaria de recursos públicos, que se encontraban al amparo del Código del Trabajo, para pasarlos a la administración pública, al prescribir que quienes cumplan actividades de representación, dirección, administración o profesionales se sujetan a las leyes que regulan la administración pública, de conformidad con el nral. 16 del Art. 326 de la Constitución, en concordancia con el Art. 229 que en su inciso tercero proclama que las obreras y obreros del sector público están sujetos al Código del Trabajo.

1.6.2.- Artesanos no calificados

Los artesanos autónomos no calificados constituyen el segundo grupo de personas trabajadoras cuyas relaciones laborales se encuentran reguladas por el Código del Trabajo.

Se entiende por artesano no calificado al trabajador que desempeña una actividad manual, que bien puede ser maestro de taller, si cumple con los requisitos de ser mayor de edad; ser titulado; tener un taller al servicio del público; y estar inscrito en la Dirección Regional de Trabajo.

El Código Laboral considera artesano al trabajador manual, maestro de taller o artesano autónomo que, debidamente registrado en el Ministerio de Relaciones Laborales, hubiere invertido en su taller y en implementos de trabajo, maquinarias y materias primas, una cantidad no mayor a la que señala la ley, y que tuviere bajo su dependencia no más de 15 operarios y cinco aprendices; pudiendo realizar la comercialización de los artículos que produce su taller. Igualmente se considera artesano al trabajador manual aun cuando no hubiere invertido cantidad alguna en implementos de trabajo ni tuviere operarios (Art. 285 CT). Operario es el obrero que trabaja en un taller, bajo la dirección dependencia del maestro, y que ha dejado de ser aprendiz (Art. 288 CT).



El artesano autónomo ejerce su oficio o arte manual por cuenta propia, pero sin título de maestro ni taller. Su relación con el contratista o dueño de la obra está protegida por el Derecho Laboral.

1.6.2.1.- Relación del artesano con sus operarios y aprendices

El régimen legal aplicable a las relaciones del artesano con sus operarios y aprendices dependerá de si aquel se encuentra o no calificado por la Junta del Defensa del Artesano.

En el primer caso, es decir si el artesano es calificado, parte de un gremio u organización interprofesional, sus relaciones con sus operarios y aprendices se encuentran reguladas por la Ley de Defensa del Artesano (RO 71, 23-V-97) que les exime de las obligaciones propias de los empleadores sujetos al Código del Trabajo, con excepción de lo relativo a jornadas, salarios, vacaciones e indemnizaciones. La referida Ley comienza por precisar su ámbito de aplicación y, luego de definir lo que ha de entenderse por artesano, por maestro de taller, por aprendiz y por taller artesanal, se ocupa de los beneficios e incentivos fundamentalmente económicos de los agremiados.

En el segundo caso, esto es, si el artesano no es calificado, ni parte de un gremio ni organización inter-profesional, está sujeto al Código del Trabajo.



LECCIÓN 2 PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL

2.1 Principios del Derecho en general

Se concibe a los principios como los fundamentos sistemáticos que sustentan el ordenamiento jurídico.

El Diccionario Jurídico de Cabanellas, (1997b, pp. 319-320), indica que principio es la “máxima, norma, guía, razón, fundamento, origen”. Acerca de los principios generales del Derecho, advierte la dificultad de definirlos, al manifestar que:

Sánchez Román considera como tales los axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones, o sea, las reglas del Derecho. Según Burón, [son] los dictados de la razón admitidos por el legislador como fundamento inmediato de las disposiciones, y en los cuales se halla contenido su capital pensamiento. Una autorización o invitación de la ley para la libre creación del derecho por el juez (Hoffmann) y despectivamente como el medio utilizado por la doctrina para librarse de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante (Muger).

Al decir de Sabino Hernández los principios son líneas de acción que resultan de la conciencia de una sociedad y contexto determinados, que se van estructurando por la aceptación comunitaria a través del tiempo, por lo que llegan a ser el antecedente de nuevas normas y así resultan ser su fuente y punto de partida. Agrega además que son criterios que se adoptan frente a situaciones, ya sean presentes o futuras, conformándose en pautas o reglas de conducta humana (Hernández, 2005, p. 11).

Por lo dicho el estudio de los principios del Derecho Laboral “permite afirmar la autonomía de la materia, le dan cohesión interna y la convierten en algo unitario desde el punto de vista lógico”, además “deberían señalar en grandes líneas, los límites de aplicación posible del derecho del trabajo” (Ramírez, 2010, p. 737).

Los principios cumplen las siguientes funciones:

- Inspiran la expedición de normas.



- Guían su interpretación.
- Llenan vacíos.
- Informan al ordenamiento jurídico laboral.
- Orientan la resolución de casos.

Las finalidades de los principios del Derecho son: integrar la materia pues permiten su sistematización y, por esto, se convierten en directrices legislativas y judiciales que impiden que las reformas a la normativa desvirtúen la naturaleza y objetivo de las instituciones; informar, ya que iluminan la tarea de legislar y juzgar; interpretar, puesto que permiten desentrañar el verdadero sentido de las normas; y, por último, normar subsidiariamente los principios que integran el sistema jurídico para cubrir las lagunas del Derecho (Aczel, 2001, p. 39).

2.1.1.- Principios del Derecho Laboral

En este punto se abordan aquellos principios asumidos como peculiares del Derecho Laboral en cuanto se desarrollaron para proteger y favorecer el ejercicio efectivo de los derechos de la persona trabajadora. Dado el auge de los derechos humanos algunos de ellos son principios generales de aplicación, como lo establece la Constitución del Ecuador en su artículo 11.

2.1.1.1.- Principios jurídicos

Américo Plá Rodríguez (1978, p. 17) sostiene que son “criterios formales aplicables, en general, en cualquier circunstancia de lugar y tiempo. No aluden a ningún beneficio en concreto, por lo que tiene una significación muy general y amplia, extensiva a toda la disciplina”; en definitiva son los que responden a lo ya dicho respecto a los principios del Derecho en general.

2.1.1.1.1.- *In dubio pro operario*

Para abordar el principio en cuestión, conviene primero mencionar al principio *pro homine* consagrado en la Constitución en el Art. 427, que prescribe que en caso de duda en la interpretación de normas constitucionales se estará al sentido que más favorezca a la vigencia de los derechos; advirtiendo que

no se trata de un criterio para la opción entre dos normas, sino que es una guía para la protección de un derecho en cada caso particular. La diferencia entre uno y otro criterio significa que no habrá una norma que

sea, en todos los casos, la más garantizadora, sino que ello dependerá de su aplicación a cada hecho particular (Abregú) (Bovino, 2008, p. 1).

El principio *in dubio pro operario*, de conformidad al Art. 326 numeral 3 de la Constitución, establece que en caso de duda en cuanto al alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras.

A este principio también se le conoce como “de favor” o simplemente como principio protectorio, y es el que le da la especificidad al Derecho del Trabajo, puesto que dar una garantía especial ha sido precisamente la razón para independizar las relaciones laborales de las reguladas por el Derecho Común; además de que es el principio que verdaderamente cumple con las tres funciones enunciadas anteriormente y que caracterizan a los principios generales de una determinada rama del Derecho (Ramírez, 2010, p. 738).

Al decir de Julio César Trujillo (1986, p. 28) los derechos laborales surgieron precisamente con el propósito de proteger al trabajador ante la desigualdad en la que se encontraba frente a la parte empleadora, y para ello se adoptaron dos caminos: “la expedición de normas proteccionistas al trabajador y la promoción de la autodefensa de los interesados”.

El objetivo de la referida protección es “poner a las partes en una situación de igualdad negocial, que es la que idealmente tiene en vista el derecho común, pero que no se da en las relaciones laborales por la inferioridad económica en que está el trabajador”. “La forma de recrear esta igualdad es mediante desigualdades normativas de signo contrario a las que haya en la realidad” (Bodenheimer y Couture, respectivamente, citados en Ramírez, p. 739); de allí que se impongan de manera imperativa jornadas máximas de trabajo, salario mínimos, y un sinnúmero de obligaciones al empleador en procura de evitar abusos derivados de su facultad de dirección y mando y por ende proteger a la parte más débil de la relación laboral.

Este principio *in dubio pro operario* puede hacer prevalecer una norma de jerarquía inferior sobre la superior, sin alterar la esencia de la constitución jerárquico-normativa, pues a su vez, tiene reconocimiento de otra norma. Más aun, este principio sirve de jerarquía de las fuentes en el Derecho Laboral (Alonso, citado en Rubio, 1999, p. 14). Este principio no se limita solamente a la aplicación de las normas oscuras, sino también a condiciones de trabajo en general.



El principio *in dubio pro operario*, se expresa a través de las reglas de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa.

2.1.1.1.1.- Reglas del principio *in dubio pro operario*

Norma más favorable: Si hubiera más de una norma aplicable debería optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos de la jerarquía de las normas.

Condición más beneficiosa: “la regla de la condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse” (Plá, 1978, p. 60).

Para resolver las dudas respecto de la norma aplicable en la doctrina se distinguen tres teorías interpretativas. La primera de ellas es llamada teoría de la acumulación, la misma que determina que si a una institución (por ejemplo vacaciones) le fuere aplicable dos o más normativas, se toma lo mejor de cada una de ellas para crear una nueva que contenga la solución más conveniente a partir del “desplazamiento” de las normas en conflicto y de la construcción de una “ley” nueva con lo mejor de cada una de las “desplazadas”. La segunda es la teoría de conglobamiento que establece que se aplica la fuente de Derecho que resulte más favorable “*in totum*”. Finalmente, la teoría orgánica que implica la elección del conjunto de normas más favorables, pero por instituto (Aczel, 2001, p. 38).

El artículo 7 del Código del Trabajo, que armoniza con el numeral 3 del artículo 326 de la Constitución, opta por la teoría de conglobamiento.

2.1.1.1.2.- Irrenunciabilidad

La irrenunciabilidad es “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio”, mientras que la renuncia “equivale a un acto voluntario por el cual una persona se desprende y hace abandono de un derecho reconocido a su favor” (Plá, 1978, p. 67).

- En el Derecho Civil la regla general es la renunciabilidad, Art. 11 CC, cuyas condiciones de validez son:
 - o que solo afecte al renunciante y
 - o que no esté prohibida.
- En el Derecho Laboral la regla general es que los derechos del trabajador son irrenunciables (Art. 326 nral. 2, 11 nral. 6 CR y Arts. 37 y 56 CT).
- La violación a este principio:
 - o solo puede ser alegada por el trabajador, y
 - o produce la nulidad absoluta solo de la cláusula que la contenga, sin afectar la validez del contrato de trabajo.

La razón de la irrenunciabilidad en el Derecho Laboral se explica en las expresiones del autor español Hinojosa cuando sostiene que:

los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público o en perjuicio de un tercero [...] en la renuncia por el obrero de los beneficios que la ley le concede se dan las dos circunstancias que hacen imposible la renuncia. Pertenecen al orden público que el trabajo humano sea debidamente protegido y remunerado; que la codicia no explote a la necesidad; que impere la verdadera libertad, no disminuida por trabas económicas. Y sería casi siempre en daño de tercero – de los familiares del trabajador, de los compañeros de trabajo, que por su claudicación se verían constreñidos a aceptar condiciones inferiores de trabajo– la renuncia de sus derechos que equivaldría, por lo demás, a las de las condiciones indispensables para la efectividad del derecho a la vida (Hinojosa, citado en Plá, 1978, p. 69).

Son diversos los fundamentos de este principio, unos lo basan en el principio de la indisponibilidad; “otros lo enlazan con el carácter imperativo de las normas laborales. Otros lo vinculan con la noción de orden público. Otros lo presentan como una forma de limitación de la autonomía de la voluntad”, incluso otros, “en los vicios de consentimientos presuntos o reales que invalidarían la renuncia del trabajador” (Plá, 1978, pp. 70, 84).

En el supuesto de que pese a todo lo dicho el trabajador hubiere hecho renuncia de sus derechos, tal renuncia sería nula, y la acción para demandarla prescribe en

tres años contados desde la terminación de la relación laboral, pero la declaración surte efectos retroactivos.

La protección que pretende dar el Derecho Laboral resultaría absolutamente inútil sin el principio de la irrenunciabilidad por el que se le impide al trabajador disponer libremente de los derechos a él reconocidos, por lo que se requiere que el Derecho del Trabajo sea de aplicación imperativa, ya que:

si fuere derecho dispositivo o meramente supletorio de la voluntad de las partes, el resultado en la realidad debiera tender a ser igual que si no existiera, por lo mismo que sus normas contienen la intención de reemplazar lo que se presupone sería el resultado de la autonomía individual en una mayoría de los casos (Ramírez, 2010, p. 741).

La Constitución, sin embargo, declara admisible la transacción en materia laboral bajo dos condiciones: que se refiera exclusivamente a derechos litigiosos y que se celebre ante la autoridad competente (Art. 326 nral. 11). Esta regla no viola el principio de la irrenunciabilidad de derechos de los trabajadores ya que, según el artículo 7 numeral 6 del Código Civil, las meras pretensiones o meras expectativas no constituyen derecho; es lo que se conoce también como una renuncia anticipada de derechos aún no devengados. El máximo tribunal de justicia, en el fallo que trae la Gaceta Judicial Serie XIV, No. 10, p. 2324, ha considerado que no se violaría el principio de la irrenunciabilidad cuando se transige una vez terminada la relación de trabajo, aun cuando sea sobre derechos laborales. Criterio que llama la atención de quienes estimamos que las garantías de los derechos del trabajador no pueden limitarse a la vigencia de la relación laboral, sino que ésta debe extenderse hasta cuando se liquiden todos los beneficios derivados de la misma, más aún si se considera que precisamente la terminación del contrato es uno de los momentos de mayor vulnerabilidad para quien ha prestado servicios en relación de dependencia.

Tanto el Código del Trabajo como el Código Orgánico de la Función Judicial (Arts. 576 y 130 nral. 11, respectivamente) promueven que los jueces busquen la conciliación y la transacción entre las partes como una forma de resolver los conflictos en cualquier estado del proceso, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario.

En el juicio verbal sumario (en el que se sustanciaban los juicios laborales) la transacción tiene lugar en la audiencia de conciliación y en el actual procedimiento

oral laboral, vigente desde el 1-VII-04, la transacción cabe tanto en la audiencia preliminar como en la definitiva de conciliación.

La transacción tiene como elemento sustancial la renuncia unilateral de derechos, con la finalidad de llegar a acuerdos satisfactorios, de allí que en lo laboral sólo se pueda pensar en la transacción respecto a meras pretensiones, que no constituyen derecho. Por ello la mediación, como método alternativo de solución de conflictos, que procede también en lo laboral, siempre que sea con estricto apego a las normas y principios propios de esta rama del Derecho, y que resulte, por ende, equitativa, útil y satisfactoria para las partes, en la práctica genera mucha desconfianza ya que se la asimila con la renuncia de derechos que no procede tocante a los derechos del trabajador.

Por tanto, mientras la renuncia “presupone una certeza, por lo menos subjetiva, del derecho de que es objeto”, la transacción “presupone una inseguridad, siempre desde el punto de vista subjetivo, sobre el derecho o la situación jurídica respectiva, en lo que concierne a la existencia, límites o modalidades: es una *res dubia* según la doctrina tradicional”, sin embargo puede llegar a ser reconocida en ciertas circunstancias como posible y razonable (Lacerda, citado en Plá, 1978, p. 97).

2.1.1.1.3.- Igualdad y no discriminación

Este principio en el ámbito laboral se resume en: a igual trabajo, igual remuneración.

- Responde:
 - o al principio general de que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos (Arts. 11 nral. 2 y 326 nral. 4 CR), y,
 - o al sistema de inclusión y equidad (Arts. 340-341 CR).
- Consecuentemente el Estado debe garantizar el acceso al empleo en igualdad de condiciones a:
 - o jóvenes (Arts. 39 y 329 CR),
 - o comunidades, pueblos y nacionalidades (Art. 329 CR),
 - o personas con discapacidad (Art. 330 CR), y,
 - o mujeres (Art. 331 CR).



Los citados artículos de la Constitución resultan novedosos y acordes con los contenidos de los regímenes de desarrollo y del buen vivir, con el propósito de dotar de condiciones para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos.

2.1.1.1.4.- Continuidad o estabilidad

El Derecho Laboral tiende a garantizar la estabilidad del trabajador, tanto en el presente como en el futuro; no obstante, el objetivo es beneficiar a las dos partes del contrato de trabajo y a la sociedad en general y no, como podría pensarse, exclusivamente al prestador de los servicios; esto en razón de que por un lado, brinda seguridad económica a la empresa y por otro, responde a la intención de crear una nueva forma de convivencia humana basada en la estabilidad del trabajador lo que además aumenta el rendimiento laboral.

El principio de continuidad se proyecta en la:

preferencia por los contratos de duración indefinida; amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato; facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido; resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato, por voluntad patronal; interpretación de las interrupciones de los contratos como simple suspensiones; prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador (Plá, 1978, p. 157).

Rubio (1999, p. 26) recoge la reflexión que Plá realiza acerca las diversas denominaciones que ha recibido este principio. Expone que “estabilidad” designa un instituto concreto que tiene relación con uno de los aspectos del principio, mientras que “permanencia” da una idea de perennidad que no parece ser equivalente a la noción que encierra el principio. En cambio, “continuidad” tiene un significado sumamente apropiado: alude a lo que dura, a lo que se prolonga, a lo que se mantiene en el tiempo, a lo que continúa. Esta es la idea central que se quiere evocar con el principio enunciado.

El principio, llámese de conservación, permanencia, estabilidad o continuidad, se refiere a la subsistencia del contrato de trabajo que, por ser de tracto sucesivo, se ejecuta a lo largo del tiempo y no se agota por la realización instantánea de cierto acto. Según Guerrero (1986, p. 92), este principio “otorga al trabajador una expectativa a conservar su empleo con las modificaciones normales que imponga el transcurso del tiempo, en la medida en que se cumplen las obligaciones

contractuales por parte del trabajador”. Sin embargo en razón de este principio, el derecho del trabajador a conservar su puesto de trabajo no adquiere carácter vitalicio ni tampoco lo convierte en uno de propiedad del empleo

Según el Código del Trabajo la estabilidad es relativa en razón de que: el Art. 14 solo garantiza una estabilidad mínima de un año para contratos a plazo fijo o indefinido; y, la violación a esta garantía solo da derecho al trabajador a ser indemnizado pero no a demandar la restitución del puesto.

El principio en definitiva se concreta en el derecho a conservar el empleo hasta la jubilación o pérdida permanente de la capacidad laboral, siempre que no surja alguna causa justa de terminación del contrato de trabajo.

- Excepciones: el período de prueba y los contratos por obra, eventuales, ocasionales, de temporada, servicio doméstico, aprendizaje, los celebrados entre artesanos y sus operarios, y los demás que determine la ley.

2.1.1.1.5.- Progresividad

El principio de progresividad se encuentra reconocido en el Art. 11 numeral 8 de la Constitución, que reza:

el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

Este principio implica por una parte que toda norma jurídica, política pública o jurisprudencia debe ampliar de manera progresiva el nivel de tutela de los derechos reconocidos y no disminuirlo; y por otra que, ya en el ámbito laboral, los derechos de los trabajadores sean mejorados.

El Ecuador, como suscriptor del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (RO 222, 25-VI-10), “reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” se comprometió a “adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación

internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto” (Preámbulo del Pacto).

2.1.1.1.6.- Intangibilidad y no regresividad

Intangible significa que no debe o no puede tocarse (RAE, 2001).

Los derechos del trabajador son intangibles, es decir, no pueden ser desconocidos ni desmejorados por leyes, convenios o contratos colectivos posteriores (Art. 326 nral. 2 Constitución).

Este principio se vincula con el de no regresividad consagrado en el Art. 11 nral. 4 de la Constitución, que prescribe que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. Es decir que los derechos “una vez adquiridos revisten carácter obligatorios, inderogables e irrenunciables [...] ya que al disponer de los beneficios del trabajador una vez obtenidos configuran un comportamiento ilícito” (Grisolia, 2010, p. 71).

Si bien la intangibilidad o la no regresividad prohíbe el que los derechos adquiridos sean desmejorados, la disposición transitoria tercera del Mandato No. 8 ordenó que las cláusulas de los contratos colectivos de trabajo que se encontraban vigentes y que fueron suscritos por instituciones del sector público, empresas públicas estatales, organismos seccionales y por las entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza o estructura jurídica, el Estado o sus instituciones tenían participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos de recursos públicos, debían ser ajustadas, como en efecto lo fueron, con lo que muchos beneficios fueron recortados y desconocidos, violentando el principio de la intangibilidad y de la no regresividad, alegando para ello un interés superior.

2.1.1.1.7.- Primacía de la realidad

En caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que aparece en documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero: los hechos prevalecen sobre las formalidades, formas y apariencias.

Como el contrato existe, o al menos, a efectos legales se presupone siempre existente desde que una persona presta trabajo por cuenta y bajo dependencia ajena, aunque los sujetos de una relación laboral no quieran el contrato e incluso afirmen expresamente ante un órgano público que su relación de servicio no constituye contrato de trabajo, éste producirá efectos.

La existencia del contrato de trabajo excede, pues, de la voluntad expresamente exteriorizada por las partes. Se recurre para ello a la teoría del consentimiento tácito en unos casos, mientras que en otros basta la tesis de la mera imperatividad de las normas que en su aplicación han de prevenirse contra posibles intentos de evasión o desviación de sus efectos” (Plá, 1978, p. 258).

El principio de la primacía de la realidad se aplica cuando existe disconformidad entre los hechos y la forma que adopta una situación particular en relación con cualquier aspecto del contrato de trabajo. Dicha disconformidad puede resultar de la intención deliberada de simular una situación jurídica distinta de la real. En todo caso, se aplicará siempre el principio de la primacía de la realidad que se refleja en varios enunciados: vale el derecho y no el *nomen iuris* o verdad formal; los documentos no cuentan frente a los datos de la realidad; y, la verdad vence a la apariencia. En el caso de servicios prestados por adolescentes, por el que una o más personas se benefician, se presume la existencia de una relación laboral (Art. 20 CT).

2.1.1.2.- Principios políticos

Los principios políticos al decir de Trujillo (2008, p. 53), son los que “deberían guiar las políticas económicas y sociales de los gobernantes y de los organismos internacionales”, y aunque no hay uniformidad de criterio sobre los mismos, la mayoría coincide en que son los que se revisarán a continuación; por su parte Américo Plá Rodríguez nos dice que estos principios son “más programáticos que normativos; más de propaganda y consigna que de eficaz aplicación”, y concluye afirmando que son “postulados con un contenido material que representa la meta que debe alcanzar el derecho positivo en un país y en un momento determinados. Se refieren a determinados beneficios indicando los niveles que deben alcanzarse, que se presentan como polos conceptuales hacia donde debe dirigirse el esfuerzo normativo” (Plá, 1978, pp. 15 y 16).

Los principios políticos constituyen la guía que orienta a las normas laborales de carácter individual o colectivo y a las normas que regulan la seguridad social. La Constitución consagra tales principios en los artículos 33, 326, 327 y 328.

2.1.2.1.1.- Derecho al trabajo

El derecho al trabajo es la facultad de todo ser humano de exigir oportunidades de trabajo.

- Corresponde consecuentemente al Estado:
 - o asegurar al trabajador el respeto a su dignidad, existencia decorosa y remuneración justa, y,
 - o propender la eliminación de la desocupación y de la subocupación.
- El trabajador tiene derecho a reclamar de la sociedad y del Estado la adopción de medidas necesarias para procurar y mantener un empleo saludable, libremente escogido o aceptado, compatible con sus aptitudes y conocimientos.

Se ha entendido el derecho al trabajo como "... el derecho de toda persona a realizar una actividad lícita que le permita obtener medios que le garanticen a ella y a su familia una vida digna"; mientras que los derechos en el trabajo, se refirieron a que "el trabajo realizado se desarrolle en condiciones justas, equitativas y satisfactorias que garanticen todos los derechos de los trabajadores" (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2005, p. 17).

Se define el trabajo digno como aquel que

respeto los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración. También ofrece una renta que permite a los trabajadores vivir y asegurar la vida de sus familias, tal como se subraya en el artículo 7 del Pacto. Estos derechos fundamentales también incluyen el respecto a la integridad física y mental del trabajador en el ejercicio de su empleo (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2005, p. 4).

Porras señala que el concepto de trabajo digno aparece como respuesta a radicales cambios en las relaciones laborales que se estaban dando a propósito

de la globalización, ante las altas tasas de desempleo, la precarización y la flexibilización del mercado de trabajo, con la consecuente inestabilidad y por ende una creciente desprotección; y lo define como aquel “trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y se cuenta con remuneración adecuada y protección social” (Porras, 2009, pp. 165-166).

El Código de la Producción Comercio e Inversiones resulta muy controvertido y poco claro al momento de establecer lo que debe entenderse por salario digno mensual, así como los componentes del mismo y la obligación que impone a los empleadores de pagar una compensación adicional, en el supuesto de no haber cancelado a todos sus trabajadores un monto igual o superior al salario digno mensual, aún a costa de tener que repartir para ello el 100% de las utilidades; lo que responde a la consigna del gobierno de que “no pueden declararse ni repartirse utilidades en una empresa mientras haya un trabajador que no haya recibido al menos el salario digno mensual”.

El derecho al trabajo impone al Estado tres tipos o niveles de obligaciones jurídicas de carácter general: la de respetar, la de proteger y la de aplicar.

La obligación de respetar el derecho al trabajo exige que los Estados Partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de ese derecho. La obligación de proteger exige que los Estados Partes adopten medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo. La obligación de aplicar incluye las obligaciones de proporcionar, facilitar y promover ese derecho. Implica que los Estados Partes deben adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otro tipo adecuadas para velar por su plena realización (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2005, p. 8).

Al referirnos a la responsabilidad estatal, cabe señalar los cuatro componentes en los que la Defensoría del Pueblo Colombiana estructuró el derecho individual al trabajo, que son:

Disponibilidad de trabajo, referido a que el Estado brinde herramientas (políticas, programas, proyectos, acciones) que permitan a las personas acceder libremente al mercado laboral, ofrecer voluntariamente su fuerza de trabajo, encontrar empleo y desarrollar una labor. Accesibilidad al trabajo, garantizando que el acceso al trabajo se dé en igualdad de oportunidades



para todas las personas, particularmente en cuanto a la no discriminación, el acceso a la información y el acceso físico y geográfico. Aceptabilidad y calidad en el trabajo, implica condiciones justas, equitativas y satisfactorias en el trabajo, relacionadas con la jornada laboral, la promoción, remuneración, la seguridad e higiene, la estabilidad e igualdad en el trato. Adaptabilidad, al igual que el anterior se refiere también a las condiciones en el trabajo, enfatizando en la necesidad de consolidar todos los derechos de las personas con necesidades especiales que requieren adaptaciones de sus condiciones de trabajo, con el fin de garantizar la consolidación de todos sus derechos sin ningún tipo de discriminación

No debe olvidarse que los dos primeros componentes se ubican en la dimensión del derecho a trabajar y los dos últimos se ubican en la dimensión de los derechos en el trabajo. Para cada uno de los cuatro componentes, la estructura básica del derecho al trabajo clasifica las obligaciones del Estado en dos grandes bloques, que corresponden, uno a las generales y el otro a las obligaciones respecto a sujetos y grupos de especial protección (mujeres, niños, adultos mayores, personas con discapacidad). Esta estructura se profundizó aún más precisando para cada bloque de obligaciones aquellas consideradas de efecto inmediato y las de cumplimiento progresivo, según el momento en que se exige su cumplimiento (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2007, pp. 12-13).

En definitiva es obligación del Estado procurar la eliminación de la desocupación y de la subocupación, lo que resulta plenamente coherente con el convenio No. 2 de la OIT: sobre el desempleo (1919), suscrito y ratificado por el Ecuador, que en términos generales prescribe la obligatoriedad para todo Miembro que ratifique el referido Convenio de establecer un sistema de agencias públicas no retribuidas de colocación (Art. 2).

2.1.2.1.2.-Deber social de trabajar

Es la obligación de contribuir, a través del esfuerzo, al desarrollo y bienestar personal, familiar y colectivo.

- Las personas que ya han cumplido con el deber de trabajar o se encuentran en incapacidad de hacerlo, están exentas.
- Por el contrario, están prohibidas de trabajar:

- o las mujeres durante doce semanas por motivo del parto y post- parto;
- y
- o las niñas, los niños y los adolescentes menores de 15 años.

El derecho-deber de trabajar que la Constitución recoge en el Art. 33, desde tiempos remotos ha sido objeto de reflexión. Ya en el libro de Génesis en la Biblia encontramos: “con sudor de tu rostro comerás el pan hasta que vuelvas a la tierra” (Génesis 3:19); y, más tarde, el apóstol Pablo imponía: “si alguno no quiere trabajar, tampoco coma” (2Tes. 3:10). También “Aristóteles se refiere a dicho principio y a su función social al establecer la obligación del ser humano de contribuir con el trabajo para el bien común” (Thayer y Novoa, 1980, p. 15).

Sin embargo, conforme evolucionan las sociedades, el deber de trabajar adquiere connotaciones más amplias. Por un lado, se lo concibe como un deber social, moral y cívico, pero no como una obligación jurídicamente coercible; si fuera así, con poco acierto se concluiría que la desocupación resulta ser culposa (Thayer y Novoa, 1980, p. 17). Por otro lado, se hace responsable al Estado de proveer a sus miembros de fuentes de trabajo.

El Código Penal recoge el incumplimiento del deber social de trabajar y lo tipifica bajo los supuestos prescritos en los Arts. 383 y 385 que se refieren a los vagos y a los mendigos, respectivamente, con una pena de prisión de hasta un año.

Para las mujeres durante las doce semanas de licencia por maternidad, es prohibido trabajar; también lo es para los menores de quince años, de conformidad con los artículos 46 numeral 2 de la Constitución, 152 y 134 del Código del Trabajo y 82-83 del Código de la Niñez y Adolescencia.

2.1.2.1.3.- Libertad de trabajo

Es el derecho a escoger la ocupación a la cual dedicar el esfuerzo, según las capacidades e intereses personales, para procurarse una vida digna.

- Excepciones:
 - o servicios en establecimientos destinados a reclusión y prisión correccional,
 - o servicios de emergencia, e
 - o integración de las mesas receptoras de sufragios.

Si bien la Constitución en el Art. 33 garantiza a las personas trabajadoras el desempeño de un trabajo libremente escogido o aceptado, en la crisis económica que afecta no solo al Ecuador, sino a la región y al mundo en general, la oferta de las pocas plazas de empleo, es la que determina la ocupación.

Corresponde al Estado garantizar más eficazmente este derecho fundamental fomentando fuentes de trabajo estables y dictaminando políticas que favorezcan el empleo en todos los sectores.

Una de las formas en que el Estado garantiza la libertad de trabajo es sancionando, con prisión de uno a seis meses, a la autoridad política, civil, eclesiástica o militar que exigiere servicios no impuestos por la ley (Art. 209 del Código Penal).

El Ecuador firmó los Convenios 29 y 105 de la OIT, por los que se comprometió a eliminar el trabajo forzoso en todas sus formas.

Entiéndase por trabajo forzoso cualquier servicio coercitivamente impuesto, ya sea por el Estado ó por particulares. “La coacción puede ser violencia física, la privación de comida, de tierra, de salario, la privación de la movilidad o cualquier amenaza. La servidumbre por deudas es una forma de trabajo forzoso” (Porras, 2009, p. 169).

De conformidad al Convenio 29 de la OIT la expresión “trabajo forzoso u obligatorio” designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente; y por el contrario no comprende:

- al servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;
- el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;
- el trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial,
- cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor; y,
- los pequeños trabajos comunales (Art. 1).

El Convenio prohíbe a las autoridades competentes imponer o dejar que se imponga el trabajo forzoso u obligatorio en provecho de particulares, de compañías o de personas jurídicas de carácter privado (Art. 4)

Para que la autoridad facultada para imponer un trabajo forzoso u obligatorio pueda permitir que se recurra a esta forma de trabajo deberá previamente cerciorarse de que:

- el servicio o trabajo por realizar represente un gran interés directo para la comunidad;
- el servicio o trabajo es actual o inminentemente necesario;
- ha sido imposible procurarse la mano de obra voluntaria para la ejecución de este servicio o trabajo, a pesar de la oferta de salarios y de condiciones de trabajo iguales, por lo menos, a las que prevalecen en el territorio interesado para trabajos o servicios análogos;
- dicho trabajo o servicio no imponga una carga demasiado pesada a la población actual, habida cuenta de la mano de obra disponible y de su aptitud para emprender el trabajo en cuestión (Art. 9).

A continuación, algunos aspectos relevantes adicionales del Convenio No. 29 de la OIT.

- Sólo podrán estar sujetos al trabajo forzoso u obligatorio los adultos aptos del sexo masculino cuya edad no sea inferior a dieciocho años ni superior a cuarenta y cinco (Art. 11).
- Las horas normales de trabajo de toda persona sujeta al trabajo forzoso u obligatorio deberán ser las mismas que las que prevalezcan en el trabajo libre y las horas de trabajo que excedan de la jornada normal deberán ser remuneradas con arreglo a las mismas tasas aplicadas a las horas extraordinarias de los trabajadores libres. Se deberá además conceder un día de reposo semanal a todas las personas sujetas a cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio, debiendo coincidir este día, siempre que sea posible, con el día consagrado por la tradición, a los usos del país o la región (Art. 13).
- El trabajo aunque sea forzoso u obligatorio debe ser remunerado en metálico y con arreglo a tasas que, para el mismo género de trabajo, no



deberán ser inferiores a las vigentes en la región donde los trabajadores estén empleados, ni a las vigentes en la región donde fueron reclutados (Art. 14).

Por su parte en el Convenio 105 de la OIT sobre la abolición del trabajo forzoso encontramos que: todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo suscriptor del mismo se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio:

- como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido;
- como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico;
- como medida de disciplina en el trabajo;
- como castigo por haber participado en huelgas; o,
- como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa (Art. 1).

2.1.2.1.3.1.- Excepciones a la libertad de trabajar

El artículo 66 del Código Penal prescribe que el trabajo en los establecimientos destinados a reclusión y prisión correccional, que su producto se invertirá en la forma señalada por la Ley respectiva, y que el producto del trabajo del penado no es susceptible de embargo ni secuestro, salvo pago de alimentos forzosos.

Otra de las excepciones al principio de la libertad del trabajo era la prestación de servicios obligatorios para la defensa de la soberanía e integridad territorial, que estaba normada por la Ley de Seguridad Nacional, ya derogada. A continuación destacamos lo más relevante de los Arts. 3, 4 y 83 de la referida Ley.

El Art. 3 imponía tanto a ecuatoriano como a extranjeros en el territorio nacional, la obligación de cooperar para la seguridad nacional en la defensa de la soberanía e integridad territorial. Para lo cual, según el Art. 4, el Presidente de la República podía ordenar la prestación de servicios y la requisición y utilización de bienes en los términos que la misma norma prescribía.

El Art. 83 por su parte imponía la obligación a los habitantes del Ecuador, que fueran varones comprendidos entre los 18 y 60 años de edad no sujetos al cumplimiento de obligaciones militares y mujeres comprendidas entre los 18 y 50 años de edad, de prestar servicio a la defensa Civil.

La Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas del Ecuador, Código de la Democracia (RO-S 558, 27-IV-09), también contempla otro caso de excepción a la libertad de trabajo, pues establece la obligatoriedad del ejercicio de las funciones de vocales de los organismos electorales y sanciona su incumplimiento (Arts. 43 y 292 respectivamente).

Entre las excepciones a la libertad de trabajo se encontraba el servicio militar. Ahora, de conformidad al Art. 161 de la actual Constitución, este servicio cívico-militar es voluntario y se lo realizará en el marco del respeto a la diversidad y a los derechos y estará acompañado de una capacitación alternativa en diversos campos ocupacionales que coadyuven al desarrollo individual y al bienestar de la sociedad.

Las excepciones enunciadas coinciden con las descritas por el Art. 1 del Convenio 29 de la OIT sobre trabajo forzoso u obligatorio, según ya se acotó anteriormente.

2.1.1.3.- Otros principios

Además de los principios hasta aquí revisados conviene enunciar los siguientes principios generales:

- De buena fe
- De equidad
- De justicia social
- De gratuidad

La buena fe, como deber de conducta recíproco, nos dice Armando Grisolia, no es un principio específico del Derecho Laboral, sin embargo en éste adquiere una especial relevancia “ya que el contrato no solo contiene prestaciones de carácter patrimonial, sino también deberes de conducta”; de allí que las partes vinculadas por la relación jurídica de índole laboral están “obligadas a obrar de buena fe, ajustando sus conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o relación

de trabajo”, según la Ley de Contrato de Trabajo de la República Argentina. Es decir que “comprende el deber de actuar con fidelidad y adoptar conductas adecuadas en el cumplimiento de sus obligaciones, aplicándose durante toda la relación laboral” (Grisolia, 2010, p. 66).

La equidad se puede definir como

la justicia del caso concreto [...] cumple dos funciones esenciales en la formación de la norma particular: la interpretación del derecho positivo y la función integradora del derecho para llenar las lagunas del sistema jurídico.

Al interpretar la norma usando como filtro el principio de equidad se humaniza su aplicación y se corrigen los resultados injustos.

Cuando la aplicación literal de una norma lleva a un resultado absurdo, inequitativo, arbitrario, es preciso recurrir a la equidad [...] (Grisolia, 2010, p. 68).

Sirve pues de criterio al juzgador al momento de aplicar el derecho positivo, siempre que no esté expresamente prohibido por ley. Se la descarta como regla interpretativa porque predomina el axioma *dura lex, sed servanda* (aunque dura, la ley ha de ser observada).

La justicia social

es un concepto amplio y consiste en dar a cada cual lo que le corresponde a fin de lograr el bien común. Se vincula con la protección de la dignidad del trabajador como persona humana plasmada esencialmente en el principio protectorio, y en el plano colectivo, con la libertad sindical (Grisolia, 2010, p. 69).

De acuerdo a Cabanellas (2001, p. 169), es muchas veces entendida como sinónimo de equidad en la medida en que el juez o el intérprete la aplica para la “resolución de casos no previstos acogiéndose a la más recta y equilibrada decisión”, y así, la antepone a las duras consecuencias de una aplicación estricta de una norma o precepto jurídico.

El principio de gratuidad, por último, es el que “garantiza el acceso gratuito de los trabajadores [sic] a la justicia para reclamar por sus derechos. Se materializa en la eximición a los trabajadores del pago de la tasa de justicia”, con lo que se pretende impedir que los trabajadores “resignen sus derechos por falta de recursos económicos” (Grisolia, 2010, p. 69).



LECCIÓN 3 FUENTES DEL DERECHO LABORAL

3.1.- Definición

Hablar de las fuentes del Derecho del Trabajo es referirse a “todos aquellos elementos normativos que le dan fuerza a la generación de los principios y que tienen como base la solución del conflicto laboral” (Sagardoy Bengoechea, citado en Ostau de Lafont, 2009, p. 83). Sin embargo las fuentes no se limitan al conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico, sino que se refieren además a “cualquier hecho o acto jurídico al que las normas sobre la producción jurídica vinculan a la creación del derecho, y están destinadas a operar en el ámbito del ordenamiento de que se trate” (Ostau de Lafont, 2009, p. 83).

Cabanellas por su parte nos dice que “por metáfora sencilla y repetida, pero expresiva y técnica, de las fuentes naturales o manantiales de agua, se entiende que el Derecho brota de la costumbre, en primer término, y de la ley, en los países de Derecho escrito”, y agrega que fuentes del Derecho Laboral son “las que lo originan, nutren y desarrollan en torno al tratamiento jurídico del hecho económico-social del trabajo” (Cabanellas, 2001, p. 160).

En esta lección nos referiremos a las fuentes del Derecho Laboral en general, con énfasis en aquellas que cada trabajador o empleador individualmente considerados pueden invocar de manera directa en su beneficio, para en la lección 16 centrarnos en las fuentes particulares del Derecho Laboral Colectivo, que se refieren a los hechos y elementos normativos de los que nace el Derecho Laboral como tal, así como a aquellos derivados de los hechos o acciones sindicales, sin desconocer en todo caso que tanto las fuentes del Derecho Laboral individual como del colectivo se encuentran íntima e indisolublemente relacionadas.

3.2.- Clasificación de las fuentes

Las fuentes del Derecho generan sus principios, instituciones y reglas; en general, constituyen tales, los hechos y los actos jurídicos, es decir, aquellos de los que dimanen normas que otorgan facultades o imponen obligaciones a los miembros de una sociedad determinada (Campos, 1997, p. 113).

En la doctrina son muy diversos los criterios de clasificación de las fuentes, así por ejemplo nos dice Cabanellas que se las puede diferenciar “por la procedencia, el carácter, el contenido, la inspiración, la jerarquía, el ámbito de aplicación y las formas de manifestarse”, y enuncia consecuentemente las siguientes: nacionales e internacionales; directas e indirectas; generales y específicas; legislativas y particulares; estatales, contractuales y extracontractuales; principales y supletorias; escritas y no escritas; reales y formales (Cabanellas, 2001, pp. 160-161).

De entre las mencionadas merecen especial atención las formales y las reales; las primeras referidas a “las formas obligadas y predeterminadas que inevitablemente deben tomar los preceptos de conducta exterior para imponerse socialmente con el aspecto coercitivo del derecho”, mientras que las segundas concernientes a “todos aquellos factores naturales, morales religiosos, históricos, políticos económicos, culturales, estéticos e ideales que influyen en un momento dado en la creación de una regla de derecho y en el origen de las fuentes formales” (Ostau de Lafont, 2009, pp. 84-85).

De las múltiples clasificaciones de las fuentes del Derecho Laboral hemos optado por la planteada por Julio César Trujillo en su obra *Derecho del Trabajo* (Trujillo, 2008 p. 65 y ss.) que distingue las fuentes de normas generales de las fuentes de normas particulares.

3.2.1.- Fuentes de normas generales

Son aquellas que contienen normas abstractas, obligatorias para un determinado número de personas, según se enuncian a continuación:

- Convenios internacionales
- Constitución de la República
- Mandatos constituyentes
- Código del Trabajo y demás leyes laborales
- Jurisprudencia
- Reglamentos administrativos
- Reglamentos internos de empresas
- Fallos y resoluciones de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje
- Resoluciones del CONADES y de las comisiones sectoriales de fijación y revisión de sueldos y salarios mínimos
- Contratos colectivos
- Actas transaccionales

- Costumbre
- Código Civil y de Procedimiento Civil

3.2.1.1.- Convenios internacionales

En la cúspide de la pirámide de las fuentes del Derecho Laboral hallamos a los convenios internacionales. Palomeque y Álvarez (1997, pp. 297-298) definen y explican su elaboración. En efecto, sostienen que en materia laboral, aquellos son “tratados internacionales de carácter multilateral elaborados y adoptados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en materias propias de su competencia”.

En cuanto al proceso de elaboración de los convenios internacionales que regulan aspectos laborales, nos dicen que éste comprende diversas fases o etapas.

La fase de iniciativa consiste en la proposición de adopción del convenio ante el Consejo de Administración; dicha propuesta puede realizarla uno o varios de los Estados miembros o bien una o varias organizaciones sindicales o empresariales representadas en la Conferencia.

En la fase de consulta o encuesta, la Conferencia toma en consideración la propuesta y el Consejo de Administración la remite a la Oficina Internacional con el fin de que consulte a los Estados miembros. Esta fase concluye con la redacción de un informe y un proyecto de convenio que es sometido a una nueva encuesta (doble consulta).

Durante la fase de conclusión el proyecto de convenio se contempla en el orden del día de la Conferencia para su aprobación, primero en la comisión y después en el plenario. Si el informe de la Conferencia finaliza con indicaciones generales, debe decidir primero si la cuestión es apropiada para ser objeto de convenio; en caso de serlo, la Oficina Internacional redacta el correspondiente proyecto para someterlo a una segunda Conferencia para su aprobación (doble discusión).

La aprobación del convenio requiere la mayoría de los dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes en la Conferencia. Una vez aprobado, el convenio es remitido a los Estados miembros para su ratificación.

En el plazo de un año estos deben someter el convenio a la autoridad facultada para ratificar los tratados internacionales según el Derecho interno. El Estado



que no ratifica el convenio contrae la obligación de informar periódicamente al Director General de la OIT acerca de las dificultades que retrasan o impiden la ratificación del mismo. Mediante la ratificación éste se convierte en ley y obliga al Estado a hacer efectivas sus disposiciones. La ratificación debe comunicarse al Director General de la OIT para que proceda a su registro y para que el convenio pueda ser invocado internacionalmente. Una vez que ha sido ratificado por el número de Estados determinado en el mismo convenio, entra en vigencia en cada país a los doce meses del registro de su propia ratificación.

El Ecuador ha aprobado y ratificado numerosos acuerdos y convenios internacionales, particularmente con la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que forman parte del ordenamiento jurídico nacional, entre los que citamos a modo de ejemplo los siguientes: el No. 29 sobre el trabajo forzoso, el No. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; el No. 95 sobre la protección del salario; el No. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, el No. 100 sobre igualdad de remuneración; el No. 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo; y, el No. 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. En la lección 16 revisaremos algunas disposiciones puntuales del convenio, 87, así como del 98, el 11 y el 141, referidos todos al ámbito del Derecho Laboral Colectivo.

Entre otros convenios internacionales que merecen especial mención se encuentran el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derecho Humanos y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Constitución asigna al jefe de Estado, plena competencia y amplia responsabilidad en la conducción de las relaciones internacionales, y como resultado de ello aquél goza de un liderazgo en el procedimiento de formación de la voluntad del Estado para obligarse mediante tratados internacionales.

Dicho liderazgo explica la decisión del legislador constituyente de restringir la participación de la Asamblea Nacional, y por ende de la Corte Constitucional, únicamente cuando el jefe de Estado haya suscrito ciertos tratados que por su naturaleza ameritan dicha participación. En las demás materias, el jefe de Estado goza de amplia discrecionalidad no solo en cuanto al contenido sino también en cuanto a la forma. La nueva Constitución ha introducido pocas, pero importantes, novedades

en esta fase. La una es el reconocimiento de la participación ciudadana a través de un referéndum en la gestación de la voluntad estatal. La otra es una declaración relativamente extensa de los principios que deben guiar las relaciones internacionales del Ecuador, lo que podría servir como un referente, de relativo efecto vinculante, para evaluar la decisión del jefe de Estado con respecto a su decisión de suscribir instrumentos internacionales, y en particular tratados. En tercer lugar, debe anotarse la prohibición que la Constitución le impone al jefe de Estado de suscribir instrumentos internacionales que contengan la obligación de someter ciertas disputas instancias [sic] de arbitraje internacional, aunque la misma norma deja abierta varias excepciones. Finalmente debe señalarse el abandono de la rígida prohibición constitucional que existía antes y que impedía al Estado someter sus contratos a una jurisdicción extranjera” (Pérez, 2009, p.148-149).

3.2.1.2.- Constitución de la República del Ecuador

La principal fuente normativa del Derecho Laboral a nivel nacional es sin duda la Constitución que “recoge una serie de principios, derechos y garantías relacionadas con el trabajo, cuya característica principal es proteger al trabajador, fundamentada en la necesidad de equilibrar la desigualdad existente entre empleadores y trabajadores” (Porras, 2009, p. 166).

La importancia de la Constitución como fuente de Derecho se determina por su artículo 424 que dice que ésta prevalece sobre cualquier norma legal que conforma el ordenamiento jurídico. No obstante, se ha debatido sobre la jerarquía dispositiva de los instrumentos internacionales. Al decir de Rafael Oyarte (2005, p. 168), la jerarquía de los tratados internacionales es infraconstitucional toda vez que deben pasar por un control previo de constitucionalidad para su ratificación, sin perjuicio de tener presente ciertas consideraciones especiales respecto a “los tratados internacionales sobre derechos humanos, los asuntos de competencia de derecho internacional y el control *a posteriori* de los instrumentos internacionales”.

Cabe advertir, sin embargo, que la nueva Constitución, vigente desde el 20 de octubre de 2008, no puede ser comprendida desde las categorías del constitucionalismo clásico ni desde las del derecho privado y exige un repensar los derechos y las instituciones a la luz de la doctrina de los derechos humanos. Desde este punto de vista, es necesario emprender en la re-comprensión de los



principios clásicos del Derecho del Trabajo, lo que constituye un desafío y tarea por continuar desde los espacios académicos.

3.2.1.3.- Mandatos constituyentes

Los Mandatos constituyentes son, al decir de Fabián Corral, atribuciones que la Asamblea Nacional Constituyente se auto-asignó. Son decisiones y normas que, expedidas en ejercicio de sus plenos poderes, son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna (Corral, Editorial “¿Qué son los Mandatos?”, El Comercio, 10-IV-08). Tales instrumentos jurídicos no tienen una clara naturaleza jurídica, ya que si bien la propia Asamblea los declaró jerárquicamente superiores a cualquier otra norma, de obligatorio cumplimiento, y en tal virtud no susceptibles de queja, impugnación, acción de amparo (hoy acción de protección, Art. 88 CR), demanda, reclamo o cualquier otra acción administrativa, el Art. 425 de la vigente Norma Suprema, que prescribe el orden jerárquico de aplicación de las normas, ni siquiera los menciona, por lo que incluso resulta cuestionable para algunos la vigencia de los Mandatos, más aun si se toma en cuenta que al entrar en vigencia el nuevo texto constitucional, se suplantó un sistema jurídico por otro y consecuentemente se derogaron todas las normas contrarias al mismo.

...la Asamblea interpretó en forma extensiva el mandato que legitimó su conformación y confundió la noción de plenos poderes con la de potestades absolutas. Es decir, por la vía de la interpretación del mandato del 15 de abril de 2007, la Asamblea transformó en capacidad suprema e inobjetable el encargo instrumental para hacer dos proyectos: el de Constitución y el de reestructuración constitucional, limitados por la imposibilidad jurídica de expedir o poner en vigencia directamente las reformas, que quedaron condicionadas a los resultados del referéndum. Exonerarse de limitaciones legales y rodearse de garantías, que eliminan la responsabilidad política y legal, significa obrar fuera del Estado de derecho, tanto más si la Asamblea, por su simple decisión, dictaminó que sus decisiones “son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico” (Mandato 1, artículo 2). En esta declaración debe entenderse comprendida, por cierto, la Constitución Política, lo que significa que Ecuador vivió en la época de operación de la Asamblea, una situación de “extralegalidad”, con normas jurídicas parcialmente vigentes, potestades ilimitadas del órgano legislativo *sui generis* y alteración episódica del ordenamiento jurídico, a través de

los mandatos y leyes dictados en uso de poderes extraordinarios que la Asamblea se asignó por vía de interpretación del contenido del referéndum del 15 de abril de 2007” (Corral, 2009, pp. 265-266).

En el ámbito del Derecho Laboral se expidieron los siguientes Mandatos: el No. 2 que fija los montos máximos para las remuneraciones del sector público (RO-S 261, 28-I-08), el No. 4 que fija los montos máximos de las indemnizaciones del sector público (RO-S 273, 14-II-08) y el No. 8 que elimina y prohíbe la tercerización, la intermediación laboral y la contratación por horas y ordena la revisión de los contratos colectivos del sector público (RO-S 330, 6-V-08).

3.2.1.4.- Código del Trabajo y demás leyes laborales

La ley es una fuente formal y la principal del Derecho en general. El artículo 1 del Código Civil establece que ésta “es la declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”. En el Derecho Laboral, la ley fundamental es el Código del Trabajo pues de él emanan sus principios, instituciones y normas; al que se lo define como: “el cuerpo legal que regula las relaciones entre el capital y el trabajo a través del contrato de esta índole, la protección legal de los trabajadores, la solución de los conflictos entre el capital y el trabajo y el régimen legal en la peculiar administración de justicia” (Cabanellas, 1997, p. 73).

Existen además otras leyes laborales así como fuentes de menor jerarquía, tales como: decretos, reglamentos, ordenanzas y resoluciones. Entre las primeras citamos a modo de ejemplo el Código de la Niñez y Adolescencia, la Ley de Amparo Laboral de la Mujer, la Ley de Seguridad Social; entre los segundos: el Reglamento Pago Declaración de la Decimotercera, Decimocuarta y Utilidades, el Reglamento de Seguridad e Higiene del Trabajo; el Decreto 1701 que establece los criterios para la revisión y ajuste automático de los contratos colectivos del sector público; las Resoluciones del CONADES, y los Acuerdos de fijación de las remuneraciones básicas mínimas.

3.2.1.5.- Jurisprudencia

La jurisprudencia, entendida como el conjunto de pronunciamientos uniformes del órgano judicial, es una verdadera fuente del Derecho ecuatoriano.



Los jueces del trabajo, al igual que en otras ramas jurídicas, crean Derecho al resolver un caso particular mediante la aplicación de la norma jurídica, puesto que se encuentran frente a varias posibilidades interpretativas y por tanto, al dictar sus fallos llenan de contenido tales normas y construyen, por vía de la interpretación, corrientes jurisprudenciales que dan origen a las posteriores reformas legislativas (Aczel, 2001, p. 36).

La jurisprudencia constituye un precedente obligatorio en los supuestos del Art. 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, que en concordancia con el Art. 184 de la Constitución, establece que las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria; lo que favorece la continuidad y uniformidad en la aplicación de las normas y establece principios y reglas que interpretan la ley o reconocen derechos laborales.

También constituyen precedentes obligatorios los pronunciamientos de la Corte Constitucional cuando al momento en que se pronuncia establece parámetros de interpretación de la Constitución de obligatoriedad general, siguiendo las directrices del Protocolo para la elaboración de precedentes constitucionales obligatorios, de conformidad a la Resolución Administrativa No. 0004-10 de 5-VIII-10. De allí que se define al precedente constitucional obligatorio, o sencillamente precedente constitucional como

la parte de una sentencia constitucional (*ratio* construida a partir del pensamiento jurídico anterior de la Corte) que contiene el conjunto de parámetros de interpretación de la Constitución fijados por el Pleno de la Corte Constitucional y que tiene efectos obligatorios o vinculantes respecto de las garantías jurisdiccionales y demás competencias de la Corte cuando se refiera a la protección o desarrollo de derechos específicos de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, con prescindencia del caso concreto de violación de derechos, pero sin perjuicio de fallar respecto a aquel (Corte Constitucional, 2010, p. 361).

Por lo tanto en el precedente se “establece el pensamiento judicial argumentadamente construido” que es obligatorio *erga omnes*, y que difiere del fallo de triple reiteración fundamentalmente por el proceso de razonamiento,

por los efectos, y tercero por cuanto el fallo de triple reiteración “responde a un análisis silogístico que busca la reiteración formal de un criterio idéntico o similar (por tres ocasiones consecutivas o no) para hacer un criterio general de interpretación judicial”; mientras que el precedente constitucional es inductivo y deductivo a la vez: “inductivo pues toma un caso particular concreto con el fin de compararlo sistemáticamente con sus criterios de interpretación (*ratios*) respecto a los parámetros de interpretación de fallos anteriores con el fin de construir un criterio nuevo o ratificar el que prevalece con el pensamiento jurídico constitucional”, deductivo, en cambio, por cuanto “en el desarrollo del problema del precedente a resolver toma las fuentes del derecho y construye argumentadamente reglas concretas para resolver un problema jurídico, y además, desarrollar o interpretar (aclarar o establecer los alcances o límites) las normas constitucionales” (Corte Constitucional, 2010, p. 361-362).

3.2.1.6.- Reglamentos administrativos

Los reglamentos administrativos consisten en recopilaciones normativas emitidas por autoridades dotadas de poder reglamentario cuyo objetivo es la creación de mecanismos que permitan la aplicación efectiva de ciertas normas. Para el ejercicio de la potestad reglamentaria el Presidente de la República cuenta con los Ministros, cada uno de ellos en áreas específicas, y así los asuntos laborales son de incumbencia del Ministro de Relaciones Laborales, de allí que el Art. 539 del Código del Trabajo encontramos que corresponde a éste la reglamentación, organización y protección del trabajo (Trujillo, 2008, pp. 93-94).

3.2.1.7.- Reglamentos internos de empresa

Los reglamentos internos de empresa contienen el conjunto de disposiciones obligatorias para los trabajadores, estables o no, que regulan el desarrollo de las labores de una empresa o establecimiento específico; pese a ello, son fuente de carácter general porque instituyen normas para un indeterminado número de personas. Son elaborados por los empleadores en virtud de su facultad de dirección y organización, y deben ser aprobados por la Dirección Regional del Trabajo correspondiente. Además deben fijarse, según el artículo 64 del Código del Trabajo, permanentemente en sitios visibles del lugar del trabajo con el objetivo de que puedan ser conocidos por los trabajadores. Estos reglamentos internos se complementan con los reglamentos de higiene, seguridad y salud ocupacional.

3.2.1.8.- Fallos y resoluciones de los tribunales de conciliación y arbitraje

Estos son primordiales fuentes del Derecho Laboral, pues crean derechos y establecen reglas para determinados trabajadores. Dichos fallos son los que se dictan en conflictos laborales iniciados por pliegos de peticiones o por reclamaciones debidas a desacuerdos en la negociación colectiva o en su revisión.

Los tribunales de conciliación y arbitraje se constituyen para cada conflicto, según los artículos 474 y 487 del Código del Trabajo, es decir, con cinco vocales, dos principales y dos suplentes por cada parte (empleadores, trabajadores) y con la autoridad administrativa laboral, el Inspector del Trabajo o, en el caso de los tribunales superiores de conciliación y arbitraje, con el Director Regional.

Son varios los motivos, sin embargo, por los que la jurisprudencia de dichos tribunales, al igual que la jurisprudencia administrativa, no tiene mayor relevancia. En primer término por cuanto en un alto porcentaje las partes llegan a un acuerdo con el que dan por terminado el conflicto. En segundo lugar, porque resulta difícil la continuidad y uniformidad de las decisiones de los tribunales en razón de su conformación. Finalmente, porque los conflictos colectivos versan sobre aspiraciones de los trabajadores y no sobre asuntos de Derecho, es decir, se enfocan no tanto en la aplicación de éste sino en los ajustes de las condiciones laborales en procura de que éstas sean compatibles con la realidad económica y social imperante al momento del conflicto (Trujillo, 1987, pp. 53-54).

3.2.1.9.- Resoluciones del CONADES y de las comisiones sectoriales de fijación y revisión de sueldos y salarios mínimos

El Consejo Nacional de Salarios es el organismo técnico del Ministerio de Relaciones Laborales, organizado de manera tripartita, encargado de fijar anualmente, mediante resoluciones, las remuneraciones mínimas para los trabajadores del sector privado. La determinación de las políticas salariales y la fijación de las remuneraciones de los obreros del sector públicos corresponde al Viceministerio del Servicio Público (Art. 118 CT).

Las comisiones sectoriales son organismos tripartitos integrados por delegados de los empleadores, trabajadores y del Ministerio de Relaciones Laborales, constituidas para la fijación de los sueldos o salarios básicos y remuneración básica mínima unificada de los distintos sectores o ramas de trabajo del ámbito privado.

Tales comisiones son las encargadas de proponer la revisión de los sueldos y salarios por sectores o ramas de trabajo. Estas fueron reestructuradas mediante Acuerdo Ministerial 00117 (RO 241, 22-VII-10) de manera que ya no son 115 sino las 22 que se enuncian a continuación, las que a su vez aglutinan a todas las demás:

- Agricultura y plantaciones.
- Producción pecuaria.
- Pesca, acuicultura y maricultura.
- Minas, canteras y yacimientos.
- Transformación de alimentos (incluye agroindustria).
- Productos industriales, farmacéuticos y químicos.
- Producción industrial de bebidas y tabacos.
- Metalmecánica.
- Artesanías.
- Productos textiles, cuero y calzado.
- Vehículos, automotores, carrocerías y sus partes.
- Tecnología: hardware y software (incluye TIC's).
- Electricidad, gas y agua.
- Construcción.
- Comercialización y venta de productos.
- Turismo y alimentación.
- Transporte y logística.
- Servicios financieros.
- Actividades tipo servicios.
- Enseñanza.
- Actividades de salud.
- Actividades comunitarias.

Cada comisión sectorial estará integrada por un vocal nombrado por el Ministro de Relaciones Laborales, un vocal nombrado por las centrales sindicales legalmente reconocidas, en representación de los trabajadores; y un vocal nombrado por las cámaras de la producción en representación de los empleadores.

Los vocales serán designados con su respectivo suplente. El secretario para cada una de las comisiones sectoriales será un funcionario del Ministerio de Relaciones Laborales designado por el Subsecretario de Trabajo.

Las decisiones dentro de las comisiones sectoriales se tomarán por unanimidad o mayoría de votos de los miembros presentes de la comisión y, en caso de empate, el voto dirimente lo tendrá el Presidente del CONADES. Para el efecto participarán con voz y voto exclusivamente los vocales principales o los suplentes principalizados.

Ahora bien, si el CONADES no adoptare una resolución por consenso en la reunión convocada para fijar el incremento salarial, se auto-convocará para una nueva reunión que tendrá lugar a más tardar dentro de los cinco días hábiles siguientes; si aún en ella no se llegare al consenso, el Ministro de Relaciones Laborales fijará el incremento salarial en un porcentaje equivalente al índice de precios al consumidor proyectado, establecido por la entidad pública autorizada para el efecto (Art. 118 CT).

3.2.1.10.- Contratos colectivos

Son los convenios celebrados entre uno o más empleadores o asociaciones de empleadores y una o más asociaciones de trabajadores, que tienen por fin superar las condiciones de trabajo establecidas en la ley, mediante la regulación específica de las relaciones laborales de los trabajadores actuales y futuros. Lo concerniente a la relación colectiva de trabajo se aborda en la unidad 3, y la negociación colectiva concretamente en las lecciones 19 y 20.

3.2.1.11.- Actas transaccionales

Son los documentos que contienen los acuerdos, totales o parciales, a los que las partes arriban durante o al final de la sustanciación del conflicto, o incluso podrían dar fe de la imposibilidad del acuerdo para así dar paso a la continuación del trámite ante el tribunal de conciliación y arbitraje.

En todo caso, no son pocas las ocasiones en las que los conflictos colectivos terminan mediante la suscripción de un acta transaccional, a la que la ley le otorga los mismos efectos obligatorios que al contrato colectivo y a los fallos de los tribunales de conciliación y arbitraje.

3.2.1.12.- Costumbre

Otra de las fuentes del Derecho Laboral es la costumbre. Se la concibe como “la reiteración de una determinada conducta de los miembros de un grupo social, con cierta constancia y uniformidad, que se cumple con la convicción de su obligatoriedad coercible” (Álvarez, citado en Rubio 1999, p. 20); es una forma espontánea en que pueden originarse normas jurídicas por su carácter social; especie de hábito, en la medida que implica regularidad en la conducta humana en situaciones análogas (Nino, 2007, p. 69).

Los elementos constitutivos de la costumbre son dos: el externo, que debe presentar uniformidad de los actos realizados por una cantidad considerable de personas, y el interno o psicológico, que consiste en la convicción de que su cumplimiento o acatamiento responde a una exigencia coercitiva de la comunidad.

La doctrina señala tres clases de costumbres: si coincide con la norma jurídica, o incluso la mejora, se habla de costumbre *secundum legem*; si se refiere a un aspecto no contemplado en la norma jurídica, es decir, si está más allá de la ley, nos encontramos frente a la costumbre *proeter legem*; y, por último, si contradice la norma jurídica, se trata de la costumbre *contra legem*.

Antonio Vásquez Vialard al respecto sostiene que la costumbre como fuente del Derecho podría ser abrogada por una ley o convenio individual, y aún por una nueva costumbre. En el primer caso la costumbre quedaría como “*contra legem*, y por lo tanto sin validez alguna”, por cuanto la ley prevalece sobre las demás fuentes. Sin embargo respecto a los segundos habrá que limitar la posibilidad de la abrogación a aquellos casos en que “no sea una norma que haga relación directa con el orden público, en cuyo caso la misma tendría la característica de su inderogabilidad por las partes”, y agrega que por medio de la convención ya sea individual o colectiva se podría modificar la costumbre para mejorar las condiciones de la parte trabajadora, puesto que “si lo es *in pejus* del derecho de la parte empleada, entendemos que la misma no tendría validez” (Vásquez, 2010a, pp. 491- 492).

Los actos reiterados del empleador generan ciertos derechos al trabajador, como sería el caso de las propinas y el de las gratificaciones.



Así la costumbre como fuente del Derecho Laboral reviste mucha importancia. El Código del Trabajo se refiere a ella en varias ocasiones; por ejemplo, en los artículos 8 y 334 lo hace como una de las formas de determinación de la remuneración; en el artículo 39, como forma de resolver divergencias entre las partes sobre la remuneración acordada o la clase de trabajo y, en el artículo 22, como mecanismo para determinar las condiciones del contrato tácitamente celebrado.

La admisión de la costumbre como fuente implica el establecimiento de su racionalidad y de su aptitud para promover el progreso y el respeto de los principios jurídicos, de los beneficios mínimos y de las disposiciones del orden público laboral.

3.2.1.13.- Código Civil y Código de Procedimiento Civil

El Código Civil y el de Procedimiento Civil son los cuerpos normativos ordenados, sistematizados y unitarios sustantivo y adjetivo, respectivamente, del llamado derecho común, el primero referido a las relaciones civiles de las personas sean éstas naturales o jurídicas; y el segundo a los actos y procedimientos legales aplicables a las controversias; que de conformidad al Art 6 del Código del Trabajo son normas supletorias en el Derecho Laboral y, como tales, fuentes del mismo.

El Código Civil suple al Derecho Laboral, por ejemplo, en lo relativo a definiciones, elementos y clasificaciones de los contratos en general, y a la capacidad; mientras que el Código de Procedimiento Civil, en cambio, en cuanto a citaciones, declaraciones de testigos, presentación de pruebas, etc.

3.2.2.- Fuentes de normas particulares

Son las que dan origen a derechos y obligaciones, que solo pueden ser ejercidos y exigidos por, o a, determinados individuos. Ellas son:

- Contratos individuales de trabajo, y
- Sentencias.
- Otras:
 - o Doctrina,
 - o Equidad,
 - o Justicia social.

3.2.2.1.- Contratos individuales de trabajo

El contrato individual de trabajo es el convenio por el cual una persona se compromete para con otra a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo relación de dependencia, por una remuneración.

El tema del contrato individual de trabajo se aborda con detenimiento en las lecciones 4, 5, 6 y 7, a las que nos remitimos para efectos de precisar su concepto, naturaleza jurídica, características, elementos (comunes y esenciales), sujetos, objeto y modalidades.

3.2.2.2.- Sentencias

La sentencia dictada por el juez del trabajo, definida por el Código de Procedimiento Civil en su Art. 269 sencillamente como “la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio”, es fuente de normas individuales en tanto obliga jurídicamente solo a las partes en litigio; si bien sirve de referencia o antecedente para casos similares, no posee fuerza obligatoria y vinculante como sucede con la sentencia de triple reiteración a las que se refiere el Art. 182 del Código Orgánico de la Función Judicial o los precedentes constitucionales obligatorios.

3.2.2.3.- Otras fuentes: doctrina, equidad y justicia social

La doctrina es el conjunto de conocimientos sobre los diversos aspectos de una materia específica. Aunque no da origen a derechos o normas, es significativa como fuente auxiliar del Derecho Laboral, puesto que ayuda a la enseñanza y a la orientación tanto para el legislador en la elaboración de las normas como para las personas o instituciones en la aplicación de las mismas. Al decir de Trujillo sirven “para aclarar el alcance de las normas contenidas en todas las fuentes” (Trujillo, 2008, p. 107), y para contribuir a la evolución del Derecho del Trabajo y al desenvolvimiento de sus instituciones.

La equidad, del latín *equitas*, igualdad, es la sombra del Derecho por “la fidelidad y paralelismo con que lo acompaña” e implica “la idea de relación y armonía entre una cosa y aquello que le es propio, y se adapta a su naturaleza íntima” (Cabanellas, 1997, p. 148). Y así como la doctrina, la equidad cumple con una función orientadora, aun cuando no sea propiamente una fuente del Derecho, según el mismo Cabanellas quien sostiene que su criterio es ratificado



incluso por legisladores argentinos, franceses, españoles e italianos. Afirma sin embargo que “ésta puede servir de criterio al juez para moldear el Derecho positivo” siempre y cuando no esté prohibido expresamente por la ley, pero que no puede tomársela como “regla interpretativa de las disposiciones legales y de las estipulaciones particulares; porque en definitiva predomina el axioma *dura lex, sed servanda* (aunque dura, la ley ha de ser observada)” (Cabanellas, 2001, p. 169).

La justicia social suele utilizarse como sinónimo de equidad, para referirse con una u otra a la resolución de los casos no previstos acogiéndose a la más recta y equilibrada decisión, como si el juez o el intérprete debiera proceder como legislador; e incluso para atemperar lo severo de las conclusiones a que conduzca la estricta aplicación de la ley o de otra fuente jurídica. Como fuente principal o norma exegética, la justicia se entrevé como supremo ideal, que consiste en la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo que le pertenece, según el pensamiento y casi las palabras de Justiniano [...]” (Cabanellas, 2001, pp. 169-170).



LECCIÓN 1 EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

1.1.- Contrato de trabajo y relación de trabajo

Para abordar el tema del contrato de trabajo conviene partir primero de la definición del contrato o conversión en general y luego de lo que se entiende por relación de trabajo como tal. El primero consiste en un acto por el cual una parte, que puede ser una o varias personas, se obliga para con otra(s) a hacer, tener o no hacer alguna cosa. La segunda es una "prestación o ejecución de un servicio personal, continuada, dependiente y remunerado" (Jurisprudencia, 1986, pp. 5-6). Es simplemente el cumplimiento efectivo de la fuerza de una obligación en la ejecución de un trabajo o servicios. Es una situación que se manifiesta por la relación de dependencia (Grisolia, 2010, p. 74), sin que necesariamente exista un contrato de trabajo. Y el tercer contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades que genera una relación de trabajo.

SEGUNDA UNIDAD LAS RELACIONES LABORALES INDIVIDUALES

La ley considera que quien trabaja en relación de dependencia celebra con autoridad por lo menos un acuerdo, hecho que resulta válido ya que el contrato de trabajo es, por esencia, informal. A fin de evitar que el empleador utilice los servicios del trabajador y posteriormente desmorona el vínculo fundándose en la falta de contrato, impone que los efectos de la relación sean similares al contrato de trabajo, salvo que un tercero de buena fe lo desconozca y se haya opuesto a esta relación.

Por lo tanto, puede existir contrato de trabajo sin relación de trabajo, circunstancia que sucede cuando el trabajador suscribe un contrato que comenzará a prestar tareas para el empleador en fecha futura. Se trata de un acuerdo para trabajar que aún no llega a ejecutarse (Grisolia, 2010, p. 74).

LECCIÓN 4 EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

4.1.- Contrato de trabajo y relación de trabajo

Para abordar el tema del contrato de trabajo conviene partir primero de la definición del contrato o convención en general y luego de lo que se entiende por relación de trabajo como tal. El primero consiste en un acto por el cual una parte, que puede ser una o varias personas, se obliga para con otra(s) a dar, hacer o no hacer alguna cosa, mientras que la segunda es una “prestación o ejecución de un servicio personal, material o inmaterial, continuada, dependiente y remunerada” (jurisprudencia citada en Guerrero, 1986, pp. 5-6), o simplemente es “la prestación efectiva de las tareas, las que pueden consistir en la ejecución de obras, actos o servicios. Es una situación de hecho que manifiesta una relación de dependencia” (Grisolia, 2010, p. 74), sin que de ella se deriven automáticamente todas las obligaciones propias de un contrato de trabajo. Y si bien contrato de trabajo y relación de trabajo son dos realidades diferentes, se encuentran íntimamente vinculadas entre sí, en la medida en que el uno da origen a la otra (Valverde y otros, 1997, p. 464). Es decir que cualquiera sea el acto que origine la prestación del servicio de una persona natural, subordinada y remunerada, estaremos frente a una relación de trabajo. Por ello

la ley considera que quien trabaja en relación de dependencia celebró con anterioridad por lo menos un acuerdo tácito, que resulta válido ya que el contrato de trabajo es, por esencia, informal. A fin de evitar que el empleador utilice los servicios del trabajador y posteriormente desconozca el vínculo fundándose en la inexistencia de contrato, impone que los efectos de la relación sean similares a los del contrato de trabajo, salvo que un tercero de buena fe lo desconozca y se haya opuesto a esa relación.

Por lo tanto, puede existir contrato de trabajo sin relación de trabajo, circunstancia que sucede cuando el trabajador estipula en un contrato que comenzará a prestar tareas para el empleador en fecha futura. Se trata de un acuerdo para trabajar que aún no llegó a ejecutarse (Grisolia, 2010, p. 74).

Si bien con la expresión relación de trabajo se refiere a la conexión existente entre el prestador y el beneficiario de los servicios, en la doctrina laboral se quiere decir algo diferente, en cuanto que es el lema de quienes “niegan o



subestiman el aspecto contractual del trabajo entre empresarios y trabajadores”, basados en el hecho de que en ocasiones el trabajador, sin expresión previa de su consentimiento, comienza a prestar sus servicios, sin saber siquiera quién es su empleador. “Con esta teoría pretenden justificar jurídicamente situaciones laborales carentes de acuerdo contractual, como los trabajos impuestos y el estado de hecho que deriva de los contratos nulos, cuando ha habido prestación de servicios, que siempre da lugar al resarcimiento del trabajador, salvo el supuesto de flagrante ilicitud” (Cabanellas, 2001, p. 336).

Pese a ello se pueden enunciar cuatro acepciones de relación de trabajo:

a) vínculo obligacional derivado de un contrato de trabajo, que sirve de fundamento a esa relación y sustenta sus efectos; b) toda relación obligatoria laboral, proceda de un contrato de trabajo o de otra fuente jurídica, como la ley o un reglamento; c) el vínculo de ocupación o empleo que surge del trabajo como hecho, exista o no exista obligación de prestar trabajo; d) como totalidad de nexos entre el empresario y los trabajadores (Martín Blanco, citado en Cabanellas, pp. 336-337).

4.1.1.- Definición de contrato individual de trabajo

Es el convenio en virtud del cual una persona se compromete con otra(s) de cualquier naturaleza, a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia y por el pago de una remuneración (Art. 8 CT).

Existen casi tantas definiciones doctrinales cuantos autores se ocupan del tema. La diferencia entre ellas radica en el énfasis que otorgan a los diferentes elementos esenciales o características del contrato. Así por ejemplo para Rafael Caldera el contrato individual de trabajo es aquel por el cual un trabajador se obliga para con el empleador a prestar sus servicios, bajo la dependencia de éste y por una remuneración; para Francisco de Ferrari es aquel por el cual “una persona se obliga a trabajar por cuenta y bajo la dependencia de otra o a estar simplemente a sus órdenes, recibiendo como compensación una retribución en dinero”; por su parte Manuel Alonso García lo concibe como “todo acuerdo de voluntades (negocio jurídico bilateral) en virtud del cual una persona se compromete a realizar personalmente una obra o a prestar un servicio por cuenta de otra, a cambio de una remuneración” (citados en Campos, 1997, p. 195).

Las definiciones legales foráneas de contrato individual de trabajo comprenden, con diferente grado de precisión, los mismos elementos esenciales, es decir, a más de los comunes a todos los contratos, se refieren a la prestación de servicios, a la subordinación o dependencia y a la remuneración. Por ejemplo, el artículo 21 de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina reza: “Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración”.

Por su parte, el artículo 22, primer inciso, del Código Sustantivo del Trabajo de la República de Colombia, prescribe que “contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”.

La terminología de contrato de trabajo se la adoptó oficialmente en Bélgica, en la Ley de 10 de marzo de 1900. Esta tendencia fue acogida más tarde por el Código del Trabajo de Francia y por el Código Federal de las Obligaciones en Suiza (Viteri, s/f, p. 1).

4.1.2.- Naturaleza jurídica

Al surgir el contrato individual de trabajo como una nueva figura contractual, se lo pretendió encuadrar en alguna de las pre-existentes, tales como:

- arrendamiento;
- compra venta;
- sociedad; y
- mandato.

Sin embargo, el contrato de trabajo tiene fisonomía jurídica propia.

Para desentrañar la naturaleza jurídica del contrato individual de trabajo se han esbozado diversas teorías de las cuales las más importantes han sido las que quedan ya señaladas, lo que a su vez lleva consigo la trascendental consecuencia de establecer especiales normas sustantivas y adjetivas que lo regulen e interpreten.

Hasta antes del surgimiento del contrato de trabajo (siglo XX), las prestaciones de servicios, dependientes o no, se regulaban por la figura del arrendamiento



o locación de servicios prevista en el Código Civil. La separación del contrato de trabajo de la figura del arrendamiento de servicios se fundamentó en varias consideraciones. Por una parte, la energía del trabajo no puede ser objeto de un contrato, por cuanto no forma parte de su patrimonio. Por otra, la fuerza de trabajo se consume al momento de prestar el servicio, hecho que se contrapone al elemento intrínseco del arrendamiento: la cesión del uso y goce de la cosa arrendada no acarrea su destrucción, y, por tanto, puede ser devuelta al arrendador a la finalización del contrato (Thayer y Novoa, 1980, pp. 55-56).

Pese a lo anotado, la aparición de la legislación laboral no desplazó a las normas del Código Civil sobre el arrendamiento de servicios inmateriales (Arts. 1941 y ss.). Lastimosamente, algunos inescrupulosos empleadores pretenden aplicar las normas civiles a las relaciones con sus dependientes para evadir la amplia gama de obligaciones que establece la normativa laboral.

El contrato de trabajo tiene peculiaridades que definen su esencia y lo diferencian de otros tipos de contratos. Concordamos con Thayer y Novoa (1980, pp. 61, 63 y 71) en que el contrato de trabajo no es una compra venta por cuanto “la actividad personal del hombre es inseparable de él mismo [...] y como tal no la puede enajenar a otro”; tampoco es sociedad porque “no media el *animus o affectio societatis*” y los trabajadores no participan de manera directa en las pérdidas; y, por último, no es mandato porque “el objeto por el cual se remunera” al trabajador es su esfuerzo, mientras que al mandatario se lo contrata para la ejecución de uno o más negocios jurídicos y, además, porque el mandato puede ser gratuito y delegable, cosa que no puede acontecer con el contrato de trabajo. El Código Civil define al mandato como un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera (Art. 2020); y sujeta a las mismas reglas del mandato los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a los que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros.

4.1.3.- Características del contrato individual de trabajo

El Código Civil define al contrato o convención como el “acto por el cual una persona se obliga para con otra u otras para dar, hacer o no hacer alguna cosa” reconociendo que cada parte puede ser una o muchas (Art. 1454); luego de lo cual clasifica las obligaciones en general y a los contratos (Arts. 1455-1459), de lo que se puede inferir que el contrato individual de trabajo es:

- **Personal:** el trabajador, persona natural, presta sus servicios a favor de otra cuya naturaleza jurídica no interesa. El contrato de trabajo es en consecuencia *intuitu personae*, lo que implica que es en consideración de la persona, de sus particulares habilidades y destrezas, razón por la cual se explica que el contrato termine con la muerte del trabajador o por motivo de una incapacidad total y permanente de este, que le imposibilite cumplir con las labores para las que se había comprometido.
- **Bilateral:** el contrato de trabajo es bilateral por cuanto los contratantes, trabajador y empleador, se obligan recíprocamente. La actual Constitución prescribe que la relación laboral debe ser bilateral y directa con lo que se descarta toda posible intermediación y tercerización, figuras que fueron derogadas, al menos en teoría, por el Mandato Constituyente No. 8.
- **Oneroso:** en la medida de que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes y cada parte se grava en beneficio de la otra. Y si bien el trabajador percibe la remuneración y es acreedor de otros beneficios pecuniarios, también este se grava en beneficio del empleador al obligarse en virtud del contrato de trabajo a prestar sus servicios en los términos y condiciones acordados, a más de otras obligaciones ético-jurídicas que constan en la lección 6.
- **Conmutativo:** por cuanto cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; en este sentido se entiende que la remuneración debe responder a la prestación del servicio o al valor de la obra ejecutada por el trabajador, entendiéndose ambas como contraprestaciones equivalentes.
- **Principal:** debido a que subsiste por sí mismo y no es accesorio. Las partes de común acuerdo dan inicio a la relación laboral y de igual forma pueden concluirla en cualquier momento, sin perjuicio de que sean otras varias las formas en que puede terminar el contrato, ya sea por causas ajenas a la voluntad de las partes o bien por voluntad unilateral; pero en todo caso no depende de la existencia o extinción de ningún otro contrato.
- **Consensual:** el contrato laboral se perfecciona por el solo consentimiento; de allí que, pese a exigirse la formalidad del contrato escrito, prácticamente en todos los casos y modalidades contractuales el acuerdo verbal, e incluso tácito, es válido mientras no sea el trabajador quien alegue la nulidad.

Ello se debe a que mal podría desconocerse la relación laboral, y por ende perjudicar al prestador del servicio, por una omisión de empleador, ya que nadie puede beneficiarse de su propio dolo al pretender en este caso desconocer los derechos que le asisten al trabajador derivados de un contrato, que por mandato legal debe celebrarse por escrito y que sin embargo no llega a suscribirse (situación que generalmente es atribuible a la parte empleadora).

También se puede agregar que se trata de un contrato:

- Nominado: por cuanto tiene individualidad y denominación propia; y ,
- De tracto sucesivo: porque se cumple y realiza en el tiempo; así cada semana o mes en que se cumple con la prestación del servicio o con la ejecución de la obra, el trabajador recibe su salario o sueldo, respectivamente; de allí también que esté supeditado el contrato a una serie de contingencias que podrían dar incluso lugar a la suspensión del mismo.

4.1.4.- Elementos del contrato individual de trabajo

4.1.4.1.- Elementos de validez de los contratos en general

La validez de los contratos depende de la presencia de los cuatro elementos señalados en el artículo 1461 del Código Civil que reza: para que una persona se obligue con otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra. Es decir es “la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas” (Grisolia, 2010, p. 78).

El consentimiento “consiste en la exteriorización de la voluntad de las partes contratantes de realizar un contrato con determinado objeto. Puede ser expreso o tácito.” Esta voluntad se comienza a manifestar desde que el empleador inicia el proceso de selección entre posibles postulantes al puesto de trabajo, estos se presentan a tal convocatoria; finalizado el cual, el empleador tiene “la potestad de elegir a su arbitrio la persona que quiera contratar” y el trabajador tiene por

su parte la potestad de aceptar las condiciones de trabajo propuestas; “a esto se denomina libertad de contratación”, pero ya iniciado el vínculo contractual el principio de la autonomía de la voluntad de las partes queda restringida por “el principio de la irrenunciabilidad y el orden público laboral”, por lo que las partes deberán observar las prescripciones legales que fijan condiciones mínimas en beneficio de la parte más débil de la relación (Grisolia, 2010, p. 77).

El objeto en el contrato de trabajo es la prestación del servicio o la ejecución de la obra por parte del trabajador. Al decir de Armando Grisolia (2010, p. 82) es “la prestación de una actividad personal e infungible – un quehacer humano insustituible-, según la categoría profesional del trabajador que estipulan las partes”; objeto que debe ser posible y lícito.

La causa, por último, como el cuarto requisito o elemento de validez del contrato, “doctrinariamente se entiende que es lo que determina que el negocio jurídico se celebre”, aunque sobre ella no se dice nada de manera expresa en el Código del Trabajo.

Guerrero (1986, p. 25) extrae algunas conclusiones del paralelismo entre los elementos comunes de los contratos en el Derecho Civil y en el Derecho Laboral.

- La capacidad: como una excepción a las normas del Derecho Común que exigen mayoría de edad para contratar y prestar los servicios, dado que en el Derecho Laboral son relevantes las necesidades económicas de la clase trabajadora.
- El consentimiento: se dice que la forma en que se origina el consentimiento en el contrato de trabajo es viciada, puesto que la ley, las convenciones colectivas o la decisión unilateral del empleador son las que determinan las condiciones de trabajo; el consentimiento resulta ser una noción relativa, aunque ello no equivale a decir que el trabajador es obligado a trabajar por la fuerza.
- El objeto: resulta difícil especificar si éste en el contrato involucra a la propia persona del trabajador o solo a la fuerza de trabajo o su producción como resultado material; el objeto es la fuerza de trabajo y no la persona, a pesar de que el contrato es *intuitu personae*.



- La causa: la confusión de esta con otros elementos del contrato lleva a pensar desacertadamente a algunos juristas que no existe tal elemento en el contrato de trabajo. Si tomamos en cuenta la naturaleza de los elementos del contrato, no cabe la controversia entre ellos, y la inexistencia de la causa en el contrato de trabajo no tiene fundamento; en la mayoría de los casos, el empleador pretende un beneficio con un afán lucrativo y el trabajador, su realización personal y la obtención de medios de subsistencia.

Ahora bien, la falta de uno o de varios elementos de validez de los contratos ha sido materia de largas discusiones en cuanto a que si efectivamente causa la nulidad o acaso la inexistencia del contrato. Las reglas sobre la nulidad de las obligaciones en general y de los contratos se encuentran en el Título XX, Libro IV del Código Civil.

En el Derecho Laboral la nulidad solo puede ser alegada por el trabajador y debe ser declarada por el juez competente; mientras esta declaración no ocurra, el contrato es totalmente válido para ambas partes. Si se aceptase la teoría de la inexistencia del contrato de trabajo, la parte trabajadora quedaría en una mayor desventaja frente al empleador. Por lo dicho podemos aseverar que en Derecho Laboral rige la teoría de la nulidad y no la de la inexistencia.

Por último, de conformidad al artículo 1460 del Código Civil, en cada contrato se distinguen las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales. Las primeras son aquellas cosas sin las cuales el contrato no surte efecto alguno o degenera en otro diferente; las segundas, aunque no son esenciales, se entienden pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial; y las terceras, son aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

4.1.4.2.- Elementos esenciales del contrato de trabajo

- Acuerdo de las partes;
- prestación, por parte del trabajador, de servicios lícitos y personales;
- relación de dependencia o subordinación: obligación del trabajador de someterse a las órdenes e instrucciones del empleador o de sus representantes, y al reglamento interno; y,
- pago de una remuneración: estipendio o contraprestación.

4.1.4.2.1.- Acuerdo de las partes

Por tratarse de un contrato su principal elemento es el acuerdo de las partes contratantes, como ya también se enunciara al consentimiento como uno de los elementos de validez de todo contrato, independientemente de la naturaleza jurídica que fuere; con la peculiaridad, sin embargo en el ámbito laboral, de que si bien las partes son libres de entablar una relación laboral, una vez que esta se da las partes ya no son tan libres para estipular las condiciones de la misma, ya que precisamente allí se manifiesta el fuerte intervencionismo estatal para fijar imperativamente la normativa que regirá la relación de trabajo y que servirá de base para cualquier acuerdo que mejore esos mínimos del trabajador, o bien para suplir los vacíos, en virtud de la desigualdad jurídica en que se encuentra el trabajador para poder negociar las condiciones en que prestará sus servicios, todo ello acorde con la característica tutelar del Derecho Laboral.

4.1.4.2.2.- Prestación de servicios

La prestación de servicios es otro de los elementos esenciales del contrato de trabajo; es lo que requiere el empleador y por lo que el trabajador se procura una remuneración.

Aun cuando en el contrato no se especifiquen plenamente las actividades a realizar por parte del trabajador que se obliga a realizarlas, ha de entenderse que es necesario al menos una mínima determinación, que evite que con posterioridad el trabajador sea obligado a realizar cualquier tipo de tareas; es decir que bastaría con que acuerden en un inicio los aspectos principales de la relación laboral, quedando las distintas condiciones de trabajo sujetas, a falta de estipulación expresa escrita o verbal, a lo prescrito en la ley o en los convenios colectivos de trabajo. En definitiva la realización de actos o la ejecución de obras

o la prestación de servicios, que resulta ser precisamente el objeto del contrato de trabajo, “se trata de una obligación de hacer, que puede o no estar concretamente determinada (Grisolia, 2010, p. 82).

La ley exige que los servicios prestados por el trabajador sean lícitos y personales. La licitud de los servicios implica que el trabajo en sí mismo considerado y el fin que persigue no deben estar prohibidos por la ley. Los servicios son personales si la persona que se compromete a prestarlos los realiza directamente, es decir, sin que medie encargo ni representación; de ello se infiere que el trabajador siempre será una persona natural (Trujillo, 2008, pp. 115-116).

4.1.4.2.3.- Dependencia o subordinación

La dependencia consiste en la facultad que tiene el beneficiario de la labor o empleador de dirigir, en cualquier momento, tiempo o cantidad de trabajo a quien lo presta y mientras dure la relación laboral, aunque esa subordinación no se haga ostensible. Nos referimos a la posibilidad de que el servicio personal sea realizado bajo el control y dirección del patrono, siempre que éste lo considere necesario (Guerrero, 1986, p. 36).

Para comentar la subordinación De la Cueva, en cambio, recurre a la exposición de motivos de la Comisión de Juristas para la justificación de la Ley Mexicana de 1970 (citado en Viteri, s/f, p. 4). En primer lugar, explica que la inclusión del término “subordinación” en el significado de relación individual de trabajo, permite distinguir las relaciones reguladas por el Derecho Laboral de las reguladas por otros ordenamientos. En segundo lugar, sostiene que subordinación “es la relación jurídica que se crea entre el trabajador y el patrono, en virtud de la cual está obligado el primero a cumplir sus obligaciones y las instrucciones dadas por el segundo para el mejor desarrollo de las actividades de la empresa”. Sobre la base de esta definición, concluye que los elementos de la subordinación son dos: la potestad jurídica del empleador de establecer el objetivo de la empresa y los medios para cumplirlo, y la obligación jurídica del trabajador de acatar las disposiciones impuestas para la ejecución de su trabajo.

Hay quienes identifican cuatro tipos de subordinación, a saber: moral, técnica, económica y jurídica.

La subordinación moral comprende la obligación del trabajador de respetar a su empleador, aunque resulta obvio que el respeto debe ser mutuo, al punto que

su incumplimiento por cualquiera de las partes es causa de terminación de la relación laboral. Sin embargo, como el respeto recíproco entre las partes debe existir en todo contrato, este aspecto no es suficiente para calificar una relación como laboral.

La subordinación técnica hace referencia al sometimiento del trabajador a las instrucciones del empleador que generalmente mejor conoce la forma de realizar el trabajo; no obstante, si las labores son altamente calificadas podría darse la situación inversa.

La subordinación económica se presenta cuando el factor capital prima por sobre el trabajo o en cuanto el trabajador depende económicamente de la remuneración que percibe por el trabajo que ejecuta. Grisolia (2010, p. 86) advierte que como consecuencia de esta subordinación el trabajador no percibe el producto de su trabajo ni tampoco comparte el riesgo de la empresa, sino que a cambio de una remuneración que pacta por sus servicios, las mayores ganancias o “los quebrantos derivados de la explotación solo benefician o perjudican al patrono, resultando ajenos al obrero”.

La subordinación jurídica, por último, se da como consecuencia de la potestad de mando funcional del empleador frente al trabajador y el consecuente deber de obediencia de éste frente al primero. “Consiste en la posibilidad jurídica del empleador de dirigir en el empleo la conducta del trabajador hacia los objetivos de la empresa. El trabajador está sometido a la autoridad del empleador: facultades de organización, dirección, control y poder disciplinario” (Grisolia, 2010, p. 86).

Los tipos de subordinación enunciados no son exclusivos de una relación laboral; así verbigracia, el caso del hijo respecto a sus padres; el de un programador que se compromete a implementar un sistema académico universitario bajo las directrices técnicas del departamento de informática; el del profesional en libre ejercicio que, en la generalidad de los casos, depende económicamente de los honorarios que percibe de su cliente; el mandatario que debe seguir fielmente las órdenes del mandante.

La gran mayoría de los tratadistas estiman que la subordinación jurídica es la que efectivamente define el ordenamiento jurídico aplicable a la prestación de servicios, pese a que en ciertos contratos laborales sea muy tenue. Por tanto, el régimen jurídico aplicable dependerá de las circunstancias y condiciones en las que se preste el servicio (Thayer y Novoa, 1980, pp. 38-39).

4.1.4.2.4.- Remuneración

Si bien la remuneración es otro de los elementos esenciales del contrato individual de trabajo, los autores discrepan respecto a los efectos de la falta de estipulación expresa sobre la misma en el contrato y si acaso puede o no ser determinada con posterioridad a la prestación del servicio. Viteri, por ejemplo, manifiesta que rara vez se discute la remuneración de manera accesoria y *a posteriori* de la prestación de trabajo. En cambio, De la Cueva opina que la fijación del monto de la remuneración y de su forma de pago sí puede ser *a posteriori* pues ésta surge como producto de la prestación de un trabajo personal subordinado, es decir, su nacimiento depende únicamente de la presencia de un trabajador, de un empleador y de la prestación de un servicio o la ejecución de un trabajo. Por su parte, Vela Monsalve, con el propósito de resaltar la importancia del pago de la remuneración, advierte la existencia de dos elementos externos en la relación contractual de trabajo: el servicio o prestación del trabajador y la retribución o contraprestación del empleador. La relación entre estos dos elementos es de interdependencia y se evidencia al tratar el tema de los fines individual y social del trabajo. El fin individual se manifiesta en la adquisición de los medios necesarios para conservar la vida y en la satisfacción de las necesidades que de ella dimanar. El fin social consiste en proporcionar a la sociedad los bienes económicos que ella requiere para alcanzar su propio fin (De la Cueva y Vela Monsalve, citados en Viteri, s/f, p. 4).

Por ser la remuneración, a más de uno de los elementos esenciales del contrato, el derecho principal del trabajador y lo que le motiva fundamentalmente a prestar sus servicios o a ejecutar una obra en beneficio de otra se le dedica la lección 9.

LECCIÓN 5 SUJETOS DE LA RELACIÓN LABORAL INDIVIDUAL

Cabanellas distingue entre los sujetos de Derecho Laboral y sujetos del contrato individual de trabajo, existiendo entre ambos una relación de género y especie, en el sentido de que los primeros incluyen a los segundos, es decir:

son sujetos del contrato quienes, como trabajadores o como patronos, con una calidad o con otra, contratan la prestación de sus servicios o los servicios ajenos; esto es, contratan trabajo. Los sujetos del Derecho Laboral son aquellos a quienes se les aplica el Derecho mismo, los que tienen la potestad de exigir su cumplimiento y los comprendidos en sus beneficios u obligados por él.

En resumen [...] sujetos del Derecho de Trabajo son todas las personas –individuales o colectivas; o, si se prefiere, físicas o abstractas– con algún derecho u obligación de carácter laboral. Sujetos del contrato de trabajo serán las personas – también físicas o abstractas– con derechos y obligaciones resultantes de un nexo jurídico concertado con voluntad más o menos auténtica o aceptado tácitamente (Cabanellas, 2001, pp. 264).

En lo concerniente a los sujetos de una relación jurídica el contrato individual de trabajo tiene connotaciones especiales. La parte trabajadora deberá ser necesariamente una persona natural, y solo una, salvo que el vínculo laboral se establezca con varios trabajadores como sucede en los contratos de grupo y de equipo (Arts. 31-34 CT); en el primer caso, el empleador conserva sus derechos y obligaciones respecto de cada uno de los trabajadores, y en el segundo, frente al conjunto. La parte empleadora, en cambio, bien puede ser una o varias personas, ya sean naturales o jurídicas.

5.1.- Trabajador

Es la persona natural que presta los servicios por cuenta u orden de otro.

- Su capacidad se regula por reglas del Código Civil; sin embargo, podrá contratar si tiene 15 años de edad (de conformidad al Art. 35 del Código del Trabajo y Art. 82 del Código de la Niñez y Adolescencia).



- Puede ser:
 - o **empleado**, si en los servicios que presta prima el carácter intelectual sobre lo material; en cuyo caso el régimen legal aplicable dependerá del sector en que preste sus servicios, así: si es del sector público, se sujetará a la Ley Orgánica de Servicio Público; si es del sector privado se relaciona se regulará por el Código del Trabajo.
 - o **obrero**, si los servicios que brinda son primordialmente de carácter material. El régimen legal aplicable será siempre el Código del Trabajo, con independencia de que trabaje en el sector privado o público.

Cabanellas (1997, p. 144) aclara que, hasta finales del siglo XIX, el término “empleado” se utilizó para designar al funcionario técnico o profesional que prestaba su actividad al gobierno para la realización de objetivos de interés público. Actualmente el término “empleado” comprende a quienes prestan servicios regulados tanto por el Derecho Administrativo como por el Derecho Laboral.

Son varios los criterios utilizados a lo largo del tiempo para distinguir al obrero del empleado. Uno de ellos radica en la preponderancia del esfuerzo manual o del intelectual. Así, obrero es quien ejecuta un trabajo en el que prima el aspecto físico sobre el intelectual, en tanto que empleado es quien ejecuta una labor primordialmente intelectual; otro criterio consiste en establecer el fin de las actividades de cada uno, y en este sentido, obrero es quien se dedica a la producción de bienes de consumo y a la satisfacción de las necesidades primarias de la sociedad; mientras que el empleado se ocupa de actividades de dirección y administración.

En todo caso, la distinción entre empleado y obrero tiende a desaparecer. Primero, por ser de alguna manera discriminatoria; y segundo, por la dificultad de identificar el esfuerzo predominante, ya que hoy en día los avances tecnológicos exigen mayor capacitación de la clase trabajadora y por ende la ejecución de una obra o prestación de un servicio demanda mayor coordinación del conocimiento intelectual con la actividad física.

En lo relativo a la capacidad las normas del Código Civil, que suplen a las del laboral, se sustentan en el principio de que toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces; incapacidad que puede ser absoluta,

relativa, o particular (Arts. 1462-1463 CC). El Código del Trabajo, luego de establecer también como regla general en el Art. 35 que son hábiles para celebrar contratos de trabajo todos los que la ley reconoce con capacidad civil para obligarse, admite que los adolescentes que han cumplido quince años de edad tienen capacidad para suscribir tales contratos sin necesidad de autorización alguna, e inclusive la facultad para recibir de manera directa la remuneración que les corresponda.

La exposición de motivos del Proyecto de reforma a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que fue ya sustituida por la Ley del Servicio Público (RO 294, 6-X-10), aludía a la proliferación de regímenes de personal en la Administración Pública, lo que provocó una caótica aplicación de normas vinculadas con los recursos humanos, situación que se subsana con la norma del Art. 4 de la Ley vigente que dispone que 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”, quedan reguladas por una misma Ley, con la única excepción de los obreros que se mantienen amparados y regulados por el Código del Trabajo.

5.1.1. Mujeres trabajadoras

Los roles y relaciones de producción y reproducción asignadas socialmente a hombres y mujeres han incidido en el reconocimiento del trabajo de las mujeres, quienes con dificultad y en condiciones de desigualdad han incursionado en el mercado laboral.

La Constitución reconoce algunos derechos para favorecer la igualdad real de las mujeres en las actividades productivas y en sus relaciones de trabajo, concretamente:

- o la igualdad en el acceso al empleo;
- o la adopción de todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades;
- o la formación y promoción laboral y profesional;
- o una remuneración equitativa;
- o la iniciativa de trabajo autónomo;
- o el respeto a los derechos reproductivos, lo que incluye:
 - eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva;
 - el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijos; y,
 - derechos de maternidad y lactancia.



Consecuentemente el Estado

- o promoverá un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades del cuidado humano, que facilite servicios, infraestructura y horarios de trabajo adecuados; e
- o impulsará la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares (Art. 333 CR).

El Art. 1 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (RO-S-153, 25-XI-05), dispone que la “discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), por su parte, cuenta con varios convenios de protección normativa específica para promover la igualdad efectiva de trato y de oportunidades en el empleo entre hombres y mujeres; entre ellos:

- o Convenio 100 sobre igualdad de remuneraciones entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (RO 177, 3-IV-57).
- o Convenio 103 sobre protección de la maternidad (RO 159, 17-V-62).
- o Convenio 111 sobre discriminación (RO 219, 30-VII-62).

El Convenio 156 sobre la igualdad de oportunidades y trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares de 1981 aún no está ratificado por el Ecuador.

El Plan Nacional de Erradicación de la Violencia de Género hacia Niñez Adolescencia y Mujeres reconoce la persistencia de desigualdades como la concentración de mujeres en espacios laborales de menor retribución y caracterizado por relacionarse al comercio y servicios; así como la “discriminación en esferas tales como empleo, ingresos, acceso a recursos económicos que redundan en la falta de autonomía y empoderamiento económico” (pdf).

Como medida de acción afirmativa, la Ley de Amparo Laboral de la Mujer (RO 124, 6-II-97), reformó el Código del Trabajo incorporando la obligación del empleador de contratar un mínimo de trabajadoras (mujeres), según el porcentaje que establezcan las Comisiones sectoriales del Ministerio de Relaciones Laborales, lo que ha sido ya recogido en el Art. 41 del Código del Trabajo, que sanciona el incumplimiento con multa que será impuesta al empleador por el Inspector del Trabajo. En caso de reincidencia, la mencionada autoridad dispondrá la clausura del local o negocio hasta que cumpla con la indicada disposición legal.

5.1.2. Trabajo de personas de atención prioritaria

Este párrafo desarrolla los derechos reconocidos en el ámbito del trabajo a favor de determinadas personas, los cuales se comprenden a la luz de las reivindicaciones sociales para visibilizar a personas y grupos en situación de desigualdad y promover cambios que favorezcan las condiciones para la vida digna de todos.

La Constitución de 2008 en el Título II, Capítulo tercero reconoce derechos específicos a favor, entre otros, de las mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes y de personas con discapacidad entre los que constan el derecho a la atención prioritaria, en el ámbito público y privado. El Art. 35 de la Constitución ordena que el Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad- quizás con mayor propiedad, debió hacerse constar de múltiple vulnerabilidad- como sería verbigracia la situación de una adolescente embarazada con discapacidad.

Los derechos a favor de las mujeres y de las personas y grupos de atención prioritaria se sustenta en el reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación que incluye las diferencias y la necesidad de asegurar un trato diferenciado para promover la igualdad real favor de quienes se encuentren en situación de desigualdad (nral. 3 del Art. 11 de la Constitución) en la comprensión de que “tenemos derechos a ser iguales cada vez que la diferencia nos inferioriza; tenemos derechos a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza” (Santos, 1998, p. 153).



5.1.2.1. Trabajo de mujeres embarazadas

5.1.2.1.1.- Derechos y garantías constitucionales

La Constitución garantiza a las mujeres embarazadas y en período de lactancia los derechos a:

- no ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral (Art. 43 CR);
- la gratuidad de los servicios de salud materna;
- la protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto;
- disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia.

5.1.2.1.2.- Protección por embarazo, parto y posparto

La Constitución prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad (Arts. 331-332 CR) y el Código de Trabajo establece normas para impedir al empleador dar por terminado el contrato de trabajo debido al embarazo, y por el contrario precautelar la estabilidad laboral hasta completar la licencia por maternidad, así como también garantizar la debida y oportuna atención, por parte de los facultativos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en beneficio de la salud de la mujer embarazada como del neonato.

Las garantías constitucionales y legales que protegen a la trabajadora durante el período de embarazo, parto, post parto o enfermedades derivadas de estos son:

- Las mujeres embarazadas recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado (Art. 35 CR).
- Toda mujer trabajadora tiene derecho a una licencia con remuneración de doce semanas por el nacimiento de su hijo o hija.
- En caso de nacimientos múltiples la licencia se extiende por 10 días adicionales.

- Durante la licencia por maternidad la trabajadora tiene derecho a la remuneración normal (75% a cargo del IESS, si fuere afiliada y con las aportaciones suficientes, y el 25% a cargo del empleador).
- Se le garantiza estabilidad durante todo el tiempo de protección.
- La madre podrá compartir los cuidados del recién nacido, y los de su propia convalecencia, con el padre del bebé en virtud de la licencia por paternidad de la que goza también el trabajador por 10 días, o de 15 en caso de nacimientos múltiples o de parto por cesárea.
- En caso de fallecimiento de la madre durante el parto o mientras goza de la licencia por maternidad, el padre podrá hacer uso de la totalidad, o en su caso, de la parte que reste del período de licencia que le hubiere correspondido a la madre.
- La madre adoptiva también tendrá derecho a una licencia con remuneración por 15 días, contados a partir de la fecha en que le hubieren entregado legalmente el hijo o la hija.
- No se rescinde el contrato si la suspensión de la relación laboral debida a la enfermedad derivada del embarazo o del parto dura menos de un año, pero se condena al empleador al pago de una indemnización adicional equivalente a la remuneración de un año en caso de despido o de desahucio.

5.1.2.1.3.- Guardería infantil o jornada especial reducida

- En las empresas de trabajo permanente, el empleador establecerá una guardería, ahora centro infantil del buen vivir, anexa o próxima al centro del trabajo.
- Si no hubiere guardería, durante los nueve meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará máximo seis horas.

Mediante Decreto Ejecutivo 718 (RO 179, 6-V-85), reformado en varias oportunidades, se expidió el Reglamento al Art 156 del Código del Trabajo, por el que se estableció el servicio de guardería infantil que deben brindar las empresas permanentes a los hijos de sus trabajadores, con la finalidad de proteger a la madre trabajadora que tiene hijos bajo su cuidado, a fin de que pueda cumplir adecuadamente sus tareas, sin desatender sus obligaciones familiares de crianza de sus descendientes. Por excepción también podrá acogerse a este beneficio

el padre trabajador bajo cuya custodia se encuentren sus hijos, por razones de índole legal, por fallecimiento o por imposibilidad física de la madre (Art. 1).

Se entiende por servicio de guardería infantil la asistencia que debe prestar el empleador a los infantes hijos de sus trabajadores en los términos de la Ley y del Reglamento, mediante personal especializado que se encargue del cuidado de los infantes que no puedan quedarse en su hogar durante la jornada de trabajo, suministrándoles gratuitamente protección, esparcimiento y alimentación (Art. 4).

Para el cumplimiento de la obligación de instalar centros infantiles, el Reglamento dispone que no se considerarán empresas permanentes a aquellas que deban realizar obras o proyectos determinados cuyas trabajadoras habitan mayoritariamente en campamentos, sin la compañía de sus familiares; así como las agrícolas o agroindustriales que operan en zonas distantes de los centros de residencia habitual de la mayoría de sus trabajadores. Asimismo, se considerarán como empresas independientes las sucursales, agencias, etc., ubicadas en poblaciones distantes al lugar en que se encuentra la matriz u oficina principal (Art. 3).

El empleador podrá cumplir su obligación contratando el servicio con centros infantiles estatales o privados de la localidad, cuyo funcionamiento esté legalmente autorizado (Art. 13) y podrán varias empresas unirse para brindar el servicio de manera conjunta (Art. 14).

5.1.2.2.- Trabajo de adolescentes

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (RO-S 153, 25-XI-05) asume la denominada doctrina de la protección integral que se concreta no sólo en el reconocimiento del niño y adolescente como sujetos pleno de todos los derechos comunes al ser humano y de algunos específicos en consideración a su edad, sino en el asegurar efectivamente el goce y ejercicio del conjunto de los derechos -indivisibles e interdependientes- de la niñez y adolescencia.

Las niñas, niños y adolescentes deben contar con condiciones para su desarrollo integral asumido como derecho constitucional y objetivo de la protección integral.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales (Art. 44.2 CR).

El Estado tiene el deber primordial de garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, por lo que le corresponde adoptar medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

- o la protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica;
- o la prohibición del trabajo de menores de 15 años; y,
- o la implementación de políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil.

El Convenio No 138 de la OIT sobre la edad mínima de admisión al empleo (RO 113, 5-VII-00), establece el deber de todo Estado Miembro de cumplir con el compromiso de establecer una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores de edad.

En consideración al reconocimiento de la diversidad cultural del país, el Código de la Niñez y Adolescencia reconoce la existencia de prácticas ancestrales formativas, en cuyo caso no se aplica la limitación de la edad de 15 años, siempre que respeten el desarrollo físico y psicológico del adolescente, en el sentido de asignárseles solamente tareas acordes con sus capacidades y etapa evolutiva; que contribuyan a la formación y desarrollo de las destrezas y habilidades del adolescente; que transmitan valores y normas culturales en armonía con el desarrollo del adolescente; y, que se desarrollen en el ámbito y beneficio de la comunidad a la que pertenece el adolescente o su familia (Art. 86).

El Código de la Niñez y Adolescencia en el Artículo 92 reconoce además la realización de actividades de formación que incorporen el trabajo como un elemento importante en el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes;



actividades que en todo caso deberán realizarse en condiciones adecuadas a su edad, capacidad y estado físico, respetando sus valores morales y culturales, sus derechos al descanso, recreación y juego. Los programas que incorporen el trabajo de niños, niñas y adolescentes con finalidad formativa deberán priorizar las exigencias pedagógicas relacionadas con su desarrollo integral, por sobre los objetivos productivos.

En virtud del ejercicio progresivo de los derechos, la Constitución admite el trabajo de adolescentes mayores de quince años y el Código de la Niñez y Adolescencia regula sus condiciones para que éste se realice en un marco de respeto y garantía de sus derechos.

5.1.2.2.1.- Derechos y garantías constitucionales

En la Constitución se consagran los siguientes derechos y garantías respecto al trabajo de los adolescentes mayores de quince años:

- Será excepcional y no podrá conculcar el derecho a la educación;
- no podrá realizarse en condiciones nocivas o peligrosas para la salud de los adolescentes o su desarrollo personal;
- se respetará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral (Art. 46).

5.1.2.2.2.- Requisitos para que proceda el trabajo

El trabajo de los adolescentes puede realizarse en relación de dependencia o por cuenta propia. Las normas generales son:

- Edad mínima 15 años.
- Acreditar:
 - o un mínimo de instrucción escolar o asistencia a la escuela; y,
 - o evidente necesidad para la propia sustentación o la de sus padres o ascendientes o hermanos menores.
- Celebrar el contrato de trabajo observando las siguientes prescripciones:
 - o Deberá ser:
 - por escrito; y,

- registrado en la Inspección del Trabajo (si bien el registro es obligación del empleador, se faculta al adolescente solicitarlo).

El empleador será sancionado administrativamente con el doble de la multa prevista en el Art. 628 del Código del Trabajo, en el supuesto de que no celebre el contrato por escrito, sin perjuicio de cumplir con la obligación de registrar el contrato (Art. 20 CT).

A falta de contrato escrito, la relación de trabajo se podrá probar por cualquier medio, inclusive con el juramento deferido.

Se presume la existencia de una relación laboral siempre que una persona se beneficie del trabajo de un adolescente (Art. 20 CT y 88 CNA).

5.1.2.2.3.- Jornadas de trabajo máximas

- En ningún caso la jornada laboral del adolescente podrá exceder de 6 horas diarias, durante un período máximo de 5 días a la semana.
- Se organizará de manera que no limite el efectivo ejercicio del derecho a la educación.
- El empleador deberá dejar libres dos horas de las destinadas al trabajo para que el adolescente concurra a la escuela. Si el empleador obstaculizare el derecho del adolescente a la educación, o lo indujere a descuidar, desatender o abandonar su formación educativa, será sancionado de conformidad al Art. 95 del Código de la Niñez y Adolescencia, que se refiere a multas de doscientos a un mil dólares y, en caso de reincidencia, con la clausura del establecimiento donde se realiza el trabajo.

5.1.2.2.4.- Períodos de vacaciones

- El adolescente de 15 años tiene derecho a 20 días de vacaciones.
- El trabajador que se encuentra entre los 16 y 18 años de edad, tiene derecho a gozar de 18 días de vacaciones al año.

5.1.2.2.5.- Remuneración: garantías, montos y forma de pago

El adolescente trabajador tendrá derecho a percibir por lo menos el salario mínimo general o sectorial que corresponda.

El adolescente aprendiz percibirá al menos el 80% de la remuneración básica unificada.

En consideración al ejercicio progresivo de los derechos de los adolescentes, la remuneración deber ser pagada directamente al adolescente trabajador, quien podrá ejercer directamente las acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos.

5.1.2.2.6.- Obligaciones especiales de terceros a favor de los adolescentes trabajadores

El Código del Trabajo y el Código de la Niñez y Adolescencia imponen algunas obligaciones específicas encaminadas a garantizar el ejercicio de los derechos de los adolescentes que trabajen.

5.1.2.2.6.1.- Obligaciones del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia

- Dictar el reglamento para la emisión del carnet laboral.
- Regular los beneficios que el carnet laboral otorga.

5.1.2.2.6.2.- Obligaciones del Ministerio de Relaciones Laborales

- Llevar un registro de los adolescentes que trabajan, por cantones.
- Remitir la información periódicamente a los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia

5.1.2.2.6.3.- Obligaciones del Municipio

- Otorgar permisos para que los adolescentes (que hayan cumplido 15 años), ejerzan actividades económicas por cuenta propia.
- Llevar un registro de autorizaciones laborales.
- Controlar el desarrollo de las actividades autorizadas a los adolescentes.

5.1.2.2.6.4.- Obligaciones de jueces y autoridades administrativas

- Ordenar medidas de protección en situaciones de riesgo o de violación de los derechos.
- Sancionar violaciones con:
 - o amonestaciones,
 - o multas, y
 - o clausuras.

5.1.2.2.6.5.-Obligaciones del empleador

- Celebrar el contrato individual de trabajo por escrito, y registrarlo en la Inspección del Trabajo, en un plazo no mayor a 30 días.
- Llevar un registro especial con:
 - o nombre del empleador y del adolescente;
 - o edad del adolescente debidamente justificada con la partida de nacimiento o cédula de ciudadanía o de identidad;
 - o clase de trabajo;
 - o duración del contrato de trabajo;
 - o jornada y remuneración; y,
 - o certificación de que el adolescente ha cumplido o cumple su educación básica.
- Remitir mensualmente copia del registro a la Dirección Regional del Trabajo, para que ésta a su vez remita la información periódicamente a los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia.

5.1.2.2.7.- Prohibiciones para adolescentes y empleadores

5.1.2.2.7.1.- Para los adolescentes trabajadores

- Realizar trabajos en jornadas nocturnas.
- Trabajar en días descanso obligatorio o forzoso.
- Efectuar tareas peligrosas, insalubres, nocivas o riesgosas.



5.1.2.2.7.2.- Para los empleadores

- Contratar a adolescentes en un lugar para destinarlos a trabajos fuera del país (contrato de enganche).
- Contratar a adolescentes para la realización de trabajos prohibidos por la ley.

En caso de incumplimiento, si el adolescente sufre algún accidente o padeciere alguna enfermedad ocasionados por un trabajo de los expresamente prohibidos por la ley, se presume de derecho que el accidente o enfermedad se debe a culpa del empleador. En este caso, la indemnización por riesgos del trabajo no podrá ser menor del doble de la que corresponde a la ordinaria (Art. 149 CT).

El Código de la Niñez y Adolescencia prohíbe labores o actividades:

- o en minas, basurales, camales, canteras e industrias extractivas de cualquier clase;
- o en actividades que implican la manipulación de sustancias explosivas, psicotrópicas, tóxicas, peligrosas o nocivas para su vida, su desarrollo físico o mental y su salud;
- o en prostíbulos o zonas de tolerancia, lugares de juegos de azar, expendio de bebidas alcohólicas y otros que puedan ser inconvenientes para el desarrollo moral o social del adolescente;
- o en actividades que requieran el empleo de maquinaria peligrosa o que expongan al adolescente a ruidos que exceden los límites legales de tolerancia;
- o en actividades que puedan agravar la discapacidad, tratándose de adolescentes que la tengan;
- o en las demás actividades prohibidas en otros cuerpos legales, incluidos los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador; y,
- o en hogares cuyos miembros tengan antecedentes como autores de abuso o maltrato.

El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia determinará las formas específicas de los trabajos peligrosos, nocivos o riesgosos que están prohibidos para los adolescentes, tomando en cuenta sus naturalezas, condiciones y riesgos para la vida e integridad personal, salud, educación, seguridad y desarrollo integral (Art. 87).

En el marco de la política de la erradicación progresiva del trabajo infantil, el Comité Nacional para la Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil CONEPTI se encargará de la ejecución del Sistema de Inspección y Monitoreo del Trabajo Infantil, con la participación ciudadana a través de veedurías sociales y defensorías comunitarias, para controlar el cumplimiento de las normas legales y los convenios internacionales (Art. 151 CT).

5.1.2.3.- Trabajo de personas con discapacidad

Personas con discapacidad designa a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (Art. 1 Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, RO 329, 5-V-08).

Corresponde al Consejo Nacional de Discapacidades certificar la discapacidad y conferir a la persona con discapacidad el carnet respectivo.

La Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad tiene como propósito promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad son:

- el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- la no discriminación;
- la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;

- la igualdad de oportunidades;
- la accesibilidad;
- la igualdad entre el hombre y la mujer; y,
- el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Es corresponsabilidad del Estado, la sociedad toda y la familia procurar la “equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social y su inclusión social, reconociéndoles como derechos específicos [...] trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades [...]” (Simon, 2009, p. 227-228).

5.1.2.3.1.- Derechos y garantías constitucionales

- Las personas con discapacidad recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado (Art. 35).
- El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades.
- El Estado, con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social.
- Se reconoce a las personas con discapacidad el 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 (Art. 47).
- El Estado adoptará medidas que aseguren la inclusión social, mediante planes y programas estatales y privados coordinados, que fomenten su participación política, social, cultural, educativa y económica (Art. 48 CR).
- Se garantizará la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado.
- El Estado y los empleadores implementarán servicios sociales y de ayuda especial para facilitar la actividad de personas con discapacidad.

- Se prohíbe reducir la remuneración del trabajador con discapacidad por cualquier circunstancia relativa a su condición (Art. 330 CR).

5.1.2.3.2.- Obligaciones especiales de empleador

- o Contratar al menos un 4% de personas con discapacidad. Mediante la Ley-28, RO 198, 30-I-06, reformatoria al Código del Trabajo, se incorporó en el Art. 42, como nral. 35, la obligación del empleador público o privado, que cuente con un número mínimo de veinticinco trabajadores, de contratar personas con discapacidad en labores permanentes que se consideren apropiadas a sus conocimientos, condición física y aptitudes individuales, observando los principios de equidad de género y diversidad de discapacidad. La implementación de esta obligación fue de manera progresiva, y así el primer año de vigencia sólo se exigía contratar a una persona, ya el segundo año el personal con discapacidad tenía que representar el 1%, en el tercero el 2%, y así sucesivamente hasta llegar en el quinto año al 4% del total de los trabajadores, siendo ese el porcentaje fijo que ya se aplica y deberá seguirse aplicando en los años por venir.
- o Celebrar el contrato de trabajo por escrito y registrarlo en la Inspección del Trabajo correspondiente. Si la persona con discapacidad no pudiere firmarlo, lo hará por medio de su representante legal o tutor. El incumplimiento del empleador será sancionado con una multa mensual equivalente a diez remuneraciones básicas mínimas, hasta que se cumpla con la obligación, cuyo monto se destinará al fortalecimiento de los sistemas de supervisión y control precisamente de esta exigencia.
- o Realizar las adaptaciones necesarias en los puestos de trabajo para facilitar la inclusión de las personas con discapacidad, para lo cual las empresas deberán observar las disposiciones de Ley de Discapacidades, las normas INEN sobre accesibilidad al medio físico, así como los convenios, acuerdos y declaraciones internacionales legalmente suscritos por el Ecuador.

5.2.- Empleador

Es la persona a quien se presta los servicios o por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra.

- Su capacidad se regula por las reglas generales del Código Civil.



- Puede ser:
 - o persona natural, en cuyo caso sus relaciones con los trabajadores se regulan por el Código del Trabajo; o,
 - o persona jurídica, lo que exige distinguir si se trata del sector público, por cuanto en este caso sus obreros se sujetan al Código del Trabajo y los empleados a la Ley Orgánica del Servicio Público; mientras que si es persona jurídica del sector privado sus relaciones con empleados y obreros se sujetan al Código del Trabajo.

El empleador, según Cabanellas (1997b, p. 298), es la persona que emplea remuneradamente y con cierta permanencia a trabajadores subordinados a él. Guerrero (1986, p. 53) anota que aquél es el acreedor del trabajo y el deudor del salario, pero advierte que en la doctrina y en las legislaciones extranjeras se utiliza distinta terminología para definir a esta parte de la relación laboral. Por ejemplo, la denominación alemana e italiana “dador del trabajo”, presenta el inconveniente de designar a la persona por cuya cuenta se realiza el trabajo y también a quien lo ejecuta.

Algunos autores españoles y mexicanos aluden a “acreedor de trabajo” y, con fundamento, manifiestan que el trabajo conlleva tanto un derecho como un deber social y que, por ello, resulta indiscutible que será “acreedor de trabajo” tanto quien quiera trabajar como el que, comprometido a reconocer un salario, tiene todo el derecho a exigir que trabajen en su beneficio. La legislación española se refiere a empresario, aunque este término, que también se lo usa en la legislación ecuatoriana, no es del todo preciso por cuanto bien puede darse el caso de empleadores que no sean empresarios, como podría ser el de quienes ejercen jefaturas de hogar respecto a sus empleadas domésticas.

El término patrono ha ido evolucionando con el tiempo. Su origen se remonta a la época romana en la que se aplicaba para designar, por un lado, a quien en calidad de ciudadano brindaba protección a una persona jurídicamente inferior; y, por otro, al antiguo señor de un esclavo que había sido manumitido (Guerrero, 1986, p. 52). Por influencia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), las legislaciones laborales tienden a eliminar este término que contiene un sentido clasista, de opresión e injusticia para los trabajadores. El Código del Trabajo ecuatoriano en su artículo 10 utiliza el término de empleador o empresario y lo define como “la persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por causa u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio”.

A continuación revisaremos de manera breve algunas figuras que son afines con la del empleador.

5.2.1.- Representante

Considerando que el empleador bien puede ser persona natural o jurídica, está facultado en el primer caso, y obligado en el segundo, a intervenir en la celebración del contrato de trabajo por medio de representante.

Representante es la persona que se hace cargo de la gestión de negocios de otra, por cuenta y riesgo de ésta.

- La representación puede ser:
 - o legal:
 - a favor de quienes no pueden gobernarse por sí mismos, que se regula por el Código Civil;
 - la de directores, gerentes, administradores, capitanes de barco y la de quienes ejercen funciones de dirección y administración, según el Código de Trabajo (Art. 36 CT); o,
 - o voluntaria o convencional
 - apoderado,
 - mandatario,
 - agente oficioso.

Estos tres últimos no son trabajadores y, por ende, no están sujetos al Código del Trabajo.

Las normas sobre representación en el campo laboral son más amplias que en el Derecho Común. Así, mientras el artículo 2020 del Código Civil establece que

el mandato es un contrato por el que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera (por lo que se requiere de cierta solemnidad), el artículo 36 del Código del Trabajo incorpora una nueva forma de representación legal y a quienes la ostentan les asigna responsabilidades solidarias a favor de los trabajadores, sin necesidad de que tengan poder escrito ni suficiente para ello. No obstante, hay empleados que tienen cargos de dirección que eventualmente podrían tener que responder con su propio peculio ante reclamaciones de trabajadores. Al respecto el artículo 308 del mismo cuerpo legal aclara esta situación al expresar que el empleado con poder exclusivo dentro del régimen interno de la empresa no es mandatario sino empleado. Por ello, en el caso de que dichos empleados resultaran condenados al pago de obligaciones laborales que corresponden al empleador, podrían repetir contra éste.

Una de las formas de representación voluntaria o convencional es el cuasicontrato de la agencia oficiosa, también llamado gestión de negocios ajenos, por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos (Art. 2186 Código Civil).

5.2.2.- Contratista

Es la persona natural o jurídica que se compromete con otra persona, natural o jurídica, a ejecutar una obra bajo su responsabilidad, con el concurso de trabajadores que contrata por su cuenta.

El contratista responde solidariamente con el beneficiario de la obra frente a los reclamos de los trabajadores.

Sus relaciones con el dueño de la obra se regulan dependiendo de si éste es del sector privado o del público; en el primer caso se regula por el Código Civil, y en el segundo por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (RO-S 395, 4-VIII-08).

5.2.3.- Prestador de actividades complementarias

Esta figura fue introducida por el Mandato Constituyente No. 8 (Art. 3) (RO-S 330, 6-V-08) para sustituir la figura de la tercerización² y de la intermediación

2 Tercerizadora de servicios complementarios era la persona jurídica que con su personal ejecutaba actividades complementarias de otra empresa.

- La relación laboral existía exclusivamente entre la tercerizadora y su personal.

laboral³ (aunque como comentaremos más adelante, resultó ser prácticamente un simple cambio de denominación).

- Puede ser persona natural o jurídica.
- Requiere autorización del Ministerio de Relaciones Laborales.
- Su objeto exclusivo es realizar actividades complementarias, ajenas a las labores propias o habituales: seguridad, alimentación, mensajería y limpieza.
- La beneficiaria de los servicios responde solidariamente frente a las reclamaciones laborales de los trabajadores.

Pese a la supresión y prohibición de la tercerización según el artículo 1 del Mandato 8, el Art. 3 del mismo instrumento permite la celebración de contratos con personas naturales o jurídicas autorizadas como “prestadores de actividades complementarias”, para las actividades de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, siempre que sean ajenas a las labores propias o habituales

- Se consideraban actividades complementarias de la usuaria las de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería, mantenimiento, limpieza y otras de apoyo.

3 Intermediaria laboral era la persona jurídica que contrataba los servicios de uno o más trabajadores para ponerlos a disposición de otra persona denominada usuaria.

- Respondía de manera directa y principal ante sus trabajadores, mientras que el beneficiario de los servicios lo hacía solidariamente.
- La usuaria determinaba las tareas y supervisaba la ejecución de las mismas.
- Máximo se podía contratar por intermediación laboral al 50% de los trabajadores. Dicho límite no operaba en caso de iniciación de actividades en usuarias nuevas, instituciones del Estado, y en actividades agrícolas y de la construcción.

Entre los argumentos que se sostuvieron en su momento para justificar la tercerización y la intermediación, así como para sostener al momento la nueva figura de empresas prestadora de servicios complementarios, que las reemplaza, constan los avances científicos y tecnológicos que inciden en las formas de producción de bienes y servicios y en las modalidades de trabajo; en las primeras, para permitir atender mejor y más eficientemente las diversas etapas de la producción, y en las segundas para proveer, por corto tiempo, de trabajadores altamente capacitados y especializados. Para este fin se constituyeron empresas que se ocupaban de preparar mano de obra calificada para luego ponerlas al servicio de las empresas evitándose éstas el costo y tiempo que supone capacitar a los trabajadores (Trujillo, 2008, p. 503). Como lo advierte, por su parte, Andrés Páez (2006, pp. 50-51): [...] ninguna empresa puede ser verdaderamente productiva en todas sus actividades, la idea es encontrar otras empresas especializadas que puedan realizar ciertas actividades o procesos complementarios de mejor manera que la propia empresa, de tal forma que pueda dedicarse a su misión básica o actividad específica, para obtener un mejor resultado integral o un producto de mayor calidad y de menor costo.

El mismo autor advierte que la tercerización es conocida en otros regímenes jurídicos con el término “outsourcing”, que proviene de la administración de empresas, y hace referencia “al recurso de fuentes externas para lograr el fin deseado”, el cual, como ya se mencionó, es el obtener el mejor resultado al menor tiempo y costo posible.

del proceso productivo de la usuaria. Entonces, salvando las actividades de apoyo, denominación suficientemente amplia que posibilitaba la contratación de prácticamente cualquier actividad que no fuera propia de la empresa, no existe un cambio sustancial. Por otro lado, el Artículo 4 expresa: “sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona en cuyo provecho se preste el servicio”, con lo cual, de alguna manera se vuelve triangular la relación jurídica, además de restablecer un derecho que desconoció, para el caso de las tercerizadoras, la Ley de junio de 2006.

Es decir que se mantiene la triangulación en el propio Mandato 8 al establecer que los trabajadores de las empresas prestadoras de actividades complementarias participarán proporcionalmente del porcentaje legal de las utilidades líquidas de las empresas usuarias, en cuyo provecho se realiza la obra o se presta el servicio. Lo anterior contradice lo prescrito sobre la relación laboral directa y bilateral, porque el obligado directo debería ser el empleador, y por tanto se estaría invirtiendo el orden al imponer a la usuaria la obligación de repartir las utilidades y solo de manera subsidiaria a la prestadora de actividades complementarias.

Por tanto, pese a que los Asambleístas calificaron la vigencia de la tercerización de servicios complementarios y de la intermediación como una “injusticia social y aberrante discriminación social, ocasionada por el uso y el abuso de los sistemas precarios de contratación laboral”, se mantiene aquella con la denominación de prestación de actividades complementarias, para labores no propias ni habituales de la empresa.

5.2.4.- Colocadora de empleo

Es la persona natural o jurídica que ofrece servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo y que simplemente recluta personas para ponerlas a disposición de otras con el fin de que sean contratadas directamente por éstas.

El servicio de colocación de empleo no implica intermediación laboral ni tercerización de servicios complementarios. Más aún, las empresas que venían operando como intermediarias laborales, podían, acogerse a un proceso de reconversión para operar como agencias colocadoras de empleos, consultoras en selección de personal o en materia de capacitación, o en cualquier giro o negocio permitido por la ley, según la Disposición Transitoria Primera del Reglamento para la Aplicación del Mandato No. 8.

LECCIÓN 6 OBJETO DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

6.1 Objeto del contrato

Todo contrato es fuente de obligaciones, realidad de la que no escapa el contrato de trabajo, y por ende de él surgen derechos y obligaciones ya sean de dar, hacer o de no hacer para las partes vinculadas por el mismo, lo que constituye el objeto de la relación.

Sin embargo, no hay uniformidad de criterios en la doctrina respecto a lo que debe entenderse por objeto del contrato de trabajo y así tenemos que unas teorías indican como objeto al propio trabajador; otras a “la actividad o fuerza de trabajo; al trabajo en sí; el efecto útil de la fuerza muscular e intelectual, representada por el fruto del esfuerzo del trabajador; parte que al trabajador le corresponde en la producción, y que cede contra el salario” (Garriguet, citado en Cabanellas, 2001, p. 398).

Cabanellas luego de analizar las “doctrinas antagónicas que se formulan en torno al objeto característico del contrato de trabajo”, advierte que

si bien el trabajo no es una mercancía [...] existe un derecho a una prestación de hacer, basada en dos derechos subjetivos contrapuestos, de un contrato entre iguales, jurídicamente hablando; o sea, la expresión de un principio de convivencia colaboradora, dirigida a ese objetivo común que es el fin de la empresa. Hay colaboración y simultáneamente subordinación, conceptos de los cuales el primero revela por sí solo el contrato y el segundo es compatible con éste. Esta prestación sujeta a voluntad ajena, constituye el nuevo concepto del trabajo dentro del Derecho Laboral, que sirve de objeto a un contrato exento ya del carácter servil y de las antiguas prestaciones personales y de la naturaleza de la cosa que se le atribuye comúnmente al objeto de los contratos dominados por las obligaciones de dar (Cabanellas, 2001, pp. 398-399).

El objeto del contrato de trabajo, al igual que el de cualquier contrato civil, “ha de ser determinado, posible y lícito”, aclarando que por determinado no significa la explicitación absoluta de todas y cada una de las tareas que el

trabajador se compromete a realizar, ya que en caso de omitirse bien podría suplirse por disposiciones legales, reglamentarias, contractuales y aun por los usos y costumbres. La posibilidad en cambio debe entenderse tanto en el aspecto legal como físico; y por último, “como requisito de carácter ético y cívico se proclama que el objeto del contrato pueden ser todos los servicios, siempre que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres” (Cabanelas, 2001, p. 399).

Para nosotros el objeto del contrato individual de trabajo es principalmente la prestación de servicios lícitos y personales o la ejecución de una obra que una persona natural se compromete a prestar o a ejecutar en beneficio de otra u otras, sean éstas naturales o jurídicas, sin desconocer que también constituyen el objeto del contrato laboral las demás obligaciones, ya sea de dar, hacer o de no hacer de las partes contratantes a las que nos referiremos también en esta lección.

6.2.- Prestación de servicios personales dependientes y remunerados

El objeto de todo contrato individual de trabajo son los servicios que presta el trabajador a favor de una tercera persona que requiere de los mismos, por lo que le reconoce un pago; sin embargo no puede afirmarse que la obligación única del trabajador sea trabajar y obedecer las órdenes que reciba del empleador, sino que son algunas las obligaciones accesorias que se agregan a esta principal.

A través de la prestación del servicio se conjuga el interés del trabajador de procurarse una remuneración para satisfacer sus necesidades y las de su familia, y el interés del empleador de beneficiarse de la prestación del servicio o de la ejecución de la obra encomendada al trabajador y así satisfacer una necesidad particular, por lo que se obliga a pagar en retribución una remuneración.

Por lo dicho se confirma el hecho de que la prestación de servicios es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, y sin él o bien no habría contrato o simplemente éste degeneraría en alguna otra figura; y recuérdese, que según ya quedó analizado en la lección 4, que tales servicios deben ser necesariamente lícitos y personales, entendidos como aquellos que no contrarían las prescripciones legales y que son prestados por una persona necesariamente natural.

La modalidad en la que se presten tales servicios resulta indiferente para los efectos de catalogarlos como el objeto de un contrato de trabajo; lo determinante

será que la prestación del servicio o la ejecución de la obra sean en relación de dependencia y por una remuneración.

6.3.- Obligaciones y prohibiciones de las partes vinculadas por un contrato de trabajo

Por el hecho del contrato de trabajo, independientemente de la modalidad de que se trate, las partes adquieren una serie de obligaciones mutuas que se entienden incorporadas en cada contrato aun cuando éste guarde silencio al respecto, y es precisamente la función del Código del Trabajo y de las demás leyes laborales: regular las relaciones entre trabajadores y empleadores, y por ende suplir cualquier vacío que éstos dejen al momento de celebrar el contrato, y claro está, orientar la resolución de los conflictos que se susciten entre ellos, derivados de la relación jurídica que mantienen con motivo del trabajo.

Frente a las obligaciones también se encuentran prohibiciones que el Código de la materia impone a los contratantes con el afán de proteger en primer lugar a la parte más desvalida de la relación, así como también mantener el debido equilibrio y respeto entre las partes del contrato.

Cabe anticipar que tanto las obligaciones como las prohibiciones que tienen los sujetos vinculados en una relación dependiente, no se limitan, por parte del empleador exclusivamente al aspecto económico, ni a la prestación del servicio o ejecución de la obra por parte del trabajador.

6.3.1.- Obligaciones del empleador

El Art. 42 enuncia la mayoría de las obligaciones que tiene el empleador, ya sea que se las haya o no acordado expresamente en el contrato, más aún diríamos, sin perjuicio de lo que se haya estipulado. Éstas en todo caso constituyen la base sobre la cuales las partes pueden convenir mejoras o incluso otras obligaciones adicionales, lo cual necesariamente deberá constar ya sea en el contrato laboral individual o en el colectivo.

El incumplimiento de las obligaciones que imponen las leyes y los tratados internacionales a los empleadores, se considera de tal gravedad que el Art. 327 de la Constitución prescribe que será penalizado y sancionado de conformidad con la ley, al igual que el fraude, la simulación y el enriquecimiento injusto en



materia laboral. Si bien la inobservancia en general de las obligaciones resulta reprochable, consideramos desmedida la referida disposición constitucional.

6.3.1.1.- Patrimoniales o pecuniarias

Las obligaciones pecuniarias se refieren a todas aquellas que implican un egreso para el empleador y un ingreso, por el contrario, para el trabajador.

Las obligaciones pecuniarias impuestas por el Código del Trabajo al empleador son el pago de:

- remuneración mensual, aún cuando se encuentre gozando de alguna licencia, en cuyos supuestos el pago se hará en las condiciones y porcentajes previstos en la ley, y que constan en la lección 11.
- decimotercero y cuarto sueldos;
- fondo de reserva, sea que lo cancele de manera directa al prestador del servicio o a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a elección del trabajador;
- utilidades;
- jubilación;
- aportes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS;
- indemnizaciones en caso de despido intempestivo, o por accidentes que sufre el trabajador en el trabajo y por las enfermedades profesionales, salvo en estos últimos casos que estuviere debidamente afiliado al IESS y cumpliera con el mínimo de imposiciones para ser beneficiario de las prestaciones sociales;
- compensaciones;
- bonificaciones;
- comisiones;
- recargos; y,
- beneficios contractuales.

De la remuneración, así como del decimotercero y cuarto sueldos se ocupa la lección 9, mientras que de las restantes obligaciones pecuniarias lo hace la lección 10.

6.3.1.2.- Ético-jurídicas

Son aquellas obligaciones que si bien pueden o no significar un egreso económico para el empleador, no constituyen un acrecentamiento del patrimonio del trabajador, aunque si responden a la necesidad de que el trabajo se desenvuelva “en condiciones acordes con la dignidad, necesidades y fuerzas de la persona humana; y, a veces, le ahorran gastos al trabajador” (Trujillo, 2008, p. 255). Y así tenemos las obligaciones de protección y las de asistencia, sin desconocer que la primera obligación en este sentido es la de tratar a los trabajadores con la debida consideración y respeto, no infringiéndoles maltratos de palabra ni de obra.

6.3.1.2.1.-Protección

Salud y vida: en virtud de esta obligación el empleador, a más de afiliar a su trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social⁴ desde el primer día de labores, para que de él reciba toda la atención necesaria en caso de riesgos del trabajo, accidentes, enfermedades y maternidad (ya que caso contrario le corresponderá asumir los gastos directamente al empleador), debe también instalar la fábricas, oficinas y demás lugares de trabajo, sujetándose a las medidas de prevención seguridad e higiene del trabajo y demás disposiciones legales y reglamentarias, tomando en consideración además, las normas que precautelan el adecuado desplazamiento de las personas con discapacidad; así como también debe proveer de todos los implementos y equipos requeridos por los reglamentos de seguridad e higiene y por el reglamento interno, para salvaguardar la salud y bienestar de los trabajadores.

Bienes: el empleador debe proporcionar lugares seguros para que el trabajador guarde los instrumentos y útiles de trabajo, sin que le sea lícito retenerlos a título de indemnización, garantía o cualquier otro motivo.

6.3.1.2.2.-Asistencia

Profesional: si la empresa cuenta con diez o más trabajadores está obligada a contratar los servicios de un trabajador social titulado, y las que tuvieren

⁴ Se encuentra en discusión una reforma que penaliza con prisión de uno a tres años la no afiliación de los trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.



trescientos o más, contratarán otro trabajador social por cada trescientos de excedente.

Alimentación: el empleador debe establecer comedores para los trabajadores cuando éstos laboren en un número de cincuenta o más en la fábrica o empresa y siempre que los locales de trabajo estuvieren localizados a más de 2 kilómetros de la localidad más cercana. Si bien esta disposición ya constaba en el primer Código del Trabajo de 1938, sigue aún vigente, más que por ley, por costumbre, ya que existen tales comedores aunque el lugar de trabajo se encuentre en plena ciudad.

También tiene la obligación el empleador, de conformidad al Art. 268 del Código del Trabajo, de dar alimentación al trabajador doméstico.

Se relaciona también con la alimentación la obligación que tiene el empleador, si la fábrica o empresa contare con más de diez trabajadores, de establecer almacenes de artículo de primera necesidad para suministrarlos a precios de costo a los trabajadores y sus familias; obligación que el empleador puede cumplir directamente mediante el establecimiento de su propio comisariato o mediante la contratación de este servicio conjuntamente con otras empresas o con terceros

Hospedaje: el empleador debe dar albergue al trabajador doméstico, a menos de pacto en contrario, así como también cubrir los costos que por este concepto el trabajador incurra cuando por motivos de trabajo deba trasladarse a un lugar diferente al de su residencia.

Educación: el empleador debe establecer escuelas elementales en beneficio de los hijos de los trabajadores, cuando se trate de centros permanentes de trabajo ubicados a más de dos kilómetros de distancia de las poblaciones y siempre que la población escolar sea por lo menos de 20 niños. También está obligado a no perturbar o impedir el ejercicio del derecho a la educación básica del trabajador doméstico. En el caso de los adolescentes trabajadores, el empleador deberá dejarles dos horas diarias de las destinadas al trabajo a fin de que concurran a la escuela; si el empleador por cualquier medio obstaculiza el derecho del adolescente a la educación o induce al adolescente a descuidar, desatender o abandonar su formación educativa, será sancionado por la autoridad administrativa del trabajo con la máxima multa señalada en el Art. 95 del Código de la Niñez y Adolescencia. Incluso se ha previsto, para resguardar el derecho a la educación antes referido, que cualquier persona que tenga conocimiento de la infracción

señalada, está en la obligación de poner en conocimiento de la autoridad respectiva (Art. 135 CT).

El empleador tiene la obligación de conceder permisos o declarar en comisión de servicios hasta por un año y con derecho a remuneración hasta por seis meses al trabajador que obtuviere una beca para estudiar en el exterior, en materia relacionada con la actividad laboral, siempre que tenga más de cinco años en la empresa, que ésta cuente con 15 o más trabajadores y que el número de becarios no exceda del dos por ciento del total de ellos. En este supuesto el trabajador al regresar al país deberá prestar sus servicios al menos por dos años en la misma empresa.

Vestimenta: hace alusión a la obligación de suministrar cada año a los trabajadores, en forma completamente gratuita, por lo menos un vestido adecuado para el trabajo; caso contrario deberá el empleador cancelar en dinero el valor de la ropa de trabajo.

Movilización: se refiere a cubrir los gastos de ida y vuelta, sin perjuicio de la alimentación y el hospedaje, como ya mencionamos, cuando por razones del servicio tenga que trasladarse el trabajador a un lugar distinto al de su residencia.

Guardería: en las empresas que cuenten con cincuenta o más trabajadores, el empleador deberá establecer de manera anexa o próxima a la empresa o centro de trabajo, un servicio de guardería infantil (ahora llamados centros infantiles del buen vivir) para la atención de los hijos de éstos, suministrando gratuitamente atención, alimentación, local e implementos para este servicio; para lo cual varias empresas podrían unirse o contratar con terceros para cumplir con esta obligación. Cabe señalar lo inapropiado de establecer esta obligación en base al número de trabajadores, ya que bien podría darse el caso de que todo el personal sea de edad muy avanzada o simplemente sin infantes; más correcto sería que la norma se refiriera a un número mínimo de niños en edad pre-escolar.

Permisos: el empleador debe conceder permisos por ejemplo para que los trabajadores puedan ejercer el derecho del sufragio en las elecciones populares establecidas por la ley, siempre que dicho permiso no exceda de cuatro horas; o para ser atendidos por los facultativos de la Dirección del Seguro General de Salud del IESS; o para atender requerimientos o notificaciones judiciales; o para desempeñar comisiones de la asociación a que pertenezcan (en este último caso sin derecho a la remuneración por el tiempo perdido). Ya fuera del ámbito

sindical, el empleador está también obligado a conceder tres días de licencia con remuneración en caso de calamidad doméstica del trabajador.

6.3.1.3.- Otras obligaciones especiales

Contratar personal femenino. De conformidad a la reforma introducida al Código del Trabajo por la Ley de Amparo Laboral a la Mujer (RO 124, 6-II-97), se impuso la obligación al empleador de contratar personal femenino en los porcentajes mínimos que establezcan las comisiones sectoriales del Ministerio de Relaciones Laborales.

Contratar el 4% de personal con discapacidad. Mediante Ley de 26-I-06 se introdujo una reforma al Código del Trabajo por medio de la cual se incluyó entre las obligaciones del empleador público o privado que cuente con un número mínimo de 25 trabajadores, contratar el 4% de personas con discapacidad en labores permanentes que se consideren apropiadas a sus conocimientos, condición física y aptitudes individuales, observando los principios de equidad de género y diversidad de discapacidad. Las empresas para facilitar la inclusión de las personas con discapacidad al empleo, deberán realizar las adaptaciones pertinentes. La norma se estableció de manera progresiva, imponiendo que al menos se contratara una persona con discapacidad en el primer año de vigencia de la ley, el 1% en el segundo año, el 2% en el tercero y así sucesivamente hasta completar el 4%, que es el porcentaje que actualmente ya se encuentra en plena vigencia.

Llevar registros especiales. El empleador debe tener al día un registro de trabajadores adolescentes, con la indicación expresa de la clase de trabajo, jornada, remuneración, y particularmente de la certificación de que el adolescente ha cumplido o cumple con su educación básica. Otro, de personas mayores de dieciocho años de edad y menores de veintiún años que estén empleadas o trabajen en la parte subterránea de las minas o canteras, registro que deberá incluir necesariamente un certificado que acredite la aptitud para el empleo.

Respetar el derecho sindical. El empleador está obligado a respetar el derecho que tienen los trabajadores de constituir asociaciones profesionales, así como de intervenir en ellas, incluso debe proporcionarles un local si así lo solicitaren los trabajadores sindicalizados para instalar sus oficinas en el lugar de trabajo; también debe colaborar con la asociación descontando las cuotas que correspondan a los socios, así mismo a petición de parte; y entregar el 50% de las multas a la

asociación a la cual pertenezca el trabajador multado por algún incumplimiento del contrato de trabajo, de conformidad con el reglamento interno. Está obligado además a acordar el procedimiento de quejas y la constitución del comité obrero patronal; y, a facilitar, sin menoscabo de las actividades laborales, la propaganda interna en pro de la asociación en el sitio de trabajo, siempre que sea eminentemente sindicalista.

Facilitar la inspección y vigilancia. Con el fin de permitir que las autoridades administrativas puedan cerciorarse del efectivo cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que por efectos de las relaciones laborales el Código del Trabajo impone a los empleadores, éstos están en la obligación de facilitar las inspecciones, el control y la vigilancia pertinente, e inclusive de presentar los informes y documentación que para el efecto sean indispensables.

6.3.2.- Prohibiciones del empleador

Con la finalidad de evitar que el empleador, al amparo de la facultad legal que tiene de administrar, dirigir y ordenar el trabajo así como de su posición de ventaja frente al trabajador pueda afectar y vulnerar los derechos de este último, se han previsto normas prohibitivas u obligaciones de no hacer (constantes en el Art. 44 del Código del Trabajo), que en caso de irrespetarlas dan lugar a sanciones por parte de las autoridades respectivas. A continuación las prohibiciones principales:

- Imponer multas que no se encuentren previstas en el reglamento interno o que superen el 10% de la remuneración mensual.
- Retener la remuneración (salvo pensión de alimentos), en razón de las garantías de oportunidad e integridad de la que goza la principal obligación pecuniaria del empleador.
- Sancionar con la suspensión del trabajo, por cuanto no se le puede privar al trabajador de su sustento. Las faltas cometidas por éste, solo podrán ser sancionadas de conformidad con lo previsto en el reglamento interno de la empresa.
- Conculcar el derecho sindical; de allí que será condenado el empleador al pago de indemnizaciones en caso de que despidiera intempestivamente a los trabajadores que hubieren notificado que se han reunido en asamblea general para conformar un sindicato o un comité de empresa, o bien a los



que presentaren un proyecto de contrato colectivo, y por último a aquellos que ejerzan algún cargo sindical, con el agravante en este último caso de que deberá pagar una indemnización especial equivalente a doce meses de remuneración sin perjuicio de que el dirigente continúe ejerciendo sus funciones por el período para el cual hubiere sido elegido. Se le prohíbe además al empleador obligar al trabajador a retirarse de la asociación a la que pertenezca o que vote por determinada candidatura sindical, o en general interferir en el libre desenvolvimiento de las actividades estrictamente sindicales de las organizaciones sindicales.

- Exigir o aceptar gratificaciones para admitir al trabajador o por cualquier otro motivo; o cobrarle intereses por las cantidades que le fueren anticipadas de la remuneración.
- Obstaculizar las visitas o inspecciones de las autoridades del trabajo a los establecimientos o centros de trabajo, y la revisión de la documentación referente a los trabajadores que dichas autoridades practicaren.

6.3.3.- Obligaciones del trabajador adicionales a la prestación del servicio

La principal obligación que asume el trabajador por el hecho del contrato de trabajo es la de prestar el servicio o ejecutar la obra en la forma, tiempo y lugar convenidos, a tal punto que el incumplimiento a dicha obligación faculta al empleador a solicitar el visto bueno para dar por terminado el vínculo jurídico. Sin embargo aparejadas a esta obligación principal van otras que aun cuando no se las acuerde de manera expresa se entienden asumidas por el trabajador por el hecho de la relación laboral.

La obligación del trabajador entonces no se agota con la ejecución del trabajo o de la obra para la cual se comprometió, sino que además, por tratarse de una relación bilateral, se compromete a guardar y respetar otras obligaciones que se derivan del mismo vínculo, como son las ético-jurídicas, que se refieren al deber de diligencia, obediencia y lealtad, y que son las que recoge la normativa laboral, pero bien podrían acordarse en el mismo contrato algunas otras obligaciones adicionales en función de las especiales condiciones del trabajo.

6.3.3.1.- Ético- jurídicas

Diligencia: el trabajador se obliga a desempeñar el trabajo con intensidad, esmero y cuidados apropiados, y consecuentemente a dar aviso al empleador cuando por causa justa faltare al trabajo.

Obediencia: el trabajador debe acatar las órdenes y disposiciones del empleador o de sus representantes; observar el reglamento interno; y, respetar las medidas de seguridad e higiene.

Lealtad y fidelidad: el trabajador no debe hacer competencia al empleador; y por el contrario, está obligado a guardar escrupulosamente los secretos técnicos, comerciales o de fabricación, a cuya elaboración concurra, directa o indirectamente, o de los que él tenga conocimiento por razón del trabajo que ejecuta; a informar sobre peligros que amenacen la vida o bienes del empleador, sus representantes y demás trabajadores; a trabajar en casos de emergencia o siniestros, por un tiempo mayor que el señalado para la jornada máxima, y aún en los días de descanso, cuando peligren los intereses de sus compañeros o de su empleador; a restituir los materiales no usados y a conservar en buen estado los instrumentos y equipos de trabajo.

6.3.4.- Prohibiciones del trabajador

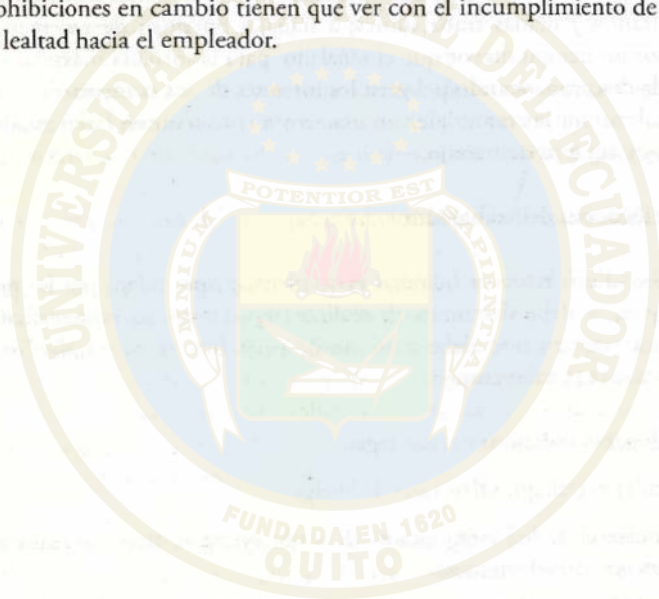
Por ser la laboral una relación bilateral exige plena reciprocidad, por lo que así como el empleador debe abstenerse de realizar ciertas acciones en beneficio del trabajador, así también éste debe cuidarse de perjudicar a su empleador con acciones u omisiones, tales como:

- Abandonar el trabajo sin causa legal.
- Suspender el trabajo, salvo caso de huelga.
- Presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes.
- Poner en peligro su seguridad, la de sus compañeros de trabajo o la de otras personas y lugares de trabajo.
- Tomar sin permiso útiles de trabajo, materia prima o artículos elaborados.
- Portar armas durante la jornada de trabajo, a no ser con permiso de la autoridad.
- Hacer colectas en el lugar de trabajo durante las horas de labor.



- Usar útiles y herramientas suministrados por el empleador, en objetos distintos a los que están destinados.
- Hacer competencia al empleador en la elaboración o fabricación de los artículos de la empresa.

Las principales prohibiciones enunciadas, y que constan en el Art. 46 del Código del Trabajo, dicen todas relación al incumplimiento grave de la obligación primigenia que tiene el trabajador, pues no se concibe que éste se precie de ser tal si no presta el servicio o ejecuta la obra en los términos acordados, y por el contrario, con absoluta irresponsabilidad y negligencia falte a su jornadas de trabajo sin previo aviso, o irrespete el reglamento interno o las órdenes directas de su superior, o en fin simplemente no cumpla con el objeto del contrato; otras prohibiciones en cambio tienen que ver con el incumplimiento de la obligación de lealtad hacia el empleador.



LECCIÓN 7 MODALIDADES DE LOS CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO

El Art. 325 de la Constitución a más de garantizar el derecho al trabajo, reconoce todas las modalidades de prestación de servicios en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de auto-sustento y cuidado humano. Ahora bien, cuando se habla en este caso de modalidades, se hace referencia a las múltiples maneras en que las personas desempeñan las más variadas actividades productivas y laborales, o bien a la forma en que las partes vinculadas en una relación jurídica pueden pactar la realización de una obra o la prestación de un servicio.

7.1.- Clasificación del contrato individual de trabajo

Para una fácil comprensión de esa gran variedad de formas de contratación en el ámbito laboral nos vamos a acoger a una muy didáctica clasificación de los contratos de trabajo en relación de dependencia, con la que coinciden varios tratadistas, por la que se distinguen los contratos según sea su forma de celebración, su forma de ejecución, por el número de trabajadores, por la forma de remuneración, y finalmente por el tiempo de duración.

7.1.1.- Por la forma de celebración

7.1.1.1.- Tácito: es aquel en el que no existe una estipulación expresa sobre las condiciones de la prestación del servicio o la ejecución de la obra.

7.1.1.2.- Expreso: en contraposición del tácito, éste es el aquel en el que las partes acuerdan las condiciones en que se prestará el servicio o se ejecutará la obra, y bien puede ser verbal o escrito; es decir que es perfectamente legal una relación de trabajo aun cuando sus condiciones no se hayan reducido a escrito, pese a que para su validez, en ciertos casos la ley exige la forma escrita, con la grave consecuencia para el empleador de no poder hacer valer los derechos derivados del contrato cuando éste, a pesar de la prescripción legal, no hubiere sido reducido a escrito, pero el trabajador si los podrá exigir; sin embargo esto debe entenderse en el sentido de que mientras el trabajador no alegue la nulidad, el contrato es perfectamente válido para ambas partes. Afirmar lo contrario sería dejar a la parte más débil de la relación en una situación doblemente vulnerable,

ya que si bien el contrato escrito facilita la prueba, es al empleador a quien le corresponde presentar un documento para ser suscrito por la otra parte y tramitar su inscripción en la Unidad de Actas y Contratos del Ministerio de Relaciones Laborales, lo que le permitirá a futuro ejercer los derechos que la Ley le confiere, por ejemplo el de dar por terminada la relación laboral en el período de prueba, si éste ha sido expresamente estipulado, o bien desahuciar los contratos cuando fueren a plazo fijo, lo que no podría hacer en el caso contrario, es decir si el contrato fuere simplemente verbal.

7.1.2.- Por la forma de ejecución

7.1.2.1.- Obra cierta: es cuando el trabajador toma a su cargo la ejecución de una labor determinada por una remuneración que comprende la totalidad de la misma, sin tomar en consideración el tiempo que se invierta en ejecutarla (primer inciso Art. 16 CT); aun cuando esto último no resulta del todo preciso, ya que no se pudiera pensar en un contrato que deje librado su cumplimiento a la buena voluntad, tiempo y disponibilidad del trabajador, tanto es así, que en caso de que el trabajador rehuyere la ejecución o conclusión de la obra, podrá ser compelido por la respectiva autoridad del trabajo a llevarla a cabo o bien a pagar al empleador una indemnización consistente en la rebaja del uno por ciento sobre el precio pactado, por cada día de retraso, hasta la fecha de la entrega efectiva del trabajo concluido, según lo prescribe el Art. 195 del Código del Trabajo. Claro está que por el principio de reciprocidad, en el supuesto de que sea el empleador el incumplido en el contrato por obra o a destajo, deberá reconocer a favor del trabajador el pago de la parte ejecutada con más un tanto por ciento que discrecionalmente fijará la autoridad del trabajo que conozca del asunto (Art. 194). Las partes pueden pactar que a medida que se entreguen partes de la obra se abone el valor correspondiente; sin embargo cuando las entregas parciales no fueren posibles, por la naturaleza misma de la obra que exige entrega completa, el empleador deberá pagar un anticipo que cubra al menos la tercera parte del precio total y lo necesario para la adquisición de útiles y materiales, en cuyo caso el empleador tendrá derecho a exigir del trabajador una garantía suficiente (Arts. 84 y 85 CT).

7.1.2.2.- Por tarea: el contrato es por tarea cuando el trabajador se compromete a ejecutar una determinada cantidad de obra o trabajo en la jornada o período de tiempo previamente establecido, entendiéndose cumplida la jornada o período de tiempo, por el hecho de cumplirse la tarea (segundo inciso Art. 16 CT). En este tipo de contrato el trabajador tendrá derecho a que cada semana se le reciba

el trabajo y se le abone su valor, según lo prescribe el Art. 84, aún cuando esto es más procedente en el caso de aquellas obras que pueden entregarse por partes, como ya queda señalado anteriormente.

7.1.2.3.- A destajo: contrato en el que el trabajo se lo realiza por piezas, trozos o medidas de superficie y, en general, por unidades de obra, y la remuneración se pacta para cada una de ellas, sin tomar en cuenta el tiempo invertido en la labor (tercer inciso Art. 16 CT). Para el caso de indemnizaciones, se fijará la remuneración mensual a base del promedio percibido por el trabajador en el año anterior al despido, o durante el tiempo que haya servido si no llegare al año.

7.1.3.- Por el número de trabajadores

7.1.3.1.- Unipersonal: el contrato de trabajo por regla general se da entre un trabajador, persona natural, y uno a más empleadores, ya sean personas individuales o colectivas, es decir que resulta completamente indistinto la naturaleza jurídica del empleador, ya que lo que determina que el contrato sea individual de trabajo es la parte que ejecuta la obra o presta el servicio; es decir que regularmente el contrato individual será unipersonal.

7.1.3.2.- Pluripersonal: por excepción se dan los casos del contrato pluripersonal, sin por ello escapar de la regulación propia del Derecho Individual de Trabajo, ya que vale advertir que lo opuesto a contrato individual no es el colectivo, en donde la relación se da entre una o más asociaciones de trabajadores legalmente constituidos, con uno o más empleadores o asociaciones de empleadores, es decir no se trata de simplemente un conjunto de trabajadores, por lo que la naturaleza jurídica del contrato colectivo es completamente diferente, toda vez que si bien regula las relaciones de un indeterminado número de trabajadores, la relación se establece entre una o más asociaciones y la parte empleadora (sobre este contrato se profundiza en la lección 19).

Si bien propiamente las dos clases de contratos individuales pluripersonales son el contrato de grupo y el de equipo, incluimos al contrato de enganche en este criterio de clasificación, por cuanto esta modalidad admite la contratación de uno o más trabajadores.

7.1.3.2.1.- Contrato de grupo: cuando el empleador da el trabajo en común a un grupo de trabajadores y conserva, respecto a cada uno de ellos, sus derechos y deberes de empleador. Si el empleador designare un jefe para el grupo, los

trabajadores estarán sometidos a las órdenes y disposiciones de éste, sin embargo no se lo considerará como un representante de los trabajadores, salvo que así se convenga expresamente. Para el caso de que la remuneración se fije para el grupo, de manera única, cada uno de los miembros tendrá derecho a percibir sus respectivas remuneraciones según lo pactado previamente, y a falta de tal estipulación se lo hará según la participación en el grupo. Si un individuo se separa del grupo antes de la terminación del trabajo, tendrá derecho al proporcional de la remuneración, según lo prescribe el Art. 31 del Código de la materia.

7.1.3.2.2.- Contrato de equipo: cuando un equipo de trabajadores, organizado jurídicamente o no celebra un contrato de trabajo, ya sea con uno a más empleadores, se da esta particular forma de contrato individual, sin que por ello se haga distinción de derechos y obligaciones entre los componentes del equipo, de modo que el o los empleadores no tendrán respecto de cada uno de ellos deberes ni derechos, sino frente al conjunto como tal. Por lo tanto, no se podrá despedir ni desahuciar a ninguno de los miembros, ya que de hacerlo, se tendrá como despido o desahucio de todo el equipo, por lo que se deberán las indemnizaciones a todos y cada uno de ellos. Sin embargo en caso de faltas, de aquellas por las que la ley permite solicitar al empleador el visto bueno, el empleador podrá notificar al jefe o al representante del equipo para que se proceda a reemplazar al trabajador (Art. 32 CT). Cualquier sustitución debe ser aceptada por el empleador. El empleador tiene la facultad de asignar ayudantes o auxiliares para el equipo, sin que ello implique que forman parte de éste. (Art. 34 CT). El jefe o representante del equipo requerirá de autorización expresa para cobrar y repartir entre los componentes del equipo la remuneración recibida en común (Art. 33 CT).

7.1.3.2.3.- Contrato de enganche: es aquel por el cual un empleador, de cualquier naturaleza jurídica, e indistintamente si fuere uno o varios, contrata los servicios de uno o más trabajadores para que preste(n) servicios en un lugar diferente al de su residencia, por lo que el empleador asume, a más de todas las obligaciones comunes, una muy especial que dice relación a la restitución del trabajador al lugar de su residencia, una vez que el contrato finalice. Cuando el enganche es para realizar trabajos fuera del país, el legislador extrema las precauciones para velar por el fiel cumplimiento de las obligaciones del empleador a favor de los trabajadores exigiendo, a más de la formalidad escrita del contrato, que el empleador mantenga hasta por un año posterior a la terminación del contrato, un representante en el Ecuador a fin de que pueda atender las reclamaciones

o denuncias que presentare el trabajador o sus familiares ante las autoridades competentes en el país, así como también que el empleador rinda una fianza que al menos cubra el costo del retorno del trabajador, lo que será verificado de manera previa a la autorización que deberá conferir la Dirección General de Migración; incluso el legislador ha previsto que por medio del Ministerio de Relaciones Laborales se encargue al representante diplomático o consular del Ecuador del lugar en donde se vayan a prestar los servicios, la vigilancia del cumplimiento del contrato y por ende el respeto de los derechos del trabajador.

7.1.4.- Por la forma de remuneración

7.1.4.1.- A sueldo: cuando la contraprestación por el servicio estable y continuo del empleado se pacta tomando como base cierta unidad de tiempo, de manera mensual, sin suprimir los días no laborables. Es decir que un trabajador que labore todo el mes tiene derecho a percibir de manera íntegra su remuneración y en caso de ausencias injustificadas, el empleador podrá rebajar la remuneración descontando los días correspondientes, para lo cual se deberá dividir el sueldo para treinta y así obtener el valor de la remuneración diaria.

7.1.4.2.- A jornal: cuando se estipula el pago de la remuneración por días, en labores no permanentes o cuando se trata de tareas periódicas o estacionales. En caso de faltas injustificadas la reducción de la remuneración se la hará de conformidad lo establecido en el Art. 54 Código del Trabajo, es decir: si falta a media jornada continua de trabajo en el curso de la semana, tendrá derecho a la remuneración de seis días, y si faltare a una jornada completa en la semana, sólo tendrá derecho a la remuneración de cinco jornadas. La jornada completa de falta puede integrarse con medias jornadas en días distintos. Si faltare más de una jornada completa se entenderá que tiene derecho a percibir el valor correspondiente a las jornadas efectivamente trabajadas. No habrá lugar a la pérdida de la remuneración si la falta hubiera sido justificada o autorizada por el empleador.

7.1.4.3.- En participación: cuando el trabajador tiene parte en las utilidades del negocio del empleador como contraprestación de su trabajo. Esta simple definición que da el Código del Trabajo en su Art. 13, deja en duda de si acaso se puede hablar propiamente de contrato de trabajo, toda vez que una peculiaridad derivada de su naturaleza jurídica de los contratos laborales es que el trabajador no forma una sociedad con el empleador, por lo que no queda a expensas de las pérdidas o de las ganancias del negocio, sin que ello tenga nada que ver con el

derecho que tienen todos los trabajadores del sector privado de participar de las utilidades de la empresa. Julio Cesar Trujillo (2008, p. 152) al respecto hace una importante aclaración, en los siguientes términos: “la participación en las utilidades de la empresa [...] no convierte a los contratos de trabajo en contratos mixtos”. Lo que también podría aplicarse a la inversa, esto es, el empleador que celebre con su trabajador este tipo de contrato en participación o mixto, y que por ende pague como remuneración parte de las utilidades de su negocio, no queda por ello exento de repartir entre todos sus trabajadores (en función de las jornadas trabajadas y de las cargas familiares) las utilidades a las que está obligado por ley, máximo hasta el quince de abril de cada año, según las ganancias obtenidas en el año fiscal inmediato anterior.

7.1.4.4.- Mixto: cuando a más de un sueldo o salario fijo el trabajador participa del producto del negocio del empleador en concepto de remuneración (Art. 13 CT). Esto es más factible en virtud de que puede resultar un verdadero incentivo para el trabajador, que a más de recibir una remuneración básica, la misma que entendemos no debería ser inferior al salario mínimo que fija anualmente el CONADES, participe del producto del negocio, sin que ello deba confundirse, con el derecho a participar de las utilidades anuales, si las hubiere, y en los porcentajes y en la forma que prescribe la Ley.

7.1.5.- Por el tiempo de duración

7.1.5.1.- Plazo fijo: es aquél en que las partes fijan un plazo de duración, el mismo que no puede ser inferior a un año ni mayor a dos. El solo vencimiento del plazo no pone término al contrato, sino que la parte que desee terminar la relación laboral en el plazo estipulado deberá desahuciar a la otra con treinta o quince días de anticipación, según lo haga el empleador o el trabajador, respectivamente, siguiendo el trámite previsto en la Ley, de lo contrario el contrato se entenderá o bien renovado en los mismos términos, en el caso de que hubiera sido por un año y las partes así expresamente hubieren acordado la renovación automática, o bien se entenderá convertido en indefinido, si nada se hubiera dicho al respecto, o se hubiera cumplido el plazo máximo de 2 años.

Tanto en este contrato como en los indefinidos cabe la estipulación de un período de prueba, mal llamado contrato a prueba, que necesariamente deberá constar por escrito, que será de un máximo de noventa días, y en el caso del servicio doméstico de hasta quince días. Tiene como propósito el que cualquiera de las partes pueda dar libremente por terminado el contrato sin formalidad

alguna y sin quedar condenada al pago de indemnizaciones, en el supuesto de que resuelva, por el motivo que sea, no continuar con la relación, lo que por lo general se debe a que no se cumplen las expectativas que surgieron al momento inicial o bien porque se presentaron nuevas y mejores alternativas. Una vez superado el período de prueba el contrato continúa hasta completar el plazo, o al menos la estabilidad mínima de un año, en los contratos por tiempo indefinido.

El período de prueba es posible pactarlo por una sola vez entre las mismas partes. El empleador no puede mantener de manera simultánea a trabajadores a prueba en un número que exceda al quince por ciento del total de los trabajadores, salvo durante los primeros seis meses posteriores al inicio de operaciones, ampliación o diversificación de la actividad, industria o negocio. Para el caso de ampliación o diversificación, la exoneración del porcentaje no se aplicará con respecto a todos los trabajadores de la empresa sino exclusivamente sobre el incremento en el número de los trabajadores de las nuevas actividades comerciales o industriales. El empleador que violare esta disposición será sancionado de conformidad al Código del Trabajo, sin perjuicio de que los trabajadores que excedieren el límite antes referido, pasen a ser trabajadores permanentes, en orden de antigüedad en el ingreso a las labores (Art. 15 CT).

En caso de terminación del contrato fuera del período de prueba, antes de cumplirse el plazo, o al cumplirse el plazo, pero en este último caso sin mediar desahucio, el empleador deberá pagar una indemnización equivalente al cincuenta por ciento de lo que faltare para completar el plazo, o a la indemnización que corresponde a los contratos a plazo indefinido, a elección del trabajador, siempre que no supere el equivalente de veinticinco remuneraciones, límite que sin embargo permite pacto en contrario. Sea que el contrato termine por desahucio o por despido intempestivo, el empleador deberá adicionalmente una bonificación equivalente al veinticinco por ciento por cada año de servicios, que si bien el Código Laboral la llama bonificación por desahucio, viene a ser un justo reconocimiento a la antigüedad y a la fidelidad del trabajador por el tiempo de servicios prestados a favor del mismo empleador. Si fuere el trabajador, por el contrario, quien abandonare intempestivamente el contrato en los mismos casos ya enunciados, deberá una indemnización equivalente al veinticinco por ciento de lo que faltare para completar el plazo.



7.1.5.2.- Indefinido: éste se da en varias circunstancias:

- Cuando en el contrato de trabajo no se ha fijado plazo;
- cuando se ha excedido el plazo fijo de un año, sin que haya existido expresa renovación en los mismos términos, ni mediado desahucio, o excedido el plazo de dos años, que es el máximo posible tratándose de contrato a plazo fijo;
- cuando se ha fijado una duración mayor a dos años, ya que en este último caso se entiende la cláusula como no escrita, por ser contraria a la ley, y por ende se configura el primer caso enunciado, es decir, como que no se ha fijado plazo alguno; y, finalmente,
- cuando expresamente se ha acordado que el contrato tenga una duración indefinida.

Este contrato no permite el desahucio por parte del empleador, quien no podrá darlo por terminado sino por las causas expresamente previstas para solicitar el visto bueno, y previo el trámite respectivo, o bien por caso fortuito o fuerza mayor; o, por mutuo acuerdo. En caso de que el empleador diere por terminado este contrato quedará obligado al pago de las indemnizaciones previstas para el despido intempestivo, es decir, hasta tres años de servicio con tres meses de remuneración, y a partir del cuarto año, con el equivalente de una remuneración por cada año de servicio, sin que excedan las veinticinco remuneraciones, con la aclaración ya hecha a propósito del contrato a plazo fijo. Por el contrario, si fuere el trabajador quien diere intempestivamente por terminado el contrato deberá pagar a su empleador el equivalente a quince días de remuneración.

Aun cuando el contrato sea a plazo fijo o por tiempo indefinido, las partes pueden acordar un régimen de contratación parcial o una jornada parcial permanente que son dos formas de contratación diferentes que responden a diversas circunstancias y necesidades. El primero previsto en la Ley 90 que faculta la celebración de contratos con trabajadores no permanentes de la empresa, siempre y cuando se trate de labores que no pueden ser interrumpidas, que los trabajadores permanentes no quieran o no puedan laborar esas jornadas, y por último, siempre que los trabajadores contratados para el efecto no trabajen ya cuarenta horas durante la semana. Para tales trabajadores la jornada, si bien se la realiza en días sábados, domingos y festivos, es ordinaria y consecuentemente se la

remunera sin recargo alguno, es decir perciben una remuneración proporcional, atendiendo al principio de que a trabajo igual corresponde igual remuneración.

El segundo, esto es, el contrato de jornada parcial permanente, se celebra para laborar de manera regular en una jornada menor a la máxima legal permitida, es decir, aquella que es menor a las ocho horas diarias para el trabajador en general, debiendo considerarse incluso las jornadas especiales de menor duración, en cuyo caso se entenderá parcial si acaso es menor a esa jornada de por sí ya reducida por circunstancias tales como el trabajo en el subsuelo o la del adolescente mayor a quince años y menor de dieciocho. Si bien la jornada, ya sea semanal o diaria, según se trate de la regulada por la Ley 90 o por el Art. 82 del Código del Trabajo, respectivamente, puede ser reducida, ello no impide que el contrato sea a plazo o por tiempo indefinido, tal es así que no se encuentran entre las excepciones que enuncia el Art. 14 del Código del Trabajo; además porque no resulta incompatible una jornada reducida semanal o diaria, regular, con la duración del contrato en sí mismo, así como tampoco el que se pacten diferentes formas de remuneración o de ejecución, o de forma individual o pluripersonal, es decir que bien cabe una suerte de combinación de formas de contratación, según los diferentes criterios de clasificación. El referido Art. 82 prescribe que en los contratos que tienen una jornada parcial permanente, la remuneración deberá pagarse de manera proporcional, y de igual forma deberán pagarse los demás beneficios legales, a excepción de aquellos que por su naturaleza no puedan dividirse. A partir de la vigencia del Mandato 8 y de su respectivo Reglamento se exige que las jornadas parciales permanentes sean de al menos cuatro horas diarias.

7.1.5.3.- Contratos precarios: son aquellos que no tienen la garantía de la estabilidad mínima, sino que la Ley los ha previsto para atender circunstancias especiales, y de allí su gran variedad.

El Art. 14 de Código del Trabajo fija la estabilidad mínima de un año para todo contrato por tiempo fijo o por tiempo indefinido que se celebre para atender actividades o labores de naturaleza estable o permanente, advirtiendo que esta circunstancia no convierte a los contratos por tiempo indefinido en contratos a plazo, y enuncia de manera expresa los contratos que no gozan de tal estabilidad, que son los por obra cierta que no sean habituales; los eventuales, ocasionales y de temporada; los de servicios domésticos; los de aprendizaje; los celebrados entre los artesanos y sus operarios, y los demás que determine la ley.

Pese a que el Art. 1 del Mandato 8 de forma categórica eliminó y prohibió “cualquier forma de precarización”, ésta no se eliminó, ya que en artículo siguiente del mismo Mandato, se garantiza la jornada parcial permanente así como todas las demás formas de contratación contempladas en el Código del Trabajo, en las que se encuentran los contratos ocasionales, los eventuales, por obra no permanente, de temporada, entre otros, todos ellos precarios, que no han sido eliminados, y que por supuesto no cabe que así se lo haga, ya que fueron precisamente incorporados a la normativa laboral, aunque no necesariamente todos al Código del Trabajo, para, en unos casos, evitar una carga excesiva a los empleadores que “por la naturaleza de las necesidades que tratan de satisfacer con el trabajo dependiente, no pueden asegurar ese tiempo mínimo, pues son necesidades eventuales, no permanentes”; otras en cambio, para proteger a los trabajadores, como en el caso de los contratos de aprendizaje, o el período de prueba, este último que se puede pactar en los contratos que tienen una duración mínima de un año; y, finalmente, aquellos que simplemente procuran paliar el desempleo o el subempleo, como por ejemplo el contrato de maquilado, o el régimen de contratación parcial. Hubiera bastado que se eliminara la contratación por horas, que era una de las modalidades en la que más se violentaban los derechos de los trabajadores, sin llegar al extremo de eliminar toda forma de precarización laboral.

El inciso segundo del Art. 327 de la Constitución ratifica la prohibición de toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, así como cualquiera que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva, sobre lo que cuestionamos si acaso no se trata de una mera declaración ya que, por las razones expuestas y además considerando la situación económica y social como la que se vive actualmente en el Ecuador en donde las tasas de desempleo y subempleo son todavía muy altas, no cabría limitar las modalidades contractuales sujetas al Código del Trabajo a solo aquellas que garantizan estabilidad a los trabajadores (entiéndase contratos a plazo fijo e indefinido); tal es así que se mantienen en la legislación ecuatoriana, sin variación alguna, todos los contratos precarios que hemos comentado, incluso la misma tercerización bajo la figura de prestación de actividades complementaria; y como si ello fuera poco, el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones faculta al Ministerio de Relaciones Laborales para regular relaciones laborales especiales, disposición que aparentemente abre las puertas a nuevas formas precarias de contratación.

Los contratos que están exceptuados de la estabilidad mínima y que revisten gran interés, además de ser los más comunes son los por obra cierta, los eventuales, los ocasionales y los de temporada.

7.1.5.3.1.- Obra cierta: este contrato ya fue descrito en párrafos anteriores a propósito de la clasificación de los contratos por la forma de ejecución, pero que cabe sin embargo en este momento advertir que no necesariamente es precario, ya que si bien se encuentra como primera excepción en el listado de contratos que no gozan de la estabilidad mínima en el ya referido Art. 14 del Código del Trabajo, en el mismo literal a) se precisa “siempre que no sean habituales”, es decir que bien puede darse el caso de trabajadores que permanentemente se encuentran ejecutando diferentes obras para un mismo empleador y por ende con estabilidad, entendida como el derecho a que el empleador, una vez concluida una obra, le asigne otras, cuando éstas son parte de las actividades habituales de la empresa o del empleador.

7.1.5.3.2.- Eventual: es aquel contrato que se realiza para satisfacer exigencias circunstanciales del empleador, tales como reemplazo de personal que se encuentra ausente por vacaciones, licencia por enfermedad o maternidad y situaciones similares. En el contrato se deberán hacer constar los motivos de la contratación, así como el nombre del reemplazado y el plazo de duración de la misma (Art. 17). El referido artículo señala que además podrá celebrarse este tipo de contratos para atender una mayor demanda de producción o servicios en actividades habituales del empleador, en cuyo caso, la remuneración tendrá un recargo del 35%. El contrato no podrá tener una duración mayor de ciento ochenta días continuos o discontinuos dentro de un lapso de trescientos sesenta y cinco días. Si la circunstancia o requerimiento de los servicios del trabajador se repite por más de dos períodos anuales, el contrato se convertirá en contrato de temporada.

7.1.5.3.3.- Ocasional: es aquel contrato que tiene por objeto la atención de necesidades emergentes, accidentales o extraordinarias, no vinculadas con la actividad habitual del empleador, y cuya duración no excede de treinta días en un año (inc. 3ro del Art. 17 CT).

El Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, a propósito de los contratos eventuales y ocasionales, establece que la remuneración que se pague en estos contratos tendrá un incremento del 35% del valor hora del salario básico del sector al que corresponde el trabajador, al igual que en los contratos

eventuales, como mecanismo para promover relaciones laborales más estables y duraderas.

7.1.5.3.4.- De temporada: es aquel que en virtud de la costumbre o de la contratación colectiva, se celebra entre una empresa o empleador y un trabajador o grupo de trabajadores, de modo regular, para realizar trabajos cíclicos o periódicos en razón de la naturaleza discontinua de las labores por lo que se les reconoce a tales contratos la estabilidad, pero entendida como el derecho que tienen los trabajadores a ser llamados a prestar sus servicios en cada temporada que se requieran. Se configurará el despido si aquellos no fueran llamados y por el contrario se contrataren nuevos trabajadores en la nueva temporada (inc.4to. Art. 17 CT).

Finalmente el Código del Trabajo en el afán de regular las diferentes sectores laborales, que paulatinamente se fueron incorporando a la legislación laboral desde su expedición, dedica el Título III a las modalidades del trabajo, con normas especiales para las clases de contrato entre los que se encuentran los de servicio doméstico, trabajo a domicilio, artesanos, empleados privados, agentes de comercio y corredores de seguros, trabajo en empresas de transporte, trabajo agrícola; y desde la reforma del año 2006, se incluye además los de las personas con discapacidad.

Algo similar podemos decir de otros tipos de contratos, que si bien no constan en el Código del Trabajo sino en leyes especiales, son también por su naturaleza contratos de trabajo, a los cuales, por ende, se les aplican las disposiciones generales para suplir cualquier silencio de tales leyes, como el de maquilado, el de zonas especiales de desarrollo económico, el del futbolista profesional, y en general aquellas “leyes que regulan las prestaciones de servicios, dentro de sus respectiva especialidad, para diversos profesionales, técnicos y especialistas. Tal ocurre con los abogados, los médicos, ingenieros, economistas, enfermeros y enfermeras, trabajadores sociales, aviadores, etc.” (Trujillo, 2008, p. 186).

7.1.6.- Otras modalidades contractuales

Si bien hemos revisado una nutrida variedad de formas de contratación que contempla la legislación ecuatoriana, queda abierta aún la posibilidad a otras relaciones de trabajo especiales no previstas por el Código de la materia, las mismas que serán reguladas por el Ministerio del ramo, según el artículo innumerado agregado por el Código Orgánico de la Producción Comercio e

Inversiones a continuación del Art. 23 del Código del Trabajo. Ello responde a una realidad que cada vez es más cambiante y globalizante que obliga a pensar y repensar nuevas formas de trabajo, algunas ni siquiera imaginadas décadas atrás, verbigracia el teletrabajo que se ejecuta con el uso de nuevas tecnologías de la información y la comunicación; o simplemente el trabajo en el domicilio, que supone que el trabajador labora desde su hogar para su propio negocio, y ya no para una empresa; o bien buscar estrategias para formalizar lo informal, por ejemplo en microempresas.

Una primera premisa para entender esta nueva realidad es que “la expresión “nuevas contrataciones” o “nuevas modalidades de contratación”, más que una novedad, se refiere a un fenómeno que se da a partir del aumento cuantitativo en las formas de contratación individual, unas contenidas en las legislaciones laborales y otras no, siendo novedoso este proceso porque se caracteriza por un uso intensivo y extensivo de contratos excepcionales o atípicos.” Se agrega como segunda premisa la conexión de este fenómeno con el proceso en marcha a nivel mundial llamado “flexibilización de las relaciones laborales”, cambios que tienen que ver con el contexto económico en donde se pretenden aplicar las normas laborales, y particularmente las transformaciones del mercado de trabajo, en donde se advierte un aumento del desempleo (Reynoso, pp. 57-67), aunque para el caso del Ecuador podríamos decir que las tasas han bajado gracias a los ingentes esfuerzos desplegados por el Gobierno, aun cuando las cifras sigan siendo altas; pero sea cual fuere el caso, coincidimos en que se requieren adoptar algunas de estas nuevas formas como estrategias para, si acaso no abolir el desempleo, al menos reducirlo al máximo.

Compartimos plenamente estos criterios vertidos por Carlos Reynoso, quien además agrega que lo que se ha vivido con la proliferación de la contratación y la flexibilidad laboral fue un debilitamiento de la estabilidad en el empleo, que se alejó cada vez más del estándar que la legislación laboral misma había dibujado, permitiendo que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes recobrara vigor y cuyo proceso inverso es el que se pretende reinstaurar en el Ecuador. Es decir que estamos indiscutiblemente avocados a una nueva realidad que como tal debe entenderse y atenderse desde todos los ámbitos, considerando incluso que los vertiginosos y constantes cambios y avances tecnológicos exigen ser más creativos a la hora de ofrecer y contratar servicios, como por ejemplo el ya mencionado teletrabajo, si lo que se pretende es suplir la necesidad de todo ser humano de procurarse un medio de vida digno, conforme a las posibilidades

no solo de los trabajadores, sino también de las empresas y de los empleadores, así como de las nuevas exigencias productivas.

Si bien existe una gran variedad de formas y modalidades contractuales que buscan responder a las diferentes necesidades y requerimientos de los empleadores y de las actividades de producción, ellas no son la únicas, ni son tampoco suficientes; pese a ello también hemos destacado la eliminación de algunas formas de contratación que se estimaron perjudiciales para los trabajadores pero que, más que dañinas, eran aplicadas en la práctica de manera viciada y abusiva lo que efectivamente vulneraba los derechos laborales consagrados en la Constitución e incluso en instrumentos internacionales.

Lo expuesto permite concluir que la solución no está en eliminar formas de contratación laboral, ni por el contrario aumentarlas de manera desmedida, ni tampoco pretender crear puestos de trabajo mediante decretos, sino en buscar un justo equilibrio entre las partes vinculadas en las diferentes relaciones laborales; en crear espacios y garantías suficientes, basadas en serios estudios; en fomentar el crecimiento de una economía sana, para que sólo entonces se dé un adecuado ejercicio del derecho del trabajo, entiéndase, no necesariamente dependiente y por cuenta ajena, sino también de aquel que algunos han venido a llamar como trabajo deslaboralizado.

LECCIÓN 8 JORNADAS DE TRABAJO, DESCANSOS Y VACACIONES

8.1.- Definición de jornadas de trabajo

Se define la jornada de trabajo como el número de horas que, durante la semana, deben completarse legalmente en las actividades laborales (Cabanellas, 1997b, p. 215).

Es la duración del trabajo diario de los trabajadores. Por ampliación convencional del vocablo jornada –más o menos equiparable a día de actividad-, la laboral se expresa también en el número de horas que durante la semana deben completarse legalmente en cada actividad [...]. En formulación técnica, se entiende por jornada de trabajo el lapso convenido por las partes, que no puede exceder del máximo legal, durante el cual se encuentra el trabajador al servicio o a las órdenes del patrono o empresario con el fin de cumplir la prestación laboral estipulada y exigible. Reglamentaciones diversas incluyen en la jornada laboral o excluyen de ella breves espacios de tiempo, como los destinados a cambiarse de ropa o tomar un refrigerio [...] para fijar su limitación, participan una serie de factores de carácter social, fisiológico y económico que atañen en forma directa a la persona del trabajador y al interés superior de la sociedad toda (Cabanellas, 2001, p. 539).

Se trata del tiempo que debe estar el trabajador a disposición del empleador en tanto no pueda disponer del mismo en beneficio propio. “Lo determinante es la enajenación del tiempo del trabajador a favor del empleador, aunque efectivamente no se desarrolle ninguna actividad” (Grisolia, 2010, p. 313).

La jornada laboral se inicia desde que el trabajador ingresa al establecimiento o está a disposición del empleador, y concluye con su egreso, o bien, cuando deja de estar bajo las órdenes de éste; sin dejar de considerar que existen lapsos que no forman parte de la jornada, verbigracia, los tiempos que el trabajador dispone libremente para actividades personales, o aquellos que destina para desplazarse desde el domicilio hacia el lugar de trabajo y viceversa (Grisolia, 2010, p. 313); pese a que sí se considera accidente de trabajo el acaecido en el *tempos in itinere*.

Para el cómputo del tiempo de trabajo efectivo se ha de considerar el tiempo que el trabajador se encuentre a disposición del empleador, trabajando o dispuesto a trabajar, según la expresa disposición del Art. 61 del Código del Trabajo.

Sobre los antecedentes históricos de la jornada se dice que ya en las Leyes de Manú (1280 a.C.) se encuentran disposiciones sobre la jornada laboral: la noche para el sueño y el día para el trabajo. Así el régimen del trabajo regulado por la luz del día era más corto en invierno que en el verano (podía alcanzar hasta 16 horas diarias). Roberto Owen revoluciona la época al introducir la reducción de la jornada de trabajo de 16 a 12 horas y media; posteriormente a 11 horas y media; y más tarde, a 10 horas y media (Viteri, s/a, p. 59).

8.2.- Clasificación de las jornadas de trabajo

Los criterios de clasificación de las jornadas no son del todo coincidentes en la doctrina, sin embargo hemos escogido una que es bastante generalizada, por la que se distinguen las jornadas según las horas del día en que se realice, por el origen, por la duración y días en que se ejecuta, y, por los motivos.

La distinción del tipo de jornada resulta de suma importancia ya que de ello se derivan las diferentes condiciones, términos y recargos de las mismas. Resulta sin embargo oportuno advertir que los criterios de la clasificación que se emplean permiten que una misma jornada corresponda a varios de ellos, así por ejemplo, una jornada nocturna puede ser a la vez contractual y ordinaria, o una mixta ser además legal y suplementaria.

8.2.1.- Por las horas del día en que se realiza

- jornada diurna: la que se desarrolla de 6:00h a 19:00h;
- jornada nocturna: la que va desde las 19:00h hasta la 6:00h, con recargo del 25%; y,
- jornada mixta: la que combina una parte diurna y una parte nocturna.

8.2.2.- Por el origen

- legal: que por regla general es de 8 horas diarias y de 40 semanales;
- contractual: la acordada por las partes, que no puede exceder los límites legales.

La jornada máxima legal de 40 horas rige en el Ecuador desde el 1-X-80 (Decreto 43, RO 249, 11-VIII-80). Hasta entonces la jornada semanal era de 44 horas.

Rubio (1999, p. 229) considera que la regulación de la jornada de trabajo y su consecuente fijación de duración máxima es el resultado del influjo de razones de diverso orden. Las jornadas demasiado largas ocasionan un desgaste excesivo de energía y un bajo rendimiento que inciden en la calidad y cantidad de la producción e incrementan la posibilidad de accidentes laborales. Para Antonio Cerón del Hierro (1998, pp. 290-291) el fundamento de la limitación temporal del trabajo es la necesidad fisiológica del descanso; este posibilita que el trabajador recupere la energía empleada en el trabajo y que disponga de tiempo para realizar actividades de su preferencia.

Para calcular los recargos ya sea por jornadas nocturnas, suplementarias o extraordinarias, primeramente se requiere determinar el valor de la hora de trabajo. Hay quienes sostienen que el valor de la hora de trabajo se establece dividiendo el sueldo para 160 que corresponde a las horas de labor mensual. Discrepamos con este criterio porque dicha forma de calcular deja de lado el hecho de que los descansos son remunerados y que, por consiguiente, el sueldo mensual cubre todos los días del mes, hábiles y no hábiles; así mismo, no toda jornada mensual de labor es de 160 horas. Consideramos que el cálculo de la hora de trabajo debe hacerse dividiendo el sueldo mensual para treinta o, si se quiere mayor precisión, para el número real de días que corresponda según el mes, y luego dividir el resultado para el número de horas ordinarias de trabajo por día.

Se arguye que para el cálculo de horas extraordinarias debe considerarse únicamente el sueldo básico, es decir, no se toma en cuenta a los demás ingresos adicionales que conforman la remuneración. Este criterio resulta igualmente discutible por cuanto en el caso, por ejemplo, de una jornada nocturna que se extiende, no habría razón para desconocer el derecho al recargo correspondiente a las horas suplementarias y extraordinarias, en base al valor de la hora nocturna (ya incrementada). Por tanto, estimamos que los recargos son acumulativos porque se fundan en diferentes motivos.



8.2.3.- Por la duración y día en que se realizan

8.2.3.1.- Jornada ordinaria

Llamada así por ser la que de manera regular realiza el trabajador, aun cuando pueda ser común o especial.

- Común: la que tiene un máximo 8 horas diarias y 40 horas semanales.
- Especial, por cuanto puede ser de menor o de mayor duración.

8.2.3.1.1.- Jornadas ordinarias especiales de menor duración

- Trabajo en el subsuelo: máximo 6 horas (a la que se le puede añadir tan solo una hora más por concepto de jornada suplementaria o extraordinaria).
- Trabajo de adolescentes mayores de 15 años: máximo 6 horas diarias y 30 semanales.
- Trabajo de la madre lactante: 6 horas diarias por 9 meses posteriores al parto si el empleador no contare con una guardería o centro de cuidado infantil para el buen vivir.

Las jornadas ordinarias en los casos como los anteriormente mencionados se reducen precisamente por las especiales condiciones, ya sea del lugar o de la persona que lo ejecuta, así por ejemplo en el primer caso se cuenta el trabajo en el subsuelo, y en el segundo el del adolescente cuya jornada de labor debe facilitar su formación y asistencia a un centro de educación, como lo ratifica el Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 84, en concordancia con el Convenio 138 de la OIT.

- Jornada parcial permanente: es aquella menor que la jornada máxima, pero que se realiza de manera regular, habitual.
- Régimen de contratación parcial: aquella que se realiza exclusivamente los días sábados, domingos y de descanso obligatorio, de conformidad con la Ley 90, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:
 - o que los trabajadores permanentes no deseen laborar tales días;
 - o que los contratados bajo este régimen no se encuentren laborando 40 horas semanales; y,
 - o que no se contraten a menores de 15 años.

- Las que fijen las comisiones sectoriales de fijación y revisión de sueldos y salarios mínimos del Ministerio de Relaciones Laborales.

La Ley para la Transformación Económica del Ecuador (RO-S 34, 13-III-00) instituyó la contratación laboral por horas, la misma que fue derogada por el Mandato Constituyente No. 8 (RO-S 330, 6-V-08). Dicha modalidad permitía pactar la remuneración por horas de trabajo para cualquier clase de actividad. Los trabajadores contratados por hora tenían los demás beneficios consagrados en el Código del Trabajo, incluida la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Expresa y únicamente se les privaba del derecho a la estabilidad y al fondo de reserva. Los problemas de los abusos de la contratación por horas fueron a consecuencia de su reglamento (RO-S 305, 12-IV-01) y sus posteriores reformas que básicamente giraron en torno al porcentaje máximo de trabajadores que podían ser contratados por horas (inicialmente era el 40% y después se incrementó el porcentaje al 75%); y a las actividades para las cuales se podía utilizar esta nueva modalidad de trabajo (originalmente se hacía distinción entre actividades continuas -para las cuales se permitió una jornada de hasta 8 horas diarias y 40 semanales- y discontinuas -sin restricciones horarias ni porcentuales-). El reglamento del año 2005 eliminó tal distinción, dejando abierta la posibilidad de contratar por horas para cualquier tipo de actividad y sin que se fijara un máximo de horas posibles de labor semanales. Es así como al amparo del reglamento que estuvo vigente, previo a la expedición del Mandato 8, se contrataba hasta un 75 % de trabajadores para laborar hasta 40 horas a la semana, lo que terminó desvirtuando completamente el espíritu que inspiró la contratación por horas como una modalidad para atender necesidades no permanentes.

La posibilidad de contratar por jornadas parciales permanentes ya se encontraba vigente en el Art. 82 del Código del Trabajo, y difiere del régimen de contratación parcial en cuanto que se la realiza de manera regular, constante, y sin las condiciones que la Ley 90 establece para la misma, según ya se manifestó anteriormente. La jornada parcial permanente, sin embargo, no siempre responde a los intereses y necesidades de las partes de una relación laboral, en el sentido de que no suple a cabalidad a la derogada contratación por horas.

8.2.3.1.2.- Jornadas ordinarias especiales de mayor duración

- Empleados de confianza y dirección (aquellos que en cualquier forma representan al empleador).



- Guardianes o porteros residentes (cuando existiere contrato escrito que establezca particulares requerimientos).
- Agentes viajeros, de seguros o de comercio (no sujetos a horario fijo).
- Servicio doméstico.
- Trabajadores del transporte (siempre y cuando se establezcan turnos que no excedan de 40 horas semanales).

De conformidad al artículo 58 del Código del Trabajo, no se considerará como trabajo suplementario el realizado en horas que excedan a la jornada, cuando se trate de empleados de confianza; por lo que no cabe hacer extensiva esta disposición a las horas extraordinarias, pretendiendo por ende que tales empleados, a pretexto de ser de confianza y seguramente percibir una remuneración muy superior a la mínima legal, laboren en exceso, sin límite alguno y sin los recargos legales correspondientes a las jornadas extraordinarias.

8.2.3.2.- Jornada extraordinaria

Es la que se realiza:

- por la necesidad de evitar un grave daño al establecimiento o explotación, ante la inminencia de un accidente, caso fortuito o fuerza mayor que demande atención impostergable; en tales eventos, el empleador puede exigir a sus trabajadores que laboren el tiempo indispensable para atender el daño o peligro; o,
- en sábados, domingos o días de descanso forzoso u obligatorio, siempre que no se hubiera fijado otro período igual para el descanso semanal, y que no se tratase de trabajadores contratados bajo el régimen de contratación parcial.

En los casos antes mencionados:

- El empleador puede exigir a los trabajadores que realicen una labor distinta a aquella para la cual los contrató.
- Los trabajadores no pueden excusarse.
- No hace falta la autorización previa del Inspector del Trabajo.

- El empleador debe comunicar a dicha autoridad la emergencia dentro de las 24 horas siguientes.
- Se paga con un 100% de recargo.

8.2.4.- Por el motivo

8.2.4.1.- Jornada suplementaria

Es la que se ejecuta inmediatamente a continuación de la ordinaria para concluir una obra o trabajo que no puede suspenderse.

La jornada suplementaria se caracteriza por cuanto:

- Tiene una duración máxima de 4 horas diarias y de 12 semanales.
- Requiere de:
 - o acuerdo previo de las partes y
 - o autorización del Inspector del Trabajo.
- Se paga con recargo del:
 - o 50% si tuviere lugar hasta las 24:00h; o,
 - o 100% si tuviere lugar entre las 24:00h y las 6:00h.

La comprobación de las horas suplementarias y extraordinarias laboradas por el trabajador es sumamente complicada por cuanto generalmente no se lleva un registro de las mismas, lo que conlleva al rechazo de las pretensiones del trabajador que demanda los recargos correspondientes, por falta precisamente de prueba.

8.2.4.2.- Jornada de recuperación

Es aquella que se realiza para reponer una o más jornadas perdidas cuando de manera colectiva se interrumpiere el trabajo normal de una empresa por causas accidentales, imprevistas, de fuerza mayor u otro motivo ajeno a la voluntad de empleadores o trabajadores.

- El empleador tiene la obligación de pagar la remuneración íntegra.
- El empleador tiene derecho a aumentar hasta tres horas las jornadas de los días subsiguientes, hasta completar el tiempo perdido y la remuneración



pagada, o bien podría acordar con los trabajadores alguna otra forma o día para recuperar lo no laborado, por ejemplo en días de descanso forzoso, aun cuando en estos casos se deberá considerar que son con recargo, lo cual significaría o bien trabajar la mitad de la jornada perdida o bien pagar la diferencia. Sin embargo los días de fiesta cívica cuando se los traslade, así como los de Carnaval, se recuperarán de conformidad a lo establecido en el Decreto Ejecutivo 418, que desconoce el derecho a los recargos al imponer que cada jornada ordinaria no trabajada debe recuperársela trabajando todo un día sábado (RO 116, 29-VI-09).

- Si el trabajador no quisiera o no pudiera sujetarse a la jornada de recuperación devolverá al empleador la remuneración correspondiente.
- El empleador que hubiere retenido a trabajadores en el establecimiento durante la interrupción, perderá el derecho a la recuperación sin recargo, por estimarse tiempo efectivo de trabajo.
- Debe ser autorizada por el Inspector del Trabajo.

8.3.- Descansos

8.3.1.- Definición

Es la interrupción o el cese pasajero en el trabajo; la pausa de una tarea; la quietud o reposo (Cabanellas, 1997b, p. 125).

El descanso es el tiempo en que el trabajador reposa y se recupera física y psíquicamente de la fatiga producida por la realización de la tarea.

Fundamentalmente tiene una función higiénica y biológica y resulta imprescindible para preservar la salud y evitar enfermedades. Pero el ser humano también necesita gozar de tiempo libre para dedicar a su familia, al esparcimiento, al deporte y a desarrollar actividades sociales y culturales (Grisolia, 2010, p. 333).

Cabanellas (2001, pp. 577-578) nos dice que “a la actividad psicofísica del trabajo se contraponen el descanso” que permite al trabajador reponer las energías físicas y recuperarse del desgaste sufrido con ocasión de la actividad realizada, a la vez que da lugar al “alivio de las tensiones mentales originadas por la prestación de los servicios; descanso que puede ser “desde la interrupción pasajera de las labores a la quietud completa y al sueño”.

Viteri (s/f, pp. 62 y 65) advierte que, a pretexto de apremiantes necesidades de los empleadores, no cabe que se convoque a los trabajadores a laborar en los días de descanso, puesto que las empresas “tienen el deber jurídico y técnico de organizar su trabajo distribuyéndolo adecuadamente o utilizando para ello trabajadores adicionales que dichas necesidades lo requieran”. En cuanto al trabajo en días de fiestas cívicas o conmemorativas, agrega que podrá realizarse “en las mismas circunstancias que el trabajo en sábados y domingos, es decir, cuando se justifique por la naturaleza de la actividad o empresa o cuando haya razones de emergencia o necesidad impostergable”.

8.3.2.- Clasificación

8.3.2.1.- Descanso diario

Es el que resta de la jornada laboral de cada día.

Cuando la jornada se divide, el descanso entre la una mitad de la jornada y la otra, puede durar hasta dos horas.

8.3.2.2.- Descanso forzoso

Es el descanso semanal que, por lo general, coincide con los días sábados y domingos.

- En los casos en que por la naturaleza de la actividad o de la empresa, no se pudiere interrumpir el trabajo en los días sábados y domingos, de mutuo acuerdo se designarán otros días de la semana para el descanso semanal y, si fuere necesario, se establecerán turnos entre los trabajadores.
- Responde a la exigencia legal de que las jornadas de trabajo no pueden exceder de cinco a la semana.
- Es remunerado.

Este descanso se fundamenta en el hecho de que

el trabajo ininterrumpido, sin jornada alguna de tregua, conspira contra la vida individual y familiar del trabajo [sic]; económicamente al no permitir la reposición conveniente de las energías físicas, enfrenta con trabajadores



progresivamente debilitados y de menor rendimiento. En lo político y social, la carencia de jornadas de ocio encona la oposición de clases y conduce a rebeldías de graves consecuencias (Cabanellas, 2001, p. 581).

[...] el trabajador tras cumplir toda una jornada, no tiene bastante con la tarde y con la noche para reparar fuerzas; acumula así, a diario, una fatiga cada vez más intensa [...] que debe liquidar de tiempo en tiempo; constituye el descanso semanal una válvula de seguridad que impide a la máquina humana estallar bajo presión de una fuga excesiva. [...]el que las actividades comerciales e industriales paralicen uniformemente su actividad permite a todos los miembros de la familia obrera gustar de vez en cuando las alegrías de la vida en común (Ferrete, citado en Cabanellas, 2001, p. 581).

8.3.2.3.- Descanso obligatorio

Corresponde a los días de fiestas cívicas y religiosas, las cuales son, a escala nacional: el primero de enero, el Viernes Santo, el primero y el 24 de mayo, el 10 de agosto, el 9 de octubre, el 2 y 3 de noviembre, y, el 25 de diciembre.

- En los días de fiestas cívicas o religiosas cesan obligatoriamente todas las actividades, de manera general.
- El trabajo en estos días se paga con un recargo del 100%, salvo que se trate del régimen de contratación parcial, en cuyo caso se entenderá jornada ordinaria.
- Existen además las fiestas cívicas locales y las de determinadas ramas de trabajo.
- Si el 24 de mayo, el 10 de agosto y el 9 de octubre coincidieren con días martes, miércoles o jueves, se trasladan al viernes de la misma semana, al igual que los feriados locales.
- Es remunerado.

El Decreto Ejecutivo 418 (RO 116, 29-VI-07) contempló el traslado del descanso obligatorio por ciertas fiestas cívicas (24 de mayo, 10 de agosto, 9 de octubre) al viernes inmediato posterior, aunque las celebraciones, sesiones y ceremonias

cívicas, educativas, religiosas o militares correspondientes a las referidas fechas deban realizarse en el propio día de aniversario. Así dispuso la suspensión de la jornada laboral por Carnaval (lunes y martes), correspondientes a los años 2008, 2009, 2010 y 2011, para todos los trabajadores y empleados de los sectores público y privado, con la obligatoriedad de recuperar los días no laborados, en los dos sábados subsiguientes, sin derecho a recargo alguno.

8.3.2.4.- Descanso anual.

Los descansos diario, semanal y cívico o religioso denominado obligatorio, se complementan con el descanso anual llamado también vacaciones.

8.4.- Vacaciones

8.4.1.- Definición

Es el descanso temporal de una actividad habitual, principalmente del remunerado; tiempo que dura la cesación del trabajo (RAE, 2001).

Es el derecho “al descanso ininterrumpido – variable desde unos días hasta más de un mes- que el trabajador tiene, con goce de su remuneración, al cumplir determinado lapso de prestación de servicios” (Cabanellas, 2001, p. 590).

También puede definírselo como el derecho del trabajador que ha cumplido un período mínimo de servicios continuos a favor del mismo empleador, a ser dispensado de todo trabajo durante cierto número de días consecutivos de cada año, sin que por ello deje de percibir sus remuneraciones normales (Rubio, 1999, p. 209).

El descanso es un imperativo para toda persona humana que por sus actividades físicas e intelectuales consume sus energías, y que por ende requiere reponerse, dedicándose al ocio o a otro tipo de actividades de la más diversa índole como familiares, recreativas, educaciones, religiosas, deportivas, etc.

Las vacaciones anuales tienen por objeto permitir que el trabajador se desvincule del esfuerzo físico o intelectual que invierte en su trabajo usual y que pueda dedicarse, de manera continua, a las actividades que a bien tuviere.

Las vacaciones que prolongan el reposo durante un período más largo, hacen que puedan eliminarse totalmente los residuos acumulados de fatiga en el curso del año, dan al trabajador una completa renovación y le



consienten alcanzar el disfrute de ciertas comodidades que la vida moderna otorga [...] (Cabanellas, 2001, p. 591).

8.4.2.- Regulaciones

- Todo trabajador tiene derecho a gozar anualmente de un período ininterrumpido de 15 días de descanso por cada año de servicios prestados al mismo empleador.
- Si no completare el año, tiene derecho al proporcional.
- A partir del sexto año con el mismo empleador, el trabajador tiene derecho a un día adicional de vacaciones por cada año excedente.
- Los días adicionales de vacaciones por antigüedad no excederán de 15, salvo acuerdo en contrario.
- Los adolescentes entre 16 y 18 años de edad tienen derecho a 18 días de vacaciones y los de 15 años tiene derecho a 20 días.
- El período de las vacaciones anuales incluye los días hábiles, los de descanso obligatorio y los festivos.
- Si durante el período de vacaciones el trabajador sufre una calamidad doméstica o padeciera de alguna enfermedad, ello no da lugar a una prolongación de sus vacaciones salvo que, en el segundo caso, llegado el día en que deba reincorporarse a las actividades laborales, aún estuviera enfermo o incapacitado para el trabajo; en este supuesto, el trabajador tendría derecho a una licencia por enfermedad contada a partir del día en que debía reincorporarse al puesto hasta recobrar completamente su salud o la capacidad para trabajar.
- El trabajador podrá acumular sus vacaciones hasta por 3 años.
- El período vacacional, de no constar en el contrato o de no existir acuerdo sobre el mismo, será fijado por el empleador y comunicado al trabajador con tres meses de anticipación.
- Las vacaciones son remuneradas de manera anticipada.
- Si por cualquier motivo el trabajador no llegare a gozarlas, tendrá derecho a que su empleador se las compense con el equivalente de la 1/24 parte de todo lo percibido durante el año y con el 100% de recargo si no las hubiere llegado a gozar por culpa del empleador.

LECCIÓN 9 REMUNERACIÓN

El empleador al momento de celebrar un contrato de trabajo, ya sea de forma expresa o tácita, asume de manera automática una serie de obligaciones para con su trabajador. Tales obligaciones son de variada índole, como se enunciaron en la lección 6, unas ético- jurídicas, como por ejemplo, las de protección, asistencia y respeto; otras pecuniarias, dentro de las cuales sin duda la primera y principal es la remuneración a la que dedicaremos esta lección.

9.1.- Definición

- Contraprestación por el servicio lícito y personal prestado en relación de subordinación.
- Elemento esencial del contrato individual de trabajo.
- Principal derecho del trabajador.
- Principal obligación del empleador.

El principio consagrado en el numeral 17 del artículo 66 de la Constitución, por el cual ninguna persona puede ser obligada a realizar un trabajo gratuito o forzoso, concuerda con la norma del artículo 3 del Código del Trabajo que prescribe que todo trabajo es remunerado.

Viteri (s/f, p. 5) hace algunas precisiones sobre la gratuidad del trabajo, el origen del salario y su denominación. Menciona como ejemplo de actividades no remuneradas a “la cooperación familiar, los servicios de buena voluntad, las prestaciones que integran modalidades de contribución y las formas más o menos directas del trabajo obligatorio”. Respecto a los primeros preceptos positivos sobre el salario señala que el Código de Hammurabi (2000 a.C.) ya establecía salarios mínimos para ciertos oficios. En cuanto a los términos más próximos de salario, se encuentran los de sueldo, saldada, emolumentos, estipendio, derechos, jornal, paga, haberes, gratificación y honorarios, aunque en este último caso quien los recibe será el que los señala.

9.2.- Clases de remuneraciones

Sueldo

- Estipendio que el empleador paga al empleado.
- Se paga por meses, incluidos los días no laborables.
- El plazo para el pago no puede exceder de un mes.

Salario

- Estipendio que paga el empleador al obrero.
- Se paga por jornadas de labor (jornal), por unidades de obra o por tareas.
- El plazo para el pago no puede ser mayor de una semana.

Independientemente de la denominación que se asigne a la contraprestación de servicios en relación de dependencia, y atendiendo al principio de primacía de la realidad, esta constituye remuneración.

El término salario, utilizado como genérico por muchos tratadistas, proviene de la voz latina *salarium* y ésta, a su vez, de la palabra “sal” puesto que era costumbre antigua entregar a los sirvientes domésticos una cantidad fija de sal por concepto de contraprestación por sus servicios.

En el derecho laboral ecuatoriano se han “consagrado dos clases de salarios mínimos: el salario básico y el salario mínimo sectorial”. El primero entendido como la remuneración justa que cubra las necesidades del trabajador y las de su familia, que por disposición constitucional corresponde garantizar al Estado; y el segundo, aquel en cuya determinación ha de intervenir además el factor de la producción, respecto a lo cual Julio César Trujillo añade que “la equidad manda que el salario mínimo sectorial [...] no sea fijado de manera general, sino mediante Acuerdo Ministerial para cada rama del trabajo y rama de la explotación agrícola, industrial, mercantil, minera, etc.” (Trujillo, 2008, pp. 443-446).

Este salario básico lo determina el Consejo Nacional de Salarios (CONADES), o en su defecto el Ministerio de Relaciones Laborales, cuando no se logra el acuerdo en el referido Consejo, y deberá revisarse anualmente con carácter progresivo hasta alcanzar el salario digno.

9.3.- Principios que regulan la remuneración

- **Igualdad**
 - o A igual trabajo corresponde igual remuneración, sin distinción alguna.
 - o La especialización y la práctica sin embargo se toman en cuenta.
- **Libertad**
 - o Las partes contratantes son libres de estipular el monto, siempre que sea, al menos, el mínimo legal.
- **Suficiencia**
 - o Debe ser justa y digna, que cubra al menos las necesidades personales básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia.
 - o El Estado fijará y revisará anualmente el salario básico establecido en la ley, de aplicación general y obligatoria.

En la lección 2 definimos los principios del Derecho en general y abordamos los principios del Derecho del Trabajo en particular. Entre los primeros se encuentran los de libertad e igualdad que también constituyen pilares del Derecho del Trabajo. Estos principios han sido objeto de regulación internacional a través del Convenio 26 de la OIT, el cual fue suscrito y ratificado por el Ecuador y, por ende, es parte del ordenamiento jurídico nacional.

Trujillo (1992, p. 73) manifiesta que los principios de igualdad, libertad y suficiencia, no obstante se fundamentaron en la justicia social, resultan escasos “para conservar y menos aún para mejorar el poder adquisitivo de los trabajadores”. Concordamos con Trujillo en que el incremento de la remuneración depende en parte de la adecuada interrelación de varios factores: productividad, capacitación de los trabajadores, innovación tecnológica y eficiencia en la administración, entre otros.

La igualdad a que se refiere el artículo 79 del Código del Trabajo, no se limita al régimen salarial, sino que comprende las demás condiciones de trabajo en las que se desenvuelve la relación laboral, por lo que no se puede hacer distinción de género, raza, nacionalidad, religión, ideología, etc.; sin embargo, para su justa

aplicación es preciso tomar en cuenta parámetros de cantidad, calidad, eficiencia y jornada.

Es el Convenio 100 de la OIT el que proclama la igualdad de la remuneración entre la mano de obra masculina y la femenina por un trabajo de igual valor.

Los principios enunciados promueven una retribución justa, es decir, aquella que permita una vida digna al trabajador y a su familia. La Encíclica *Rerum Novarum* del Pontífice León XIII enuncia la teoría del justo salario e impone como una obligación principal de los empleadores la de “dar a cada uno el salario conveniente”; además, recuerda al rico y al empleador que “explotar la pobreza y la miseria es especular con la indigencia” y que ambas “son cosas que reprobaban igualmente las leyes divinas y humanas” (Viteri, s/f, p. 23). Pese a lo dicho, en la práctica la remuneración justa se asimila al salario mínimo vital, el mismo que, al decir de Viteri (s/f, p. 21), “no cumple con la finalidad de cubrir las necesidades del trabajador y de su familia; pues, su monto jamás se compadece con la realidad económica imperante” y, más bien, se limita a ser un parámetro obligado para impedir que se estipulen y paguen remuneraciones inferiores al salario mínimo vital (entiéndase salario básico). El Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones ha establecido la obligatoriedad de pagar a los trabajadores el salario digno, caso contrario se deberá cancelar una compensación económica anual.

9.4.- Garantías de la remuneración

La remuneración como derecho fundamental del trabajador le permite su sustento y el de su familia razón por la cual no puede quedar desprotegida ni al arbitrio del empleador, razón por la cual se le ha rodeado de garantías para asegurar que llegue a manos del trabajador de manera íntegra y oportuna, además de respetar el principio de igualdad y no discriminación por lo que los tratadistas del Derecho Laboral coinciden en que las garantías de la remuneración son:

- **Integridad**

La remuneración a la que tenga derecho el trabajador no podrá ser disminuida ni descontada, salvo con autorización expresa de la persona trabajadora y de acuerdo con la ley, como por ejemplo para el pago de cuotas sindicales en caso de que así lo haya solicitado la asociación profesional de trabajadores, o en el caso de pensiones de alimentos que deba el trabajador.

• Oportunidad

El empleador debe pagar la remuneración en los plazos convenidos, los mismos que no podrán exceder de un mes tratándose del sueldo ni de una semana en el caso del salario.

Tanto la integridad como la oportunidad en el pago de las remuneraciones son obligaciones legales y, además, morales. Su incumplimiento puede acarrear, entre otras cosas, que el trabajador se vea obligado a solicitar el visto bueno para dar por terminadas las relaciones laborales (causal segunda del artículo 173 del Código del Trabajo). Si la resolución del Inspector del Trabajo fuere favorable al trabajador, éste tendrá derecho a las indemnizaciones correspondientes al despido intempestivo (artículo 191 del referido Código). En el evento de que el trabajador deba recurrir a la vía judicial para hacer el reclamo, al empleador moroso se le condena adicionalmente al pago del triple del equivalente al monto total de las remuneraciones no pagadas del último trimestre (artículo 94 del mismo cuerpo legal).

• Inembargabilidad

El salario es inembargable por lo que es obligación del Estado protegerlo contra el embargo o cesión en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia, de conformidad a lo que prescribe el Convenio No. 95 de la OIT (RO 675, 25-XI-54), así como también la Constitución y el Código del Trabajo, en sus artículos 10, 328 y 91 respectivamente.

• Intransferibilidad

El salario deberá pagarse directamente al trabajador, aun en el caso de que se trate de un adolescente, o a la persona legalmente autorizada por éste. Al respecto deberá recordarse el principio de derecho que reza “el que paga mal, paga dos veces”.

• Privilegio de primera clase

Lo que el empleador deba al trabajador por cualquier concepto constituye crédito privilegiado de primera clase, con preferencia aun a los hipotecarios.



El Título XXXIX del Código Civil a partir del artículo 2367 regula la prelación de créditos, entendiéndose por ésta el “orden de preferencia con que han de satisfacerse los diversos créditos concurrentes en caso de ejecución forzosa de un deudor moroso o insolvente” (Cabanellas, 1997b, p. 316).

La norma del Art. 88 del Código del Trabajo impone la prevalencia de los valores humanos sobre los intereses materiales de los empleadores “al privilegiar los créditos adeudados a los trabajadores por concepto de salarios, sueldos, indemnizaciones y pensiones jubilares”, dejando sin efecto las teorías civilistas “que sostienen que la hipoteca y la prenda son derechos reales sobre una cosa determinada, equiparable al derecho de propiedad”, y por lo tanto no afectable por ningún crédito, “porque hacerlo equivaldría a la afectación de los bienes de un tercero” (Viteri, s/f, p. 47).

La Constitución no solamente declara que el trabajo es un derecho y un deber sino un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía, razón por la cual lo ampara rodeando a la remuneración, de ciertas garantías⁵ para protegerla de eventuales abusos del empleador (según las declaraciones que encontramos en el artículo 33 y primeros cuatro incisos del artículo 328). Así el Estado garantizará a las personas trabajadoras:

- o el pleno respeto a su dignidad,
- o una vida decorosa,
- o remuneraciones y retribuciones justas, y,
- o el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

El Convenio 95 (RO 675, 25-XI-54) de la OIT regula la protección del salario mediante el establecimiento de una serie de garantías que cubren los diversos aspectos relativos al mismo, entre las que cabe destacar las siguientes:

- Los salarios en efectivo se pagarán exclusivamente en moneda de curso legal, y deberá prohibirse el pago con pagarés, vales, cupones o en cualquier otra forma que se considere representativa de la moneda de curso legal. La autoridad competente podrá permitir o prescribir el pago del salario por cheque contra un banco o por giro postal, cuando este modo de pago sea de uso corriente o sea necesario a causa de circunstancias especiales,

5 Por garantías constitucionales o individuales, Cabanellas (1997b, pp. 319-320) entiende “el conjunto de declaraciones, medios y recursos con que los textos constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos el disfrute y ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen”.

cuando un contrato colectivo o un laudo arbitral así lo establezca, o cuando, en defecto de dichas disposiciones, el trabajador interesado preste su consentimiento (Art. 3). Sin embargo ya es práctica generalizada y admitida que al menos los empleados perciban sus remuneraciones a través de transferencias bancarias.

- Podrán permitirse pagos parciales del salario con prestaciones en especie en las industrias u ocupaciones en las que esta forma de pago sea de uso corriente o conveniente a causa de la naturaleza de la industria u ocupación de que se trate. En ningún caso se deberá permitir el pago del salario con bebidas alcohólicas o con drogas nocivas. En tales casos, se deberán tomar medidas pertinentes para garantizar que las prestaciones en especie sean apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia, y redunden en beneficio de los mismos; y, que el valor atribuido a estas prestaciones sea justo y razonable (Art. 4).
- El salario deberá pagarse directamente al trabajador (Art. 5).
- No se podrá obligar a los trabajadores a utilizar los servicios o comprar los productos ofertados o producidos por la empresa o el empleador (Art. 7).
- Los descuentos de los salarios solamente procederán dentro de los límites fijados por la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral (Art. 8).
- El salario es inembargable y deberá estar protegido contra su embargo o cesión en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia (Art. 10).
- En caso de quiebra o de liquidación judicial de una empresa, los trabajadores empleados en la misma deberán ser considerados como acreedores preferentes (Art. 11).
- El pago del salario en efectivo se deberá efectuar únicamente los días laborables, en el lugar de trabajo o en un lugar próximo al mismo (Art. 13 nral.1).
- Se prohíbe el pago del salario en tabernas u otros establecimientos similares y, cuando ello fuere necesario para prevenir abusos, en las tiendas de venta



al por menor y en los centros de distracción, excepto en el caso de personas empleadas en dichos establecimientos (Art. 13 nral. 2).

9.5.- Componentes y exclusiones de la remuneración

Si bien las partes de un contrato individual de trabajo normalmente acuerdan el monto del sueldo o del salario al inicio de su relación laboral, dicho monto puede ir variando con el paso del tiempo, ya sea por acuerdo de las mismas partes, o como producto de la revisión o fijación de los sueldos y salarios que anualmente hace el CONADES, o el propio Ministerio de Relaciones Laborales en caso de falta de acuerdo. La remuneración también puede ser variable de un mes a otro por ciertos recargos o beneficios legales adicionales, unos de carácter regular y permanente y otros tal vez esporádicos. De allí que se hace necesario distinguir el sueldo o el salario nominal (que bien puede y aún es de desear que sea superior al salario básico) del monto total que de forma periódica o no percibe el trabajador.

Para ello primero nos referimos al concepto que de salario básico nos trae el Art. 81 del Código del Trabajo como consecuencia de la reforma introducida por el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, en los siguientes términos:

se entiende por salario básico la retribución económica mínima que debe recibir una persona por su trabajo de parte de su empleador, el cual forma parte de la remuneración y no incluye aquellos ingresos en dinero, especies o en servicio, que perciba por trabajos extraordinarios y suplementarios, comisiones, participación en beneficios, los fondos de reserva, el porcentaje legal de utilidades, los viáticos o subsidios ocasionales, las remuneraciones adicionales, ni ninguna otra retribución que tenga carácter normal o convencional y todos aquellos que determine la ley (Art. 81 CT).

Algunos de los recargos o beneficios enunciados que no forman parte del concepto de salario básico, se consideran sin embargo para el cálculo de otros beneficios legales, mientras que otros no; por ello llamamos a los primeros componentes de la remuneración, y a los segundos exclusiones.

Componentes

Son parte del concepto amplio de remuneración, todo lo que la persona trabajadora sujeta al Código del Trabajo perciba en:

- Dinero.
- Comisiones o participaciones en beneficio.
- Recargos por horas suplementarias y extraordinarias.
- Servicios y especies.
- Cualquier retribución que tuviere el carácter de normal.

Lo enunciado se encuentra determinado en el inciso quinto del Art. 328 de la Constitución que prescribe que para el pago de las indemnizaciones, la remuneración comprende todo lo que perciba la persona trabajadora en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que reciba por los trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios o cualquier otra retribución que tenga carácter normal. Cabe señalar que los rubros enunciados se tomarán en cuenta no solo para el cálculo de las indemnizaciones a las que tenga derecho el trabajador, sino también para determinar el monto de la decimotercera remuneración, el fondo de reserva, la compensación de las vacaciones y los aportes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Exclusiones

Por el contrario, se excluye del concepto de remuneración a los siguientes rubros:

- Utilidades.
- Viáticos.
- Remuneraciones adicionales.
- Subsidios ocasionales.
- Fondos de reserva.
- Compensación económica para el salario digno.

Los primeros 4, según el Art. 328 de la Constitución y los últimos 2, de conformidad al Art. 95 del Código del Trabajo.

Estos beneficios económicos que se excluyen del concepto de remuneración obedecen a diferentes necesidades concretas de los trabajadores para los que se considera, en unos casos, las cargas familiares, en otros, los traslados con motivo del trabajo, o los egresos adicionales con ocasión del inicio de clases escolares y de las festividades navideñas. Unos son de manera regular, como por ejemplo las remuneraciones adicionales, mientras que otros, como los viáticos, pueden ser temporales según los especiales requerimientos de movilización; mientras el éxito o fracaso de la actividad empresarial determinará la existencia o no de utilidades,



y consecuentemente el reparto de las mismas, de conformidad con la Ley, entre los trabajadores que las generaron. Los servicios de orden social hacen referencia a las obligaciones que tienen los empleadores de proveer, en determinados casos y circunstancias, de comedores, guarderías y comisariatos de conformidad al Art. 42 del Código del Trabajo.

Refiriéndose a las bonificaciones adicionales que no forman parte de la remuneración, Viteri (s/f, p. 92) menciona:

La temporalidad del ingreso en ocasiones, la variabilidad de unos a otros componentes de igual empresa y función, fluctuaciones de uno y otro período retributivo para un mismo trabajador, son algunas de las razones que justifican esta designación especial y elástica, a diferencia del sueldo específico, sujeto a mayor uniformidad e incluso estabilidad.

El texto del Art. 328 de la Constitución actual si bien en esencia mantiene el mismo contenido que el numeral 14 del Art. 35 de la Constitución de 1998, entre las excepciones ya no menciona a los beneficios que representan servicios de orden social, que sin embargo aún se mantienen en el Art. 95 del Código del Trabajo. Actualiza, por otra parte, el texto en referencia al omitir entre las excepciones de la compensación salarial y la bonificación complementaria, llamadas componentes salariales en proceso de incorporación, rubros que ya forman parte del salario unificado.

El Código de la Producción Comercio e Inversiones reformó además el inciso segundo del Art. 95 del Código Laboral, para incluir dentro de las exclusiones del concepto de remuneración a la compensación económica para el salario digno.

A propósito, el referido Código establece que los componentes del salario digno son única y exclusivamente para fines de cálculo, por lo que no significa que se mensualiza el pago de la decimotercera y decimocuarta remuneración. Así también se aclara que la compensación económica que deben cancelar los empleadores que no hubieren pagado un monto igual o superior al salario digno mensual, es adicional y no es parte integrante de la remuneración; tampoco constituye ingreso gravable para el régimen de seguro social, ni para el impuesto a la renta del trabajador y será de carácter estrictamente temporal, hasta alcanzar el salario digno.

9.6.- Salario digno

“El proceso constituyente en el Ecuador trajo consigo la promesa de un cambio sustentado en una nueva Constitución que permitiera dar paso a otra institucionalidad estatal para construir una sociedad justa, equitativa y solidaria” (Silva, 2008, pp 111-112); es por ello que la función ejecutiva, en ejercicio de la rectoría que ostenta (Art. 141 CR), está sentando las bases para hacer realidad la propuesta de reemplazar la figura del salario básico por la del salario digno cuyo punto de partida fue la decisión política de contribuir a la superación de la pobreza de quien realiza un trabajo en relación de dependencia. De allí que el Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013 Construyendo un Estado Plurinacional e Intercultural (RO-S 144, 5-III-10) destaca que “la atención no debe estar puesta exclusivamente sobre el acceso al bien mínimo, a tener lo elemental”, sino “el referente debe ser la vida digna y no la mera supervivencia”.

La propuesta del gobierno nacional, al promover el trabajo productivo digno, es lograr que ninguna empresa se considere rentable hasta no alcanzar para cada uno de sus trabajadores un salario verdaderamente digno, por lo que el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI) (RO-S 351, 29-XII-10) que tiene como fin el generar trabajo y empleo de calidad y dignos, que contribuyan a valorar todas las formas de trabajo y cumplan con los derechos laborales (Arts. 2-4) ha incorporado la compensación para el salario digno, para aquellos trabajadores que realizan actividades productivas, y lo define como aquel que cubre

al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora así como las de su familia, y corresponde al costo de la canasta básica familiar dividido para el número de perceptores del hogar. El costo de la canasta básica familiar y el número de perceptores del hogar serán determinados por el organismo rector de las estadísticas y censos nacionales oficiales del país, de manera anual, lo cual servirá de base para la determinación del salario digno establecido por el Ministerio de Relaciones laborales (Art. 8).

Los componentes del salario digno son la decimotercera y la decimocuarta remuneración, el fondo de reserva, las comisiones, la participación del trabajador en las utilidades de la empresa, los beneficios adicionales percibidos en dinero por el trabajador por contrato colectivo y las contribuciones voluntarias periódicas, todos ellos divididos para doce; componentes que se sumarán única y exclusivamente para fines de cálculo, por lo que en ningún caso significa que se

pagarán de manera mensual toda vez que los beneficios enunciados los seguirán percibiendo los trabajadores de modo íntegro en los montos, formas y fechas previstas por la Ley.

La compensación económica para el salario digno la percibirán, a partir del año 2012, exclusivamente aquellos trabajadores, que laboran en sectores productivos, que no hubieran recibido el equivalente al salario digno en el ejercicio fiscal anterior, es decir quienes de manera mensual no hubieran recibido el equivalente del valor de la canasta familiar promedio dividido para el número de perceptores del hogar.

El salario digno deberá liquidarse hasta el 31 de diciembre de cada ejercicio fiscal y se podrá distribuir hasta el mes de marzo del año siguiente, por una vez al año, para cuyo efecto el empleador deberá destinar, de ser necesario, el porcentaje de hasta el 100% de las utilidades del ejercicio, y en caso de no ser suficiente se repartirá la compensación entre todos los trabajadores con derecho a ella, de manera proporcional.

9.7.- Remuneraciones adicionales

9.7.1.- Decimotercera

- Llamada también bono navideño.
- Equivale a la 1/12 parte de todo lo recibido en el año, o fracción de año, de ser el caso.
- Se paga hasta el 24-XII de cada año.
- No tiene limitación alguna.
- El período para computarla va del 1-XII al 30-XI de cada año.
- Para calcularla se consideran todos los componentes de la remuneración.
- No forma parte de la remuneración.

9.7.2.- Decimocuarta

- Llamada también bono escolar.
- La reciben todos los trabajadores, jubilados y pensionistas.
- Equivale a una remuneración básica mínima unificada (del trabajador en general y del servicio doméstico), vigente a la fecha de pago.
- La fecha límite para pagarla es el 15-III en la Costa y Galápagos, y el 15-VIII en la Sierra y Oriente.

- Los períodos para computarla van del:
 - o 1-III al 28 ó 29-II para la Costa y Galápagos; y,
 - o 1-VIII al 31-VII para la Sierra y el Oriente.
- No forma parte de la remuneración.

La decimotercera remuneración, creada en 1962 (RO 316, 26-XI-62), inicialmente fue concebida como aguinaldo navideño para los trabajadores afiliados al IESS (en ese entonces, Caja de Seguridad de Previsión) y para los empleados públicos, pero en la actualidad ya es un derecho reconocido a todos los trabajadores. La decimocuarta remuneración fue creada en 1968 (RO 41, 29-X-68) y hoy es conocida como bono escolar. La primera es para solventar los gastos propios de las fiestas navideñas y de fin de año y la otra para atender los egresos económicos que se generan con el inicio de las clases escolares. En este segundo caso, por tratarse de una cantidad fija y limitada, que no tiene relación ni con la remuneración del trabajador ni con el número de cargas, resulta la mayor de las veces insuficiente. Ambas remuneraciones adicionales se crearon como sobresueldos para mantener prácticamente inalterables los salarios mínimos vitales que entonces se encontraban vigentes, y así evitar impactos económicos para el empleador, en razón de que no formaban parte de la remuneración y consecuentemente no se las consideraba, como tampoco se lo hace en la actualidad, para el cálculo de indemnizaciones, aportes al IESS, compensación de vacaciones, ni para el pago del fondo de reserva.

El cálculo, forma y tiempo de pago de las referidas remuneraciones adicionales están regulados en el Reglamento pago declaración [sic] decimotercera decimocuarta y utilidades (AM 93, RO 451, 18-V-11).

9.8.- Consejo Nacional de Salarios CONADES

- Organismo técnico consultivo del Ministerio de Relaciones Laborales, encargado de las políticas y de la fijación de las remuneraciones para el sector privado, en tanto que para el sector público es el Viceministerio del Servicio Público, antes Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público (SENRES).
- Se conforma de manera tripartita: Subsecretario de Trabajo; representante de federaciones nacionales de industrias, comercio, agricultura, construcción y pequeña industria; representante de centrales de trabajadores.

- Tiene como funciones esenciales:
 - o asesorar al Ministro en la aplicación de una política salarial acorde con la realidad del país;
 - o fijar anualmente:
 - salarios, y
 - aumentos generales de remuneraciones del sector privado.

El Parágrafo Cuarto del Capítulo VI del Código del Trabajo trata sobre la política de salarios que se refiere a la actitud general que un gobierno adopta en cuanto a la retribución del trabajo subordinado. Según Andrés Páez (2004b, p. 114) dicha actitud “hace relación al conjunto de directrices políticas y técnicas que permiten establecer, en un Estado, un sistema de administración de las remuneraciones de los dignatarios, autoridades y servidores públicos”, y, que al decir de Viteri (s/f, p. 17), “ha de proponerse ser, racional, nacional e integral”.

La función primordial de las actuales 22 comisiones sectoriales del Ministerio de Relaciones Laborales (que agrupan a las anteriores 115 comisiones) es proponer al CONADES la revisión y fijación de sueldos y salarios básicos de los trabajadores del sector privado que laboran en las distintas ramas de actividad (artículo 122 del Código del Trabajo). Dicho sueldo o salario básico, también llamado salario sectorial o profesional en algunas legislaciones, es “la cantidad menor que puede pagarse por un trabajo que requiere capacitación y destreza de una rama determinada de la industria, del campo o del comercio, o en profesiones, oficios o trabajos especiales” (Viteri, s/f, p. 38).

Resulta entendible que comisiones sectoriales especializadas sean las encargadas de fijar las remuneraciones mínimas para que éstas no queden sujetas a la libertad de los contratantes, pues si así fuese, muy probablemente primaría la voluntad unilateral del empleador dada la situación de subordinación en la que se encuentra el trabajador y la gran necesidad de éste de encontrar o mantener una fuente de ingresos.

El Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, mediante reforma al Art. 81 del Código del Trabajo, impone que la revisión anual del salario básico se realice con carácter progresivo hasta alcanzar el salario digno.

9.9.- Consideraciones para la fijación de sueldos y salarios mínimos

Los artículos 33 y 328 de la Constitución consagran la obligación del Estado de asegurar al trabajador el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa y una remuneración justa que cubra sus necesidades y las de su familia.

El artículo 126 del Código del Trabajo establecía, desde antes de la vigencia de la actual Constitución, ciertas consideraciones básicas para la fijación de los sueldos y salarios mínimos, que aunque ya no resultan suficientes conviene mencionarlas; estas son: la satisfacción de las necesidades normales del trabajador como jefe de familia, según las condiciones económicas de la circunscripción territorial; las ramas generales de explotación, en relación con el desgaste de energía biofísica; el rendimiento efectivo del trabajo; y, las sugerencias y motivaciones de los interesados. Ya no son suficientes por cuanto

al tratar el tema salarial es importante considerar también los objetivos estratégicos del trabajo decente, como: A) Principios y derechos fundamentales en el trabajo; B) Oportunidades de empleo y la garantía de un salario adecuado; C) Protección y seguridad social; y D) Diálogo social y tripartismo (<http://www.derechoecuador>. Fecha de acceso 8-X-11).

La obligación de fijar salarios justos se ha materializado parcialmente con la compensación para el salario digno prescrita por el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones.

El objetivo número 6 del Plan Nacional del Buen Vivir 2009-2013 por su parte reza “garantizar el trabajo estable, justo y digno en su diversidad de formas” y entre las políticas y lineamientos para hacer efectivo dicho objetivo encontramos el “promover el pago de remuneraciones justas sin discriminación alguna, propendiendo a la reducción de la brecha entre el costo de la canasta básica y el salario básico” (RO-S 144, 5-III-10).

En la práctica los montos básicos fijados por el CONADES o por el Ministerio de Relaciones Laborales no le permiten al trabajador acceder aún a la canasta familiar básica, por lo que será, entre otras medidas posibles, a través del incremento progresivo del sueldo básico que se vaya cerrando la brecha entre éste y el salario digno.

LECCIÓN 10 OTRAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS DEL EMPLEADOR

Si bien la principal obligación que asume el empleador frente a su trabajador es el pagar de manera oportuna e íntegra la remuneración acordada, que no puede ser inferior al mínimo legal, más todos los componentes que ya quedaron examinados en la lección 9, contrae por el hecho del vínculo laboral otra serie de obligaciones pecuniarias, consten o no en el contrato, que son a las que se refiere la presente lección.

10.1.- Fondo de reserva

10.1.1.- Definición

El fondo de reserva es una especie de ahorro obligatorio, reserva o trabajo capitalizado, cuyo objeto es prevenir las angustias de la falta de salario en cualquiera de las contingencias de la vida del trabajo, tales como la invalidez, la vejez y la muerte (Vela, citado en Viteri, s/f, p.115).

Viteri (s/f, pp. 113 y 115) concuerda con Vela y Trujillo en que el antecedente del fondo de reserva es la Ley de Desahucio de Trabajo de 1928. La referida Ley, con sus posteriores reformas, “vino a disponer que la indemnización del desahucio sea equivalente a dos meses de sueldo o salario, en beneficio de los trabajadores que hubieren prestado sus servicios por más de un año y menos de dos, y un mes de sueldo o salario por cada año, a favor de los trabajadores que hubieren laborado más de dos años”. Según Trujillo (2008, pp. 547-548), el Código del Trabajo promulgado en 1938 “modificó sustancialmente el régimen de las indemnizaciones por despido intempestivo, pero no abandonó la idea que, respecto de los trabajadores que hubieren prestado servicios por más de un año al mismo empleador, tenía el artículo 15 de la Ley de Desahucio de Trabajo de 1928”, y así, para adoptar “el sistema del sobresueldo anual o el año de trece meses”, se instituyó el fondo de reserva.

Actualmente el fondo de reserva se encuentra normado por los Parágrafos 1 y 2 del Capítulo XI del Código del Trabajo, y por la Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado (RO-S 644, 29-VII-09), en los términos que se resumen a continuación.

10.1.2.- Regulaciones

- Equivale a un sueldo por cada año posterior al primero.
- Se mantiene el derecho aun si:
 - la empresa cambia de dueño,
 - se interrumpe la prestación de servicios, y si
 - se reinician las relaciones con el mismo empleador.
- Goza de las mismas garantías que la remuneración.
- No se pierde por ningún motivo.
- Los deudos del trabajador pueden reclamarlo.
- Si para recaudar los fondos de reserva el trabajador tuviere que proponer acción judicial, el empleador deberá pagarlos con el 50% de recargo.

10.1.3.- Forma de pago

- Desde el 29-VII-09 al 28 -VII-12
 - o El afiliado recibe de manera mensual el 8.33% de su sueldo.
 - o El empleador debe depositar mensualmente en el IESS los valores correspondientes al fondo de reserva junto con los aportes, si es que el trabajador lo hubiere solicitado de manera expresa, o por el contrario, debe entregarlo de forma directa al trabajador conjuntamente con la remuneración.

10.1.4.- Retiro del fondo de reserva

- El afiliado podrá retirar sus fondos de reserva, total o parcialmente:
 - o si acredita 36 o más aportaciones acumuladas mensuales;
 - o si estuviere cesante por 2 meses o más;
 - o si hubiere cumplido edad mínima para jubilarse; o,
 - o si durante 2 años, acredita 2 aportes anuales o 24 mensuales por fondos de reserva.

La Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado (RO-S 644, 29-VII-09), implicó una reforma al Código del Trabajo por la cual en el Art. 95, se enuncia entre los rubros que no forman parte de la remuneración, precisamente al pago mensual del fondo de reserva y en el Art. 201 se elimina la posibilidad de que el pago se lo haga de

manera anual. En todo caso cabe advertir que esta reforma es transitoria, por el período de tres años contados a partir de la fecha de promulgación. Durante este tiempo el IESS deberá transferir mensualmente a las cuentas de las entidades financieras registradas por cada afiliado que acredite el derecho o al Banco del IESS, el valor equivalente al 8.33% de un mes de remuneración de aportación por concepto de fondos de reserva, salvo que el afiliado solicite que dicha transferencia no se realice, en cuyo caso esos valores continuarán ingresando a su fondo individual de reserva.

El fondo de reserva no se tomará en cuenta para efectos de los cálculos para los pagos de aportaciones al IESS, así como tampoco para el pago de impuestos, retenciones o deducción alguna. Además, durante el período de dos años contados a partir de la promulgación de la ley, los afiliados que acrediten dos aportes anuales o veinticuatro mensuales por concepto de fondos de reserva, podrán solicitar la entrega de la totalidad o de una parte de sus fondos (Disposiciones Transitorias Primera y Segunda).

El fondo de reserva dejó de ser para los trabajadores un ahorro previsional de largo plazo para convertirse en un fondo de consumo. Sin embargo para los empleadores el pago mensual no implica ningún perjuicio ni aún inconveniente, por el contrario, hay sectores que consideran que la reforma les exige planificar más y mejorar sus ingresos y gastos.

En razón de que la reforma sobre el pago y retiro de los fondos de reserva es transitoria, resulta conveniente mantener, para efectos de referencia y estudio, las disposiciones que estuvieron en vigencia y que eventualmente se seguirán aplicando después de tres años contados desde que entró en vigencia la ley reformativa, es decir después del 28 de julio de 2012.

La forma de pago hasta el 28-VII-09 era de la siguiente manera:

- Trabajador no afiliado: lo recibía directamente de su empleador al término de la relación laboral, con el 6% de interés.
- Trabajador afiliado al IESS: el empleador debía depositar en dicha entidad el total del monto (que correspondía al período 1-VII a 30-VI) hasta el 30-IX de cada año o dividido en cuotas mensuales o semestrales.



- El IESS debía recaudar y transferir dicho valor en forma nominativa a la cuenta individual de ahorro obligatorio del afiliado, que sería administrada por la empresa adjudicataria administradora de fondos previsionales, escogida por el afiliado.

Sin embargo, respecto a esto último mencionado, cabe anotar que en la ley que crea el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (RO-S 587, 11-V-09), se derogaron todas las disposiciones legales, reglamentarias y estatutarias que hacían referencia a las empresas adjudicatarias administradoras de fondos previsionales (Quinta Disposición Derogatoria), por lo que es el Banco del IESS el que actualmente se encuentra administrando tales fondos.

10.1.5.- Evolución de la disponibilidad del fondo de reserva

- Inicial y progresivamente hasta el 29-XI-01
 - o El trabajador percibía el fondo de reserva solo al término de la relación laboral.
 - o Más tarde, el empleador podía conceder préstamos a cargo del fondo de reserva.
 - o Posteriormente se incluyó la posibilidad de retiros:
 - para la adquisición inmuebles o mejoras,
 - para el pago dividendos al IESS, o
 - simplemente cada tres años.
- Desde el 30-XI-01 hasta el 1-VIII-05
 - o El trabajador podía retirar los fondos solo al momento de jubilarse o cuando tuviere al menos la edad mínima para hacerlo
 - o El trabajador tenía derecho a solicitar préstamos colateralizados con el fondo de reserva, a partir de los 5 años.
- Desde el 2-VIII-05 hasta el 28-VII-09
 - o El afiliado podía retirar sus fondos de reserva, total o parcialmente, con intereses:
 - si acreditaba tres o más aportaciones acumuladas anuales;

- si se encontraba cesante por seis meses o más; o,
- si hubiese cumplido la edad mínima de jubilación.

10.2.- Utilidades

La participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa se encuentra regulada por el inciso sexto del Art. 328 de la Constitución, mientras que el Código del Trabajo se ocupa del tema en el Parágrafo 2 del Capítulo VI.

10.2.1.-Definición

Es el derecho de la comunidad de trabajadores de una empresa a percibir una parte de los resultados del proceso económico de producción y distribución de bienes y servicios (De la Cueva, citado en Viteri, s/f, p. 77).

Es el derecho de todos los trabajadores del sector privado, amparados por el Código del Trabajo, a participar en el reparto del 15% de las utilidades líquidas de la empresa en la que laboran.

Para la OIT el reparto de las utilidades a los trabajadores es una forma de remunerarlos y de hacerlos partícipes “en los resultados del proceso económico de la empresa, resultado que viene a ser consecuencia de la contribución de los dos factores del trabajo, empresa y trabajadores, cuyos intereses aunque en muchos aspectos son opuestos, al unirse logran los beneficios que la Ley les obliga a compartir” (Viteri, s/f, pp. 76, 81).

Respecto a los antecedentes de esta institución, el mismo autor sostiene que fue en Francia donde Juan Declaire, pintor de casas, empezó sus planes sociales abonando a sus obreros salarios superiores a los usuales; “a partir de 1842, y hasta su muerte en 1872, aplicó un sistema de participación en los beneficios, no sin vencer inicial resistencia”; sin lugar a dudas, dicha modalidad “representó para el empresario una considerable fortuna; y para sus obreros, una excelente paga”. Sin embargo, hay quienes manifiestan que esta innovación fue implementada por Ricardo Owen en sus propiedades e industrias de Escocia a principios del siglo XIX. “Por esa misma época se cita también el notable ejemplo del Francés Godín, que no sólo concedió iguales beneficios a sus obreros, sino que termina por cederles las fábricas en 1880” (Viteri, s/f, pp. 77).



La actual Constitución ecuatoriana niega a los trabajadores de las empresas en las cuales el Estado tienen aportación mayoritaria, el derecho a seguir participando de las utilidades, mientras que fija límites a los trabajadores de las empresas de explotación de recursos no renovables y reconoce el derecho a participar de las utilidades solo a las personas trabajadoras del sector privado (sexto inciso del Art. 328 de la Constitución). Así, los Arts. 67 de la Ley de Minería (RO-S 517, 29-I-09) y 94 de la Ley de Hidrocarburos (RO 711, 15-XI-78), reformados ambos por la L 00 (RO-S 583, 24-XI-11), prescriben que los trabajadores vinculados a la actividad minera e hidrocarburífera, respectivamente, recibirán el 3% de las utilidades y el 12% restante será pagado al Estado y a los Gobiernos Autónomos Descentralizados que lo destinarán a proyectos de inversión social y de desarrollo territorial de las áreas donde se encuentren los proyectos mineros o hidrocarburíferos. Para los trabajadores de la pequeña minería el porcentaje de participación será del 10% y el 5% restante para el Estado y Gobiernos Autónomos Descentralizados.

El Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, por su parte, establece que las empresas no podrán declarar utilidades repartibles entre sus socios o accionistas mientras existan trabajadores que no hayan percibido al menos el equivalente al valor del salario digno mensual, es decir que antes del referido reparto, se deberá cancelar a los trabajadores una compensación económica obligatoria como aporte para alcanzar el salario digno, en el supuesto de que las remuneraciones de estos hubieren sido inferiores.

10.2.2.- Regulaciones sobre las utilidades

- Se pagan:
 - o hasta el 15-IV de cada año;
 - o en efectivo, y
 - o sobre la base de la declaración del impuesto a la renta correspondiente al ejercicio económico del año anterior.
- Gozan de las mismas garantías que la remuneración.
- No son parte de la remuneración y, por ende, no se las considera para los cálculos de aportes al IESS, fondos de reserva, remuneraciones adicionales ni indemnizaciones.
- Los artesanos están exentos de pagar utilidades.

- Los valores no cobrados se deben depositar (hasta el último día de la fecha de legalización) a la orden del Vice Ministerio de Trabajo o a la del Director Regional del Trabajo.
- Los ex trabajadores podrán cobrar lo que les corresponda en la participación de las utilidades en el plazo de un año contado a partir del depósito realizado por el empleador, de lo contrario el valor correspondiente se remitirá a la Dirección del Trabajo.

De conformidad al Código Laboral los valores debidos por concepto de utilidades no cobradas por los trabajadores deben ser depositados a órdenes del Director Regional del Trabajo en el Banco Central.

- Forman parte de la renta global del contribuyente.
- Las utilidades que le corresponden al trabajador podrán ser canceladas, total o parcialmente, en acciones de la empresa, siempre que esta se encuentre registrada en una Bolsa de Valores (Art. 105 CT reformado por el COPCI).

10.2.3.- Forma de reparto

Diez por ciento (10%)

- Se distribuye según las jornadas de trabajo realizadas y por partes iguales entre los trabajadores.
- Se entrega directamente a cada trabajador.

Cinco por ciento (5%)

- Se distribuye según las cargas familiares.
- Se entrega a través de la asociación mayoritaria de trabajadores.

La forma de reparto de las utilidades se encuentra regulada en el Reglamento pago declaración [sic] decimotercera decimocuarta y utilidades (AM 93, RO 451, 18-V-11), entre cuyas disposiciones cabe destacar las siguientes:

- Para el cálculo del 10% se considerará el tiempo de trabajo, sin realizar diferenciación alguna con el tipo de ocupación del trabajador. La cantidad que debe percibir cada trabajador se obtiene multiplicando el valor del 10% de utilidades, por el tiempo en días que este ha trabajado, dividido para la suma total de días trabajados de todos los trabajadores (Art. 8).

- El cinco por ciento será entregado directamente a los trabajadores de la empresa, en proporción a sus cargas familiares, entendiéndose por estas al cónyuge o conviviente en unión de hecho, los hijos menores de 18 años y los hijos con discapacidad de cualquier edad. (Art. 9).
- En caso de trabajar en la misma empresa los cónyuges o convivientes en unión de hecho, estos deberán ser considerados de manera individual para el pago de participación de utilidades (Art. 10).
- Darán derecho a recibir el porcentaje de participación de utilidades, las cargas del trabajador que sean generadas o se mantengan como tales durante el período fiscal hasta el 31 de diciembre de cada año, de igual forma no generarán derecho aquellas cargas que pierdan la calidad determinada en el Código de Trabajo en el período fiscal antes señalado (Art. 11).
- Cuando no existieren cargas de ningún trabajador, el 5% de participación de utilidades será repartido entre todos sus trabajadores de manera equitativa considerando la proporcionalidad de tiempo trabajado (Art. 12).
- Para el cálculo de participación de utilidades, decimotercera y decimocuarta remuneraciones, se aplicará el periodo de 360 días por año (Primera Disposición General).

10.3.- Jubilación a cargo del empleador

10.3.1.- Definición

La jubilación bien puede ser concebida como:

- un estado personal: es decir como el retiro del trabajo particular o de una función pública, con derecho a percibir una remuneración calculada según los años de servicios y la paga habida.
- un ingreso especial: como el importe que se percibe sin prestación de esfuerzo actual y por la actividad profesional desplegada hasta alcanzar cierta edad o encontrarse en otra situación, como la invalidez, que anticipe tal derecho o compensación (Viteri, s/f, p.139).

Según el mismo Viteri (s/f, p. 139), partiendo de la etimología del término jubilación, que procede del hebreo *yobet* (júbilo), resulta irónico en la mayoría de las veces que quien ha dejado de laborar por su avanzada edad, se encuentre condenado a sufrir estrechez económica en sus últimos años de vida. El tradicional jubileo de los antiguos israelitas, que permitía a los esclavos recuperar su libertad, así como a los propietarios de tierras vendidas retomar sus propiedades, pasó a “la liberación del trabajo tras una larga vida dedicada a una actividad laboral”.

El Código del Trabajo regula la jubilación a cargo del empleador en el Parágrafo 3 del Capítulo XI. Tales regulaciones se resumen a continuación.

10.3.2.- Regulaciones

- El trabajador que haya laborado 25 ó más años a favor del mismo empleador tiene derecho a percibir la jubilación a cargo del empleador. Si hubiere laborado más de 20 años y menos de 25 y fuere despedido intempestivamente, tiene derecho al proporcional.
- Es independiente de la jubilación a cargo del IESS.
- Goza de las mismas garantías que la remuneración.
- Los herederos la perciben por un año más después de la muerte del trabajador que hubiere estado percibiendo la jubilación.
- No forma parte de la renta global del contribuyente.
- Debe pagarse:
 - o por mensualidades;
 - o en moneda de curso legal;
 - o en el lugar de trabajo o en el convenido.
- El trabajador puede pedir al empleador, según la regla 3ra. del Art. 216 del CT:
 - o que le garantice eficazmente el pago;
 - o que deposite en el IESS el capital necesario para que éste le jubile por su cuenta; o

- o que le entregue directamente una suma global: no menor al 50% de la remuneración básica mínima unificada sectorial correspondiente, multiplicada por los años de servicios.

10.3.3.- Cálculo de la pensión jubilar

El haber de la jubilación se conforma por:

- el fondo de reserva (si el trabajador no hubiere sido afiliado al IESS) y,
- el 5% del promedio de los últimos 5 años multiplicado por los años de servicios.

Dicho haber se divide para el coeficiente que corresponda a la edad del trabajador al momento de acogerse a la jubilación, según el Art. 218 del Código del Trabajo; el resultado es la pensión anual que se divide para 12 con el fin de obtener la pensión mensual.

El máximo que puede recibir el ex trabajador por concepto de jubilación a cargo del empleador es el equivalente a un sueldo básico unificado medio del último año.

El mínimo, por el contrario, es de USD 30 si solo recibe jubilación a cargo del empleador y USD 20 si recibe doble jubilación, es decir si recibe adicionalmente la del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

10.4.- Obligaciones pecuniarias adicionales

A más de todas las obligaciones pecuniarias ya comentadas, el empleador tiene que cumplir con las siguientes:

- Aportes al IESS, que por lo general equivale al 11.15% de la remuneración. Desde el primer día de labores el empleador debe afiliarse al trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, independientemente de la modalidad contractual en la que presten los servicios o se ejecute la obra. Como consecuencia de la afiliación el(a) trabajador(a) queda asegurado(a) ante las diversas contingencias como enfermedad, accidente, maternidad o paternidad; de no estar afiliado(a) o de no cumplir con el número mínimo de aportaciones corresponde al empleador responder pecuniariamente.

Conjuntamente con su aporte el empleador debe remitir al IESS el aporte personal del trabajador/a, que para el efecto tiene la obligación de descontar, y que equivale normalmente al 9.35% de la remuneración.

- Compensación por vacaciones, en el supuesto de que la persona trabajadora no llegare a gozar de manera efectiva de las vacaciones a las que tuviera derecho. La compensación equivale a la una veinticuatroava parte de todo lo recibido en el año o el proporcional, según corresponda, calculado en todo caso de conformidad al Art. 95 del Código del Trabajo, es decir considerando todos los componentes de la remuneración.
- Bonificación del 25 % de la última remuneración por cada año de servicio (en caso de desahucio o de despido);
- Indemnizaciones en caso de despido intempestivo, a las que también hay lugar en caso de visto bueno concedido al trabajador, o cuando se liquida la empresa o negocio, y que bien pueden ser las comunes llamadas también generales, o las especiales.
- Compensación para alcanzar el salario digno cuando pese a sumar a la remuneración mensual que percibe el trabajador el decimotercero, el decimocuarto, el fondo de reserva, las utilidades, en caso de tener derecho a ellas, y las comisiones, todos ellos mensualizados, no llega a completar de manera mensual el valor de la canasta familiar dividida para el número de perceptores del hogar.
- Todo beneficio que se haya acordado o conste bien sea en el contrato individual de trabajo, en el contrato colectivo, en el acta transaccional o en el fallo del Tribunal de Conciliación y Arbitraje.

LECCIÓN 11

SUSPENSIÓN DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

El contrato de trabajo por ser de tracto sucesivo está expuesto a ciertas contingencias que pueden provocar la suspensión del mismo. El objeto de esta institución es evitar la terminación de la relación laboral y mantener el vínculo jurídico entre las partes, es decir, no afecta al principio de la estabilidad; tal es así que, superada la causa de la suspensión se reanuda la relación laboral en las condiciones existentes antes de la misma.

11.1.- Definición

Suspensión es el cese temporal de algunas o de todas las obligaciones y prestaciones propias del contrato de trabajo, ante la presencia de ciertas causas o circunstancias fijadas por la ley o estipuladas en el contrato, que permite la subsistencia del vínculo (Ruprecht, citado en Ochoa, 1994, p. 66).

Dicho de otro modo es la paralización del cumplimiento del contrato, cuya consecuencia es la cesación temporal y parcial de algunas obligaciones laborales de las partes.

A partir de lo anotado es posible extraer las características y efectos de la suspensión. Las características son la temporalidad y la subsistencia del vínculo laboral y, por ende, de los derechos y de las garantías del trabajador. Los efectos son varios. Desde el punto de vista del trabajador, en todos los casos queda exento de poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador, pues cesa su obligación de prestar los servicios en los términos convenidos; mientras que para el empleador, si bien se suspende su obligación de recibir y de dar trabajo, subsisten sus otras obligaciones aunque con algunas limitaciones. Según la causa que motiva la suspensión, la obligación del empleador de pagar las remuneraciones puede cesar temporalmente o no; sin embargo, durante la suspensión se mantienen inalterables otras obligaciones del contrato, tales como el deber de buena fe y el de lealtad.

La interrupción es otra figura laboral que presenta consecuencias muy distintas aunque comparte con la suspensión la paralización temporal de la prestación de los servicios por parte del trabajador. En efecto, la interrupción también consiste

en un cese momentáneo de la obligación de trabajar, pero no constituye causa de suspensión. A diferencia de la suspensión, durante la interrupción siempre subsiste la obligación del empleador de pagar la remuneración. Tal es el caso del descanso de hasta dos horas cuando las jornadas son divididas, de los descansos obligatorios, forzosos y anuales así como de los permisos y licencias.

La legislación ecuatoriana aún no ha regulado de forma sistemática la suspensión del contrato individual de trabajo, pese a su trascendencia en el ámbito laboral, así como tampoco ha incorporado otros casos de suspensión, como podría ser la privación de la libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria en firme.

11.2.- Causas de suspensión del contrato individual de trabajo

Antes de revisar las causas parece conveniente señalar que unas son absolutas y otras, en su mayoría, son apenas relativas.

La suspensión es absoluta cuando ambas partes dejan de cumplir sus principales obligaciones contractuales, como por ejemplo en el caso de paro legal; mientras que la relativa es la que suspende los efectos del contrato solo respecto a uno de los contratantes, mientras que el otro debe cumplir con lo estipulado; por ejemplo las suspensiones debidas a causas biológicas.

Existen diferentes causas por las cuales el contrato de trabajo puede suspenderse. El Código del Trabajo, de forma taxativa pero dispersa, enuncia los casos en los que procede la suspensión, pero prohíbe expresamente al empleador sancionar al trabajador con la suspensión del trabajo con el objeto de evitar por una parte, la violación del principio del derecho al trabajo, y por otra, que se prive al trabajador y a su familia de la remuneración, y por ende, del sustento económico.

Las causas de suspensión obedecen a diferentes criterios, así tenemos: las causas biológicas, dentro de las cuales se encuentran los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, las enfermedades no profesionales, así como también la maternidad y la paternidad; las causas político – sociales, que son la huelga y el paro; las físico económicas, que se refieren al caso fortuito y a la fuerza mayor; y otras, como la beca de estudios, la calamidad doméstica, el visto bueno, el desabastecimiento en el contrato de maquilado, el servicio cívico militar y el desempeño de cargos públicos obligatorios.

11.2.1.- Causas biológicas

Las causas biológicas de suspensión del trabajo son las más comunes y se refieren a cuatro situaciones diferentes: riesgos del trabajo, enfermedad no profesional, maternidad y, a partir de la actual Constitución, se incluye también a la paternidad.

11.2.1.1.- Riesgos del trabajo

Dentro de los riesgos a los que se expone el trabajador por el desempeño de sus labores, y que dicen relación a situaciones biológicas son, como ya se enunció anteriormente, al accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

11.2.1.1.1.- Accidente de trabajo

Es todo suceso imprevisto y repentino que ocasiona al trabajador una lesión corporal o perturbación funcional, con ocasión o como consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena (Art. 348 CT).

El trabajador conserva el puesto de trabajo, si es que la suspensión no supera el año.

El accidente de trabajo se encuentra dentro de los hechos que más afectan la capacidad laboral de quienes prestan servicios, y que se han multiplicado a raíz de la era industrial; de allí la necesidad de determinar, por una parte, a quién corresponde la responsabilidad y, por otra, la forma de reparar sus consecuencias. Las teorías que tratan de dar respuestas a estas inquietudes se agrupan en dos grandes corrientes: unas subjetivas, por cuanto solo tienen en cuenta la culpa, ya sea del empleador o del trabajador, y otras, objetivas en la medida en que consideran otros factores propios del medio ambiente industrial (Campos, 1997, pp. 520-527).

Para que el suceso que ocasiona al trabajador una lesión corporal o una perturbación funcional se considere accidente de trabajo, es necesario que acontezca durante el desarrollo de la actividad para la cual ha sido contratado y, por tanto, durante los horarios ordinario, suplementario o extraordinario de labor. Pese a ello, conforme a la teoría del accidente *in itinere*, se estima también accidente de trabajo al que se produce durante los desplazamientos del trabajador entre su domicilio y el lugar de trabajo o viceversa. Dicha teoría fue introducida



en la legislación ecuatoriana por la Ley 133 (RO-S 817, 21-XI-91) y consta en el artículo 368 del Código del Trabajo y en el artículo 156 de la Ley de Seguridad Social (RO-S 465, 30-XI-91). El término “domicilio” empleado por la Ley debe entenderse en la “acepción de casa en que el trabajador habita o se hospeda, por el contexto de la norma y por la doctrina general sobre el *tempus in itinere*, como se conoce a esta institución” (Trujillo, 1992, p. 78).

11.2.1.1.2.- Enfermedad profesional

Es la afección aguda o crónica causada directamente por el ejercicio de la profesión o labor que realiza el trabajador y que produce incapacidad (Art. 349 CT). El trabajador conserva el derecho a retornar a su puesto de trabajo si la incapacidad no supera el año.

Un principio que rige tanto para los accidentes de trabajo como para las enfermedades profesionales consiste en que estos no hayan sido causados intencionalmente por el trabajador. Si la lesión, accidente o enfermedad han sido ocasionados de forma deliberada por el trabajador, conlleva dos consecuencias: la determinación de enfermedad no profesional culpable a su cargo y la exoneración de los auxilios correspondientes ya sea al empleador o a la entidad de seguridad social (Lafont, 1993, p. 567).

En el caso de la suspensión debida a una enfermedad, mientras esta dure, el trabajador tiene derecho a continuar recibiendo su remuneración por parte del IESS o, en su defecto, por parte del empleador. El artículo 85 del Estatuto del IESS (RO-S 431, 07-V-90) regula esta obligación a cargo del referido Instituto, mientras que la obligación subsidiaria del empleador consta en el numeral 19 del artículo 42 del Código del Trabajo.

11.2.1.2.- Enfermedad no profesional

Es cualquier afección a la salud no causada directamente por la labor que el trabajador realiza.

Esta situación se regula por los Arts. 174 nral. 1, 175, 176 y 179 del Código del Trabajo. Suspende el contrato siempre que no exceda de un año. Este derecho caduca si una vez recuperada la salud, el trabajador no regresa al trabajo dentro de los 30 días subsiguientes, o si durante el tiempo de suspensión hubiere estado prestando servicios no ocasionales a otro empleador.

Da derecho al trabajador a recibir una indemnización (acumulable) de 6 meses en caso de no ser recibido a su retorno.

Adicionalmente el empleador debe el 50% de remuneración hasta por dos meses en cada año, en caso de que trabajador no fuera afiliado al IESS.

11.2.1.3.- Embarazo, parto y posparto

La Constitución de la República considera entre las personas de atención prioritaria a las mujeres embarazadas y plasmó la protección a éstas durante el embarazo, incluido el período de lactancia, en sus Arts. 35 y 43; y para proteger adicionalmente los derechos de las personas integrantes de la familia promueve la maternidad y paternidad responsable (Art. 69 numerales 1, 4, y 5).

Por ello, las disposiciones del Código del Trabajo que se ocupan del tema fueron reformadas (RO-S 528, 13-II-09), en atención a los artículos antes citados y particularmente el 332 de la Carta Magna, que como novedad incorpora la licencia por paternidad, así como la licencia por adopción.

La mujer goza de estabilidad y protección especial durante todo el período de embarazo, parto y posparto (Arts. 43 CR, 152 y ss. CT).

El artículo 97 del Estatuto del IESS prescribe, en concordancia con el artículo 105 de la Ley de Seguridad Social, que la trabajadora tiene derecho a exigir asistencia obstétrica necesaria que comprende: la prenatal, la del parto y la del puerperio; un subsidio en dinero por maternidad, durante doce semanas, equivalente al 75% de la última remuneración; y la atención médica integral del niño durante el primer año de vida, con inclusión de la prestación farmacológica y la hospitalización en los casos necesarios. De no estar afiliada la trabajadora podrá exigir, al amparo del artículo 96 de la Ley de Seguridad Social, que el IESS le conceda las prestaciones por maternidad, siempre que haya cumplido las condiciones establecidas en la referida Ley y los reglamentos; todo lo cual, sin perjuicio de la responsabilidad patronal a que haya lugar.

La protección consagrada en el artículo 154 del Código del Trabajo a favor de la mujer durante su embarazo, consistente en la prohibición de despido o desahucio, se extiende hasta el descanso legal posterior al parto.

La mujer trabajadora tiene derecho a una licencia por 12 semanas por el nacimiento de su hijo o hija y a 10 días adicionales por nacimientos múltiples.

La madre adoptiva tiene licencia de 15 días desde que le fuere entregado el niño o la niña legalmente.

Durante toda la licencia la remuneración debe ser cancelada de forma íntegra, de la siguiente manera: 75% a cargo del IESS y 25% a cargo del empleador (Art. 97, lit. b) Estatuto del IESS). De no estar afiliada, el empleador debe cancelar el 100%.

En caso de desahucio o de despido el empleador debe pagar una indemnización especial equivalente a 12 meses de remuneración (Art. 154, inc. 4to.CT), sin perjuicio de las demás a las que tuviere derecho.

11.2.1.4.- Paternidad

El Estado garantiza los derechos reproductivos y protege a madres y padres en el ejercicio de sus obligaciones (Arts. 332 y 69 CR).

El padre tiene derecho a una licencia remunerada por 10 días, y a 5, 8, y 15 días adicionales, respectivamente, por: nacimientos múltiples o cesárea, nacido prematuro o en condiciones de cuidados especiales, nacido con enfermedad (degenerativa, terminal o irreversible o con grado de discapacidad severa).

El padre tendrá derecho a completar la licencia que le hubiera correspondido a la madre de su hijo en caso de fallecimiento de ésta durante el parto o licencia por maternidad.

El padre adoptivo también tiene licencia remunerada por 15 días desde que le fuere entregado el niño o la niña legalmente.

11.2.2.- Causas político-sociales

En la lección 22 se abordan las medidas de acción directa, sin embargo conviene hacer al momento unas muy breves precisiones sobre la huelga y el paro, ambos derechos reconocidos en la Constitución (Art. 326 numeral 14), el primero a las personas trabajadoras organizadas y el segundo a las personas empleadoras, coligadas o no.

11.2.2.1.- Huelga

Es la suspensión colectiva del trabajo declarada y ejecutada por los trabajadores coligados.

Según el Parágrafo 1, Capítulo II, Título V del Código del Trabajo, sus efectos son que:

- los trabajadores no laboran;
- el empleador debe pagar la remuneración al término de la huelga legal por todo el tiempo que ésta haya durado; y
- los contratos no terminan.

La huelga constituye una de las causas político-sociales de suspensión del contrato de trabajo que consiste en la paralización total o parcial de las actividades laborales, por parte de los trabajadores, con el objetivo de mejorar sus condiciones de trabajo. Este mecanismo de presión contra el empleador tiene diversos efectos según se trate de una huelga legal, ilegal, solidaria o ilícita, es decir, según se la declare o no en los casos y en la forma prevista en la ley, sea en respaldo de otras huelgas legales, o degeneren en actos violentos en contra de los bienes o persona del empleador, respectivamente.

11.2.2.2.- Paro

Es la suspensión del trabajo resuelta por un empleador o empleadores coligados o no.

Según el Parágrafo 2, Capítulo II, Título V del Código del Trabajo, sus efectos son que:

- los trabajadores no laboran;
- el empleador no paga las remuneraciones; y
- los contratos de trabajo no terminan.

La ley reconoce a los empleadores, coligados o no, el derecho a declararse en paro, aun cuando sus fines son completamente diferentes a la huelga por lo que no podría decirse en estricto sentido de que se trata de una medida correlativa a esta última.



Para que el empleador pueda suspender totalmente los contratos de trabajo y, consecuentemente, dejar de pagar las remuneraciones durante el tiempo que dure dicha suspensión, debe solicitar autorización para el paro, el mismo que sólo procede en la forma y en los casos previstos en la ley. En la práctica, esta causa político-social de suspensión del contrato de trabajo se encuentra en desuso, ya que los empleadores disponen de otros medios más efectivos para defender sus intereses clasistas, como son, por ejemplo, las cámaras de empresarios sujetas a leyes especiales.

11.2.3.- Causas físico-económicas

La suspensión del contrato de trabajo por las causas físico-económicas son el caso fortuito y la fuerza mayor. Camacho (citado en Guerrero y otros, 1986, p. 119) sostiene que el caso fortuito indica la imprevisibilidad de un acontecimiento, mientras que la fuerza mayor indica la irresistibilidad. La suspensión del contrato por estas causales exige que la imposibilidad absoluta de cumplir las obligaciones laborales no comprenda un período excesivo, que se produzca de forma imprevista y sin culpa atribuible a las partes.

Cabanellas (1997b, pp. 65 y 174) en su Diccionario Jurídico Elemental define al **caso fortuito** como el suceso inopinado que no se puede prever ni resistir; y a la **fuerza mayor** como el acontecimiento que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido resistirse.

El Derecho Ecuatoriano del Trabajo no ha desarrollado una teoría propia de la fuerza mayor o caso fortuito, para regular la terminación del contrato individual de trabajo por causas económicas, como: recesión, reconversión de las empresas, cierre de mercados, etc. Y tan solo, caben tanto los hechos de la naturaleza, cuanto los atribuibles a la persona humana, como es la decisión de autoridad o *facta principis*.

En cambio, para la suspensión del contrato individual son causas suficientes la fuerza mayor y el caso fortuito en la acepción común al Derecho del Trabajo y al Derecho Civil, y las causas económicas, ajenas a la voluntad del empleador, por lo tanto, puede acogerse al Art. 60 o al Art. 531 del Código del Trabajo (Trujillo, 2008, p. 299).

Así pues, las causas accidentales, imprevistas de fuerza mayor o de otro motivo ajeno a la voluntad de empleadores y trabajadores, pueden dar lugar a bien a la

jornada de recuperación prevista en el Art. 60 del Código del Trabajo, o bien a la declaratoria de paro por parte del empleador en los casos del Art. 531 del mismo cuerpo normativo.

11.2.4.- Otras causas

11.2.4.1.- Beca de estudios

- El trabajador tiene derecho a un permiso de hasta por un año para realizar estudios en materia relacionada con su trabajo si tiene más de 5 años de actividad laboral y al menos 2 años en la empresa.
- Mantiene el derecho a la remuneración hasta por seis meses, y queda obligado, a su retorno, a laborar en la empresa por lo menos 2 años.
- El empleador está obligado a conceder el permiso si cuenta con 15 ó más trabajadores, y si el número de becarios no excede del 2% del total, de conformidad al nral. 27 del Art. 42 del Código del Trabajo.

El derecho aquí reconocido a los trabajadores obedece a la necesidad de éstos de acceder a una constante capacitación y perfeccionamiento, cualquiera sea el campo de actividad en que se desenvuelvan, necesidad que es compartida también por empleadores y cualquier persona en general, con cada vez mayor razón ahora en que la llamada sociedad de la información y del conocimiento y el vertiginoso desarrollo de la tecnología, hacen que tanto equipos como los conocimientos mismos queden obsoletos en muy corto tiempo.

En los casos en los que el trabajador se acoge a este derecho se acostumbra suscribir un convenio en el que se fijan las condiciones de la suspensión y de los beneficios, fundamentalmente económicos, así como el compromiso del trabajador de retornar a prestar sus servicios por un tiempo no inferior a dos años como lo establece la Ley, o a un tiempo igual al que se fue becado, así como las consecuencias en caso de incumplimiento, como podrían ser por ejemplo, entre otras, que el trabajador devuelva los valores recibidos por parte del empleador.



11.2.4.2.- Calamidad doméstica

- Se produce esta situación como resultado del fallecimiento del cónyuge, conviviente en unión de hecho o de los parientes del trabajador/a dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad.
- Da derecho a una licencia remunerada por tres días, según el nral. 30 del Art. 42 del Código del Trabajo.

11.2.4.3.- Servicio cívico militar

El Art. 174 del Código del Trabajo impide al empleador dar por terminado el contrato de trabajo en caso de ausencia del trabajador motivada en el servicio militar, y pese a que desde la Constitución de 2008 el servicio militar es un servicio cívico facultativo (Art. 161 CR), se ha mantenido inalterable la disposición del Código Laboral, lo que seguramente se mantendrá a futuro como una forma de respaldar a los trabajadores que opten patrióticamente por servir a su patria.

Obviamente que en el supuesto que estamos comentando la ausencia del trabajador da lugar a la suspensión del contrato hasta que aquel obtenga la licencia militar. Sin embargo en caso de que se prolongare la ausencia por un mes o más contado desde el fecha en que haya obtenido la referida licencia, se entenderá terminado el contrato, salvo el caso de enfermedad; de ser así se descontará el tiempo de la enfermedad del plazo estipulado para la duración del contrato.

El empleador debe sin embargo cubrir la remuneración de los tres primeros meses de suspensión motivada por el servicio militar en los porcentajes del 100%, 50% y 25%, respectivamente. Trujillo al respecto nos dice que “en estos casos, es no solo de justicia, sino deber patriótico el que el empleador contribuya con el pago de la remuneración y con la devolución del empleo, a quienes han debido abandonarlo por cumplir deberes superiores, aun con riesgo de su vida” (Trujillo, 2008. p. 291).

Corresponde al IESS, en cambio, responder por el fondo de reserva y los aportes al término de la conscripción, si el trabajador fuere afiliado por más de un año.

11.2.4.4.- Trámite de visto bueno

El empleador al solicitar el visto bueno al inspector del trabajo para dar por terminadas las relaciones laborales con su trabajador, y siempre que consigne el valor de la remuneración equivalente a un mes, tiene la facultad de pedir la suspensión de las labores durante el tiempo que dure el trámite (Art. 622 CT).

La consignación del valor de la remuneración de un mes es para ser entregada al trabajador en caso de que se niegue el visto bueno; y en tal caso el empleador debe reintegrar al trabajador a su puesto, so pena de incurrir en despido intempestivo.

Si por el contrario se concediere el visto bueno solicitado, la terminación del contrato se retrotrae a la fecha en que se suspendió al trabajador en sus labores y se restituyen los valores consignados al empleador.

11.2.4.5.- Desabastecimiento en contrato de maquila

El contrato de maquila es el convenio en virtud del cual una persona se compromete a prestar sus servicios lícitos y personales por un tiempo menor o igual al de duración del contrato de maquilado, bajo las órdenes y dependencia de una maquiladora calificada y autorizada, por una remuneración fijada por el convenio, la costumbre o la ley (Arts. 29-42 de la Ley de Maquila y Régimen de Contratación Parcial).

Esta Ley prescribe que procede la suspensión si se produjere desabastecimiento por causas ajenas a la voluntad del empleador, siempre que existiere acuerdo previo entre las partes; caso contrario, tienen libertad de dar por terminado el contrato de trabajo.

Esta suspensión no es remunerada y requiere de autorización del Inspector del Trabajo, caso contrario se considera despido intempestivo.

11.2.4.6.- Desempeño de cargo público obligatorio

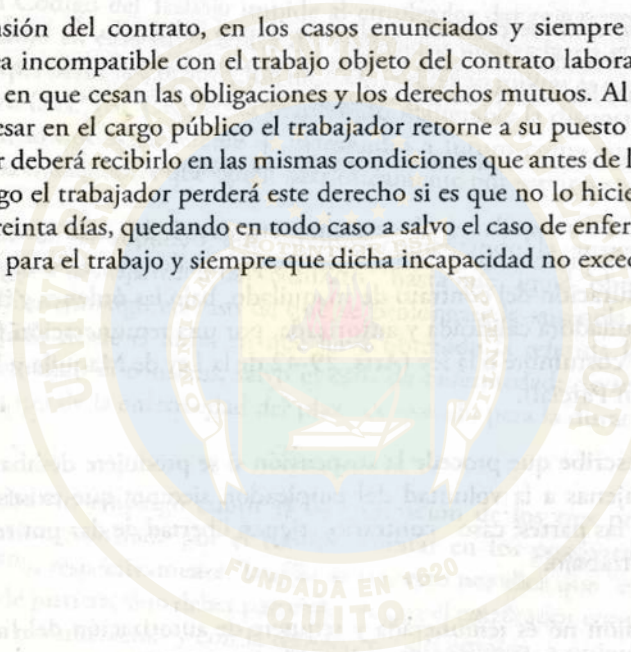
El Art. 174 del Código del Trabajo impone a los empleadores la obligación de conservar el puesto de trabajo a aquellos trabajadores que se ausentaren para desempeñar cargos públicos obligatorios; disposición que en todo caso ha caído en desuso.

Trujillo al respecto nos alecciona indicando que:

Los ciudadanos que fueren elegidos, mediante sufragio universal, para un cargo público, como Presidente y Vicepresidente de la República, diputado, prefecto y consejeros provinciales, alcalde y concejales, no pueden renunciar a esos cargos, ni excusarse sino solo por causas señaladas en la ley y, por esto, se habla de cargos públicos obligatorios.

Son igualmente obligatorios los cargos para integrar los tribunales electorales y las juntas receptoras del voto (Trujillo, 2008, p. 292).

La suspensión del contrato, en los casos enunciados y siempre que el cargo público sea incompatible con el trabajo objeto del contrato laboral, es total, en la medida en que cesan las obligaciones y los derechos mutuos. Al momento en que por cesar en el cargo público el trabajador retorne a su puesto de trabajo, el empleador deberá recibirlo en las mismas condiciones que antes de la suspensión, sin embargo el trabajador perderá este derecho si es que no lo hiciere dentro del plazo de treinta días, quedando en todo caso a salvo el caso de enfermedad que le incapacite para el trabajo y siempre que dicha incapacidad no exceda de un año.



LECCIÓN 12

TERMINACIÓN DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

12.1.- Definición

La terminación del contrato de trabajo puede sencillamente definirse como el fin de la relación laboral dependiente y remunerada cuyo efecto inmediato es cesar la obligación del trabajador de prestar sus servicios mientras que impone al empleador la obligación de liquidar a aquél los haberes correspondientes.

En consideración a que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo tarde o temprano emerge uno de los momentos más trascendentales de la relación jurídica: la terminación del vínculo que une al trabajador con su empleador. En la doctrina esta institución ha recibido diferentes denominaciones. La legislación ecuatoriana se refiere a “terminación” mientras que algunos autores, según sostiene Domingo Campos (1997, p. 235), hablan de nulidad (para significar que el acto o contrato carece de validez o de eficacia jurídica), rescisión (para aquellos actos válidos pero injustos), disolución (para designar el fenómeno por el cual se desata o desune el vínculo) o resolución (término utilizado para referirse al “acto jurídico que deja sin efecto un contrato válidamente concretado”. Según Sagués, es la reducción a la nada de un contrato. Cerillo-Quílez hace una diferencia entre resolución contractual y otros conceptos próximos de invalidez de las convenciones o declaraciones de voluntad que las crean. La voz francesa *résiliation* no está reconocida por la Real Academia Española de la Lengua; sin embargo, es comúnmente utilizada para referirse a la revocación de un contrato, invalidación o anulación (Cabanellas, 1997a, p. 188).

La terminación del contrato acarrea consecuencias de diferente índole. Desde el punto de vista jurídico, esta figura extingue la relación entre los contratantes y según sea la forma en que se produce, sus efectos serán variados. Desde un ángulo económico la separación del trabajo afecta a los ingresos del trabajador y de su familia, ya que deja de percibir una, o la única, fuente de ingresos junto con las otras ventajas económicas derivadas de la durabilidad del contrato de trabajo (tales como fondo de reserva y subsidios específicos concedidos por ciertas empresas), así como la expectativa de recibir a futuro la jubilación a cargo del empleador y bonificaciones de conformidad a tiempo de servicios).

La terminación del contrato de trabajo genera también otros efectos negativos. Por un lado, el trabajador se ve obligado a cambiar de lugar de trabajo y hasta de ocupación, lo cual genera frustración, desánimo, depresión e incluso disminución de la eficiencia en el trabajo, al menos hasta habituarse a las nuevas actividades laborales. Por otro lado, resulta evidente la gravedad de las consecuencias en el evento de que el trabajador no encuentre rápidamente un nuevo empleo, situación recurrente en países como el Ecuador que presentan altas tasas de desocupación.

12.2.- Causas de terminación

Las causales enunciadas en el Art. 169 del Código del Trabajo, podemos clasificarlas en tres grandes categorías, así:

12.2.1.- Por voluntad de ambas partes

Dentro del primer grupo están las causas legalmente previstas en el contrato, como el plazo, la conclusión de la obra y la ejecución del servicio; y el mutuo acuerdo, este último que puede darse en cualquier momento de la relación laboral en la que las partes decidan ponerle término.

Pese a que las partes desde un inicio de la relación laboral pueden pactar la duración de la misma, y por ello se podría sostener que el plazo como forma de terminación de contrato se debe a la voluntad de ambas partes, el solo vencimiento del plazo no pone término al contrato, sino que la parte que quisiera darlo por terminado deberá notificar a la otra, por intermedio del inspector del trabajo, observando el trámite y los plazos previstos en la ley para que opere el desahucio, por lo que se la ubica dentro de las causas de terminación unilateral.

12.2.2.- Por causas ajenas a la voluntad de las partes

Dentro de este segundo grupo se encuentran la muerte del trabajador, toda vez que se trata de un contrato *intuitu personae*; la muerte o incapacidad del empleador o la extinción de la persona jurídica, pero solo en el supuesto de que no hubiere sucesor o representante, respectivamente, que continúe; y, el caso fortuito y la fuerza mayor, que por ser sucesos que no pueden prevenirse ni resistirse, hacen imposible la continuidad de la relación laboral.

12.2.3.- Causas por voluntad unilateral

Si bien el contrato surge del acuerdo de las partes, es posible darlo por terminado cuando una de las dos ya no quiera continuar con la relación, primero porque nadie está obligado a mantenerse vinculado por un contrato contra su voluntad, y segundo por cuanto es de esperar de que el contrato concluya al término del plazo acordado, mediante el desahucio, o bien puede concluir la relación laboral cuando se presenten causas que ameriten poner término al contrato por el incumplimiento de la otra parte, a través de visto bueno por ejemplo; o, en fin, cuando sin mediar desahucio ni trámite de visto bueno el empleador o el trabajador da intempestivamente terminado el contrato de manera ilegal, configurando el despido o el abandono, respectivamente.

12.2.3.1.- Desahucio

12.2.3.1.1. Definición

El desahucio es un acto jurídico unilateral, por medio del cual cualquiera de las partes vinculadas por un contrato individual de trabajo comunica a la otra su decisión de dar por terminado tal vínculo. De allí que resulte útil para entender su naturaleza el tomar en consideración el significado de su denominación: quitar a alguien toda esperanza de conseguir lo que desea (RAE, 2001), esto es, quitar toda esperanza al trabajador mantener su empleo, y al empleador de continuar beneficiándose de los servicios del trabajador.

El Código del Trabajo ecuatoriano en su Art. 184 lo define simplemente como el aviso que una de las partes da a la otra respecto de su voluntad de dar por terminada la relación laboral.

Se debe presentar con una anticipación mínima de 30 días al vencimiento del plazo si es pedido por el empleador y de 15 días si es pedido por el trabajador.

El aviso anticipado tiene como propósito “evitar que el trabajador se encuentre bruscamente sin su trabajo o que, el empleador se quede sin su prestador de servicios produciendo en uno y otro caso consecuencias de índole social; esto es, la desocupación o la baja de la producción en su orden” (Ochoa, 1994, p. 181).



12.2.3.1.2.- Casos en que procede o no el desahucio

- Solicitado por el empleador el desahucio procede:
 - o solo en contrato a plazo fijo; y,
 - o en caso de liquidación del negocio.
- Solicitado por el trabajador procede
 - o en contrato a plazo fijo, o
 - o en contrato indefinido.

El artículo 184 del Código del Trabajo, antes de las reformas introducidas por la Ley 133 (RO-S 817, 21-XI-91), contemplaba como segundo inciso uno que decía: “Cuando no se ha fijado plazo para la duración del contrato, ninguna de las partes puede hacerlo cesar sino en virtud de desahucio, con anticipación de un mes, por lo menos, por parte del empleador y de quince días por parte del trabajador”. Por la derogatoria del referido inciso, el empleador ya no tiene la facultad de desahuciar al trabajador en contratos a plazo indefinido, sino solo en los contratos a plazo fijo.

El desahucio por el contrario no procede:

- Cuando existen garantías especiales de estabilidad.
- De manera simultánea en un período de 30 días:
 - o a más de 2 trabajadores si hay 20 o menos, y
 - o a más de 5 trabajadores si hay mayor número (Art. 186 CT).

Es preciso advertir que la imposibilidad de desahuciar en los casos en que el o la trabajadora se encuentra amparado/a por una estabilidad especial, requiere una profunda revisión, en la medida en que ésta se entendía antes de las reformas de 1991, cuando el empleador podía desahuciar tanto en los contratos a plazo fijo como en los indefinidos. Era entonces plenamente justificable prohibir el desahucio de trabajadores/as con quienes ya se tenía una relación laboral indefinida, en momentos que se encontraban frente a situaciones tales como con licencia por enfermedad o maternidad, ya que a claras luces podía entenderse que era para evadir el empleador los inconvenientes y costos que suponen cubrir simultáneamente las remuneraciones del trabajador/a durante la suspensión y las de su remplazo. Sin embargo, desde que sólo es factible para el

empleador desahuciar en los contratos a plazo fijo, debería analizarse si acaso la prohibición de desahuciar debe mantenerse sin ninguna distinción, toda vez que pudiera cuestionarse si la decisión del empleador se debe o no a la contingencia presentada, es decir si verdaderamente es lo que motiva la pretensión de dar por terminada la relación de trabajo, o si acaso es independiente de ella, como sería en la generalidad de las veces el cumplir con el plazo mutuamente acordado, lo cual no causaría agravio alguno. Lo que resulta definitivamente inadmisibles, y de allí justificable la prohibición, es que se pretenda utilizar la figura del desahucio como represalia, discriminación o simplemente como mecanismo para evitar el pago de los beneficios económicos y laborales que la ley ha previsto como forma de protección al trabajador/a que se encuentra en especiales situaciones que le impiden cumplir con normalidad las labores para las cuales se comprometió.

Por último cabe indicar que en virtud de que el objetivo del desahucio es anticipar que el contrato del trabajo va a terminar, no se requiere tramitarlo en aquellos contratos que por su propia naturaleza no gozan de estabilidad alguna, concretamente en los siguientes supuestos:

- En contratos precarios (cuyas duraciones fluctúan entre un máximo de 30 y de 180 días):
 - o ocasionales,
 - o eventuales,
 - o de temporada.
- En el contrato por obra cierta si no es habitual.
- Durante el período de prueba, en el que cualquiera de las partes puede dar libremente terminado el contrato sin necesidad de formalidad no trámite alguno.

2.2.3.1.3.- Trámite del desahucio

El trámite de desahucio es muy sencillo y ágil. La solicitud debe ser firmada por un profesional abogado y presentada con una anticipación mínima de 30 o de 15 días, según sea el empleador o el trabajador, respectivamente, quien lo solicite. La terminación no es causal, es decir, no requiere justificar motivo alguno sino la manifestación de la simple voluntad unilateral de dar por terminado el contrato en el plazo estipulado en el caso del empleador o simplemente después de que transcurran los 15 días en el caso del trabajador. El empleador deberá probar que

el contrato es a plazo adjuntando copia del mismo debidamente registrado en la Unidad de Actas y Contratos del Ministerio de Relaciones Laborales. Los pasos a seguir se resumen a continuación:

- Presentación de la solicitud por cualquiera de las partes de una relación laboral:
 - o dirigida al Inspector del Trabajo,
 - o acompañada del certificado de cumplimiento de obligaciones conferido por el IESS y copia del contrato registrado, cuando lo solicita el empleador.
- Notificación a la otra parte por intermedio del Inspector del Trabajo.
- Consignación de la liquidación por parte del empleador dentro de los treinta días contados a partir de la presentación de la solicitud (2do inc. Art. 185).

12.2.3.1.4.- Efectos del desahucio

- Termina la relación laboral al vencimiento del plazo estipulado en el contrato, a solicitud de cualquiera de las partes, tramitada legalmente, es decir ante el inspector del trabajo y con la anticipación de 30 o 15 días según haya sido solicitado por el empleador o el trabajador, respectivamente, o transcurridos los 15 días cuando lo ha solicitado el trabajador en el contrato indefinido.
- Da derecho al trabajador a percibir la bonificación del 25% de la última remuneración por cada año de servicio.
- Exime al empleador del pago de las indemnizaciones, excepto en el caso de liquidación del negocio (Art. 193 CT).

El Art. 193 del Código del Trabajo presenta una situación un tanto *sui generis* y además, aparentemente contradictoria, que se refiere al caso de liquidación de la empresa, en que se condena al empleador, según lo dispuesto en el segundo inciso, al pago de las indemnizaciones y de la bonificación por desahucio, como si se tratara de un despido intempestivo cualquiera, sin considerar que esta terminación pudiera deberse a casos fortuitos o fuerza mayor que exigen al

empleador optar por una decisión tan extrema como concluir con sus actividades empresariales o comerciales, o bien como resultado de una orden de autoridad competente, o como lo que sucede al momento en el país, en donde por Decreto Ejecutivo 813 (RO-S 536, 16-IX-11) se deben cerrar las casas de juego de azar y casinos. Esta incongruencia es resultado de haber agregado, por medio de la Ley 133 (RO-S 817, 21-XI-91) el actual inciso segundo. Antes de la reforma se entendía que se configuraba el despido intempestivo solo en el supuesto de que la empresa reabriera en el transcurso de un año, y no readmitiera a los trabajadores en las mismas condiciones que antes del cierre o de la liquidación del negocio. Ahora no habría justificación para que los trabajadores, pese a haber sido indemnizados, mantengan el derecho a retornar a sus puestos de trabajo en el caso de que la empresa o negocio reabra en el transcurso del año, ya que si bien esta disposición pretende sancionar a empleadores inescrupulosos y evitar simulaciones y fraudulentos cierres o quiebras de negocios en perjuicio de los trabajadores, no se puede sancionar dos veces por lo mismo.

12.2.3.2.- Visto bueno

12.2.3.2.1.- Definición

Es la resolución del Inspector del Trabajo que califica de legal(es) la(s) causal(es) invocada(s) por el peticionario (trabajador o empleador) para dar por terminada la relación laboral.

Si bien la terminología de visto bueno es propia de la legislación ecuatoriana, es lo que equivale en la doctrina y en el derecho comparado al despido legal o causal cuando es el empleador el que pone término al contrato basado en un visto bueno concedido por la autoridad administrativa del trabajo; o despido indirecto cuando la relación laboral termina por decisión del trabajador basado en la resolución administrativa que le concede el visto bueno.

12.2.3.2.2.- Causales para solicitar el visto bueno

Los motivos por las que se puede solicitar el visto bueno versan sobre incumplimientos de las obligaciones básicas de los contratantes; es decir en términos generales se puede solicitar cuando las partes faltan a su obligación de respeto mutuo; cuando el trabajador deja de asistir puntual y regularmente a sus labores o no se sujeta a las órdenes y disposiciones emanadas de su empleador o del reglamento interno; o cuando, por su parte, el empleador deja de pagar



íntegra y oportunamente la remuneración debida o exige ejecutar una labor distinta de la convenida.

Las causales por las cuales tanto el empleador como el trabajador pueden solicitar el visto bueno, se encuentran taxativamente enunciadas en los Arts. 172 y 173, respectivamente, del Código del Trabajo.

Así pues en el Art. 172 encontramos que el empleador puede solicitar el visto bueno ya concretamente, por faltas repetidas e injustificadas de asistencia o de puntualidad del trabajador en un período mensual de labor o abandono por más de tres días consecutivos; por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos; por falta de probidad o conducta inmoral; por injurias graves; por ineptitud manifiesta; por denuncia injustificada contra el empleador respecto de sus obligaciones en el Seguro Social; y, por no acatar las medidas de seguridad, prevención e higiene.

El trabajador en cambio solo puede invocar las siguientes causales: injurias graves (en perfecta reciprocidad de la causal por la que el empleador puede dar por terminado el contrato previo visto bueno, por cuanto se deben mutuamente respeto, más allá de que exista de por medio una relación de subordinación del uno frente al otro); disminución, falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración (por cuanto es la principal obligación del empleador, correlativa a la del trabajador de prestar sus servicios o ejecutar la obra en los términos del contrato, con la intensidad, esmero y cuidados apropiados, en la forma tiempo y lugar convenidos); y, por exigir el empleador que el trabajador realice una labor diferente a la convenida. Respecto a esta última causal cabe advertir que se ha estimado que no es propiamente la misma situación que la del Art. 192 en la que se considera despido intempestivo el cambio de ocupación no aceptado por el trabajador; el Art. 173 nral. 3 se refiere a una exigencia, mientras que el Art. 192 menciona un cambio de ocupación ya consumado. En todo caso la Corte Suprema de Justicia resolvió que no es necesario el visto bueno previo para que el trabajador tenga derecho a reclamar las indemnizaciones por despido intempestivo en el supuesto del Art. 192.

12.2.3.2.3.- Trámite de visto bueno

El trámite del visto, que se lo realiza ante la autoridad administrativa del trabajo resulta muy expedito, sobre todo si se lo compara con el trámite judicial. Los pasos a seguir son:



- Presentación de la solicitud por parte del empleador o del trabajador:
 - o dirigida al Inspector del Trabajo:
 - con fundamentos de hecho y de derecho (causales);
 - o acompañada de:
 - cédula de ciudadanía o de identidad del peticionario;
 - nombramiento y RUC del empleador (persona jurídica);
 - certificado de cumplimiento de obligaciones conferido por el IESS, cuando es el empleador quien lo solicita; y
 - o con firma de abogado.
- Notificación a la parte contraria (en 24 horas):
 - o acompañada de la providencia y copia de la solicitud;
 - o en la que se concede dos días para contestar.
- Contestación (dos días).
- Investigación en el lugar de trabajo.
- Resolución del Inspector del Trabajo:
 - o en tres días,
 - o en la que concede o niega el visto bueno para dar por terminada la relación laboral.

Si bien el Código del Trabajo no establece ninguna formalidad para la elaboración y presentación de la solicitud de visto bueno, en la práctica ésta reúne los requisitos básicos de una demanda, a saber: la determinación de la autoridad ante quien se la presenta, los nombres completos del peticionario, así como los de la persona contra quien se presenta y el lugar en dónde debe notificársele y, obviamente los fundamentos de hecho y de derecho, que vienen a ser la exposición de los motivos en los que se basa la pretensión y la base legal. De conformidad a la ley el trámite debería ser sumamente ágil, si bien no se indica cuál es el tiempo máximo que ha de mediar entre la contestación y la investigación que debe realizarse en el lugar de trabajo. En la práctica el trámite total se demora varias semanas, al punto de que ya existen pronunciamientos judiciales que han declarado ilegal el visto bueno concedido por la autoridad del trabajo de manera extemporánea, habiendo entendido como extemporánea cuando excede de treinta días, que es precisamente el tiempo que cubre la



consignación que debe hacer el empleador cuando solicita la suspensión de la relación laboral mientras se tramita el visto bueno.

12.2.3.2.4.- Efectos del visto bueno

Los efectos del visto bueno dependerán según la parte que lo haya solicitado así como también si es concedido o negado por el inspector del trabajo.

- Si se concede el visto bueno solicitado por el empleador, significa que éste está facultado para dar por terminada la relación laboral, quedando exento de pagar las indemnizaciones que hubieran correspondido en caso de despido, lo que resulta ser la razón principal para optar por este trámite en lugar de actuar de manera intempestiva. Si el empleador hubiere solicitado adicionalmente la suspensión de labores, y consecuentemente hubiera consignado el valor equivalente a un mes de remuneración, tendrá derecho a que se le devuelva dicha cantidad, toda vez que la terminación se retrotrae a la fecha de la presentación de la solicitud y el trabajador pierde el derecho a cobrar la remuneración por todo el tiempo que haya estado suspendido durante el trámite de visto bueno.
- Si por el contrario el visto bueno se le concede al trabajador, ello le permite dar legalmente por terminada la relación laboral con su empleador y ser indemnizado, ya que según la doctrina esta figura viene a ser un despido indirecto.
- Si el inspector niega al término del trámite respectivo el visto bueno solicitado por el empleador, la relación laboral debe continuar, sin perjuicio de quedarle a salvo el derecho, al empleador inconforme con la resolución, a reclamar por la vía judicial. El trabajador en cambio tiene derecho a retornar a su puesto de trabajo y a cobrar la remuneración consignada en caso de que se hubiera dado paso a la suspensión del contrato a pedido del empleador.
- Si se le niega el visto bueno al trabajador la relación laboral debe continuar, sin perjuicio de que pueda acudir a la vía judicial para demandar la terminación del contrato del contrato.

12.2.3.3.- Despido intempestivo

12.2.3.3.1.- Definición

Es la privación de ocupación, empleo, actividad o trabajo; la ruptura o disolución del contrato o relación de trabajo por voluntad unilateral del empleador o empresario, que da derecho a una indemnización (Cabanellas, 1997b, p. 128). El despido intempestivo consiste pues en la terminación brusca del contrato de trabajo. No se trata simplemente de una terminación sin causa, ya que sobradas razones podría tener el empleador para dar por terminado el vínculo laboral en determinadas circunstancias o situaciones, como por ejemplo podría ser una violenta riña con su trabajador, o el cometimiento por parte de éste de un delito que ponga en riesgo la seguridad y el prestigio de la empresa, y sin embargo ser ilegal la terminación. Se trata de un cese arbitrario, es decir, sin observancia de trámite legal alguno, como por ejemplo el de visto bueno que sí es causal, por el que evita el empleador el pago de las consecuentes indemnizaciones.

Esta figura jurídica no consta entre las causales de terminación del contrato individual de trabajo que enuncia el Código de la materia (Art. 169) por tratarse precisamente de una terminación ilegal, arbitraria, unilateral, que afecta el derecho fundamental que tiene todo trabajador de conservar su puesto de trabajo como medio de subsistencia personal y familiar, por lo que la Ley se ocupa solo de regular sus efectos, que son meramente indemnizatorios.

El propósito de las indemnizaciones es, a más de resarcir en algo el perjuicio causado y permitirle al trabajador cesante contar con ciertos recursos mientras se procura una nueva fuente de ingresos para su sustento y el de su familia, disuadir al empleador de utilizar tal medida.

Si bien el trabajo es un derecho fundamental de los trabajadores protegido por la Constitución y Convenios Internacionales, y como tal intangible e irrenunciable, no es menos cierto que los empleadores gozan de la facultad de dirección y de administración, que en ocasiones les puede conducir, por las más variadas razones no imputables a aquellos, o aun por necesidad, a reducir el personal de la empresa, por lo que ante la falta de causales legales para dar por terminado el contrato (aunque las enunciadas en el Art. 172 del Código del Trabajo no las agotan), no les queda sino el camino del despido, aun cuando ello conlleve la condena al pago de indemnizaciones como ya queda enunciado.

12.2.3.3.2.- Situaciones que configuran el despido

No es necesario para hablar de despido que el empleador de manera viciada exija al trabajador retirarse de su puesto de trabajo, sino que son muchas las situaciones, algunas incluso muy sutiles, configuran el despido como por ejemplo:

- terminar el contrato a pesar de haber notificado al trabajador con el desahucio pero con una anticipación menor a los treinta días;
- desahuciar a trabajadores en un número mayor al permitido;
- dejar de proporcionar o reducir los materiales al trabajador;
- cambiar al trabajador de ocupación sin su consentimiento, siempre que éste lo reclame dentro de los 60 días posteriores;
- sancionar al trabajador con la suspensión del contrato;
- terminar el contrato sin haber tramitado legalmente el desahucio;
- terminar el contrato amparado en una solicitud de desahucio sin haber consignado el empleador la liquidación y la bonificación, según lo exige el Art. 185 del Código del Trabajo;
- no llamar al trabajador para laborar en una nueva temporada;
- no recibir al trabajador a su retorno de una licencia legal, en el menos las mismas condiciones laborales existentes antes de una suspensión del contrato;
- terminar el contrato basado en alguna causal pero si haber tramitado de manera previa el visto bueno conforme a la ley.

En definitiva estamos frente a un despido intempestivo siempre que empleador de por terminado un contrato de trabajo de manera ilegal.

12.2.3.3.3.- Indemnizaciones por despido intempestivo

Se entiende por indemnización el resarcimiento económico del daño o perjuicio causado; en general, reparación, compensación, satisfacción (Cabanellas, 1997b, p. 202). Y esto es lo que debe el empleador al trabajador en procura de reparar el daño causado por el despido intempestivo.

12.2.3.3.1.- Comunes o generales

Para determinar las indemnizaciones a las que tiene derecho el trabajador despedido es preciso considerar de manera previa si el contrato es a plazo fijo o indefinido.

Si el contrato es a plazo fijo la ley le confiere al trabajador la facultad de escoger entre la indemnización propia del contrato a plazo fijo que equivale al 50% del total de las remuneraciones que el trabajador hubiera recibido de completar el plazo, o bien la indemnización que corresponde al contrato por tiempo indefinido, según lo que más le convenga.

La indemnización que corresponde pagar en los contratos indefinidos es la siguiente: si el trabajador no hubiere completado los tres años de servicio, recibirá el equivalente a tres meses de remuneración, y a partir del cuarto año la indemnización será de una remuneración por cada año, advirtiéndose que la fracción de año se considerará para este efecto como año completo. En caso de contratos indefinidos el trabajador no tiene la opción de escoger entre las indemnizaciones ya señaladas, sino únicamente tendrá derecho a las que corresponden propiamente a los contratos indefinidos.

También resulta oportuno recordar que para el cálculo de las indemnizaciones a las que tenga derecho el trabajador la remuneración se la considerará con todos sus componentes de conformidad al Art. 95 del Código del Trabajo.

El monto máximo establecido para las indemnizaciones es de 25 meses de remuneración según el artículo 188 del Código del Trabajo; mientras que las instituciones del sector público que se enuncian en el Art. 2 del Mandato Constituyente No. 2, deberán observar lo prescrito en el inciso segundo del Art. 1 del Mandato Constituyente No. 4 que establece que las indemnizaciones por despido intempestivo, entiéndase para los trabajadores sujetos al Código del Trabajo, acordadas en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito o cualquier otra forma de acuerdo o bajo cualquier denominación, que estipule el pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de relaciones individuales de trabajo, bajo la figura de despido intempestivo, no podrán ser superiores a trescientos (300) salarios básicos unificados del trabajador privado. Además agrega que ninguna autoridad, juez o tribunal podrá declarar como derecho adquirido, ni ordenar el pago de una

indemnización por terminación de relaciones laborales, bajo la figura de despido intempestivo por un monto superior a los 300 salarios básicos unificados.

Los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público, con excepción del perteneciente a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional, tendrán derecho a una indemnización por supresión de partida, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación que, de conformidad al Art. 8 del Mandato 4, será de hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total.

De conformidad a la Ley Orgánica del Servicio Público, los servidores públicos no tendrían derecho a reclamar ninguna indemnización en caso de ser cesados de sus puestos como consecuencia del sumario administrativo correspondiente.

12.2.3.3.2.- Especiales

A más de las indemnizaciones ya señaladas el Código del Trabajo ha previsto algunas indemnizaciones especiales para ciertas circunstancias.

- **Dirigencia sindical:** el dirigente sindical que fuere despedido tiene derecho al equivalente a 12 meses de remuneración por concepto de indemnización, de conformidad al Art. 187 del Código del Trabajo. Ello se debe a la necesidad de precautelar el ejercicio del derecho de asociación, al punto que tal resarcimiento es sin perjuicio de que el dirigente continúe en el desempeño de sus funciones hasta completar el período para el cual fue elegido. La indemnización debe dividirse en partes iguales entre el trabajador despedido y la organización sindical a la que el dirigente despedido pertenezca, salvo que la asociación resuelva lo contrario.
- **Contrato colectivo:** a través de la negociación colectiva es que los trabajadores mejoran sus condiciones de trabajo e incrementan sus derechos como por ejemplo, mayores indemnizaciones en caso de despidos intempestivos. Tales indemnizaciones serán acumulables a las generales, siempre que la ley o el contrato individual o colectivo lo dispongan de manera expresa, según resolución de la Corte Nacional de Justicia de fecha 30-VI-09 (RO 650, 6-VIII-09).

Con el afán de garantizar a los trabajadores de manera efectiva el derecho a negociar libre de presiones el contrato colectivo, los trabajadores estables o permanentes desde el momento que presentan el proyecto del contrato no pueden ser objeto de despido ni de desahucio, porque caso contrario el empleador deberá indemnizarles con el equivalente a la remuneración de 12 meses, sin perjuicio de las generales que establece el Código del Trabajo u otras adicionales previstas en otros instrumentos, como bien podría ser, y que es lo más común, en el propio contrato colectivo cuando lo que se tramita es la revisión del mismo, y por ende existe uno aún vigente (Art. 233 CT).

- **Enfermedad:** el empleador no puede dar por terminado el contrato de trabajo por incapacidad temporal para el trabajo proveniente de una enfermedad no profesional del trabajador, mientras no exceda de un año, siempre que no se trate de los contratos que se encuentran exentos de estabilidad según el Art. 14, de conformidad a los Arts. 174 y 179 del Código Laboral, porque caso contrario quedará obligado al pago de una indemnización especial equivalente a 6 meses de remuneración.
- **Embarazo:** la mujer durante todo el periodo de embarazo y durante la licencia por parto y post parto, no puede ser objeto de despido ni de desahucio, ya que caso contrario se le deberá reconocer una indemnización adicional equivalente a 12 meses de remuneración es decir, sin perjuicio de las demás a las que tuviere derecho de conformidad con la ley y el contrato colectivo, en caso de que exista (Art. 154 CT).
- **Constitución de una asociación sindical:** los trabajadores desde el momento que notifican al inspector de trabajo que se han reunido con el propósito de conformar una asociación profesional de trabajadores, quedan protegidos con una estabilidad especial que impide que puedan ser despedidos o desahuciados hasta que se integre la primera directiva (aun cuando no hayan concurrido a la asamblea constitutiva), es decir, hasta que se concluya el trámite de constitución (Arts. 452 y 455 CT); en caso de inobservancia el empleador deberá indemnizar a cada trabajador despedido con el valor de 12 meses de remuneración.

En todos estos casos de despido procede acumular la bonificación del 25% de la última remuneración por cada año de servicio (Art. 188 CT).

- **Aprendizaje:** de conformidad al Art. 164 del Código del Trabajo el aprendiz puede justificadamente dar por terminado el contrato de trabajo en caso de que el empleado incumpla sus obligaciones, detalladas en el Art. 161 del mismo cuerpo legal, o si el empleador o sus familiares tratasen de inducirle a cometer un acto ilícito o contrario a las buenas costumbres. En ambos casos tendrá el aprendiz derecho a que se le abone un mes de salario.
- **Obra cierta y a destajo:** a más del proporcional de la parte ejecutada, el trabajador tendrá derecho a que se le pague un tanto por ciento de recargo que fijará la autoridad que conozca del asunto, en el supuesto de que el empleador no cumpliera el contrato o lo interrumpiera (Art. 194 CT).

12.2.3.4.- Abandono intempestivo

12.2.3.4.1.- Definición

Es la actitud unilateral tomada por el trabajador que consiste en dejar de concurrir al trabajo, sin previo aviso y sin causa justificada (Chávez de Barrera, 1990, p. 152).

El abandono es un retiro voluntario de la prestación de servicios, por el cual el trabajador deja su puesto laboral sin haber tramitado el visto bueno de manera previa, sin dejar reemplazo aceptado por el empleador, o simplemente sin haber llegado a ningún acuerdo con este último, o en fin, cuando se dan el resto de situaciones que configuran abandono, que se resumen en cualquier forma ilegal de terminación de la relación laboral.

Esta acción arbitraria causa perjuicio al empleador en la medida en que le impide tomar las precauciones debidas ante la salida de un trabajador, y es por ello que se justifica el que se condene a éste al pago de indemnizaciones, aún cuando lógicamente las cuantías de las mismas no se compadezcan con las que debe pagar el empleador en caso de despido intempestivo, ni tampoco subsanan el eventual perjuicio causado al empleador.

12.2.3.4.2.- Situaciones que configuran el abandono

Al igual que en el caso de despido intempestivo, son muy variadas las circunstancias que configuran el abandono del trabajo, ya que no se trata, como

podría pensarse, solamente en la salida intempestiva del trabajador de su puesto de trabajo, sino también:

- terminar el contrato con causa, pero sin visto bueno;
- no asistir injustificadamente al trabajo por más de tres días consecutivos;
- terminar el contrato sin desahucio;
- no reincorporarse inmediatamente después de superada cualquier causa de suspensión del contrato; y,
- en general, terminar, el contrato de manera ilegal.

12.2.3.4.3.- Indemnizaciones por abandono

El monto de las indemnizaciones se determina por la modalidad del contrato, así como lo ya dicho a propósito del despido intempestivo. Así, si el contrato es a plazo indefinido el trabajador que abandonare su trabajado deberá abonar a su empleador el valor equivalente a 15 días de remuneración.

Si por el contrario el contrato fuera a plazo fijo deberá pagar el equivalente al 25% de la remuneración que falte para completar plazo estipulado.

Si el trabajador o artesano incumple sus obligaciones en contratos por obra o a destajo, debe pagar al empleador o contratista las indemnizaciones señaladas en los artículos 195 y 295 del Código del Trabajo. Ambas normas determinan la rebaja del uno por ciento del valor de la obra contratada por cada día de retraso, pero el primero contempla también la posibilidad de que la autoridad de trabajo respectiva compela al trabajador a cumplir la obra.

LECCIÓN 13

PROCEDIMIENTO PARA SUSTANCiar LOS CONFLICTOS LABORALES INDIVIDUALES

13.1.- Tutela judicial y garantías constitucionales

En toda relación interpersonal tarde o temprano afloran diferencias, realidad de la que no se escapa la relación laboral en donde por lo general el conflicto se suscita por la oposición de intereses: mientras que el empleador pretende la mayor utilidad al menor costo, los trabajadores, por su parte, aspiran las mejores condiciones de trabajo, con los mayores ingresos y beneficios, y de ser posible con el menor esfuerzo. Se suscitan conflictos individuales cuando por ejemplo el trabajador es despedido sin justa causa y reclama a su empleador por ello las debidas indemnizaciones, frente a la imposibilidad de retornar a su puesto de trabajo.

Ante estas frecuentes situaciones en que se pone en evidencia particularmente la vulnerabilidad del trabajador, aun cuando no son pocos los casos en que pueda ser perjudicado también el empleador, era imperativo que el legislador se ocupara de regular tales conflictos, que de por sí, tienen una naturaleza muy *sui generis*, con el propósito de garantizar la debida y oportuna tutela judicial.

Por el principio de la tutela judicial efectiva de los derechos, consagrado en el Art. 75 de la Constitución

la función judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, y los méritos del proceso (Art. 23 COFJ).



Por ello de manera preliminar nos remitimos a las disposiciones constitucionales que se refieren a los principios que rigen el ejercicio de los derechos, para de inmediato enunciar, dentro de los derechos de protección, al derecho de acceso gratuito a la justicia, a la tutela efectiva y a las garantías del debido proceso, todo ello dentro del marco legal laboral que nos ocupa.

En el Art. 11 de la Constitución se consagran los siguientes principios:

- Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.
- Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.
- Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.
- El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.
- Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.
- Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

- Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.
- Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.
- En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.
- Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.
- El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.
- El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.
- Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.
- El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.
- El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.



- El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.
- El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

El Art. 75 de la norma suprema por su parte proclama que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley; mientras que el Art. 76 se refiere a las garantías constitucionales para el debido proceso en todo trámite en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier índole, entiéndase también el laboral, en lo que fueren aplicables.

13.2.- Conflicto laboral individual

13.2.1.- Definición

Siguiendo a Cabanellas (1997b, p. 85) podemos afirmar que conflicto es toda oposición de intereses; choque o colisión de derechos o pretensiones.

Ya concretamente en la relación laboral individual, se habla de conflicto de trabajo cuando una de las partes considera que la otra ha lesionado sus derechos o ha incumplido sus obligaciones, por lo que presenta su denuncia o deduce su acción para que sus reclamos sean resueltos por las autoridades administrativas o los jueces y tribunales competentes (Chávez, 1990, p. 184).

Podemos añadir que conflicto laboral o de trabajo “es toda oposición ocasional de intereses, pretensiones o actitudes entre un patrono o varios empresarios, de una parte, y uno o más trabajadores a su servicio, por otra, siempre que se origine en el trabajo y pretenda solución más o menos coactiva sobre el opuesto sector” (Cabanellas, 2001, pp. 244-245), es decir que pueden ser de la más variada índole, desde cualquier discrepancia sobre los términos o condiciones del contrato laboral individual, hasta los reclamos por una terminación injustificada del mismo, e incluso manifestaciones violentas como las que podrían darse, ya en



el ámbito colectivo del trabajo, en las medidas de acción directa como la huelga o el paro.

Lo que en el Derecho Laboral se denomina conflicto, casi de manera exclusiva y excluyente, es lo que en el Derecho Común se denomina pleito, como sinónimo de litigio o juicio (Castorena, citado en Cabanellas, 2001, p. 245); a lo que Cabanellas (2001, p. 245) agrega que en el Derecho Civil la idea de pleito necesariamente implica la intervención del Poder judicial, mientras que el conflicto laboral se “desenvuelve en la esfera económica directa con los empresarios o, de complicarse, en el ámbito de la política social que exige la intervención del Poder ejecutivo, e incluso la del legislativo, para elevar a ley alguna aspiración de los trabajadores”; aun cuando aclara que no resulta “incompatible un conflicto de trabajo con la actuación judicial” ya que ésta podría darse en casos de “acciones civiles de resarcimiento, de las laborales por despidos y otras demandas, y hasta penales derivadas de sabotajes, ocupaciones ilegales y aún homicidios o lesiones en el curso de choques motivados por antagonismos de trabajo”.

13.3.- Competencia para la resolución de los conflictos laborales individuales

Ante la presencia de un conflicto laboral individual la parte que se creyera perjudicada y asistida del derecho puede escoger entre acudir a la vía administrativa, a la judicial, o a uno de los métodos alternativos de solución de conflictos.

- Vía administrativa: inspectores y directores regionales del trabajo, para denuncias y reclamaciones que pueden presentar tanto los trabajadores como los empleadores. Tales autoridades tienen la facultad de imponer multas de hasta cincuenta y doscientos dólares, respectivamente, en caso de incumplimiento. Tanto los inspectores como los directores regionales procuran solucionar las controversias laborales de manera directa, para lo cual citan a pedido de una de las partes a la otra. Ante los inspectores además se tramitan las solicitudes de desahucio y de visto bueno para dar por terminadas las relaciones laborales.
- Justicia ordinaria: a cargo de los jueces del trabajo que tienen jurisdicción provincial, y de cuya sentencia se puede apelar para ante la Corte Provincial.
- Medios alternativos: mediación, conciliación y arbitraje, que se regulan por la Ley de Arbitraje y Mediación (RO 145, 04-IX-97) (ver lección 21).



Al suscitarse entonces un conflicto de trabajo por la terminación del contrato individual de trabajo o en general, por el incumplimiento grave de las obligaciones contractuales por cualquiera de las partes, éstas pueden acudir, a las autoridades competentes, ya sea en la vía administrativa, para presentar reclamos o para tramitar el visto bueno o el desahucio de ser procedente, o bien en la vía judicial. No es requisito agotar la vía administrativa para acceder a la judicial.

Existe la posibilidad también de someterse a uno de los medios alternativos de solución de conflictos, aún cuando hay cierta resistencia a los mismos, particularmente a la mediación y a la conciliación laboral, por cuanto el común de las personas, sobre todo trabajadoras, considera que en ellos se pueden vulnerar los derechos laborales, en razón de que en los acuerdos se podrían fácilmente desatender a los principios de la irrenunciabilidad y de la intangibilidad a pretexto de llegar a un rápido arreglo que ponga fin al conflicto.

Los trámites administrativos quedaron ya enunciados en la lección 12 al tratar el desahucio y el visto bueno; corresponde en ésta abordar el trámite judicial por el que se sustancian los conflictos individuales de trabajo.

13.4.- Procedimiento oral laboral

El Art. 18 del Código Orgánico de la Función Judicial declara que:

el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

El sistema oral es aquel que se realiza mediante audiencias, en donde prima el diálogo entre los involucrados y en donde se hace efectiva la inmediación; por lo que implica un cambio conceptual frente al proceso escrito tradicional, por cuanto la sede del juzgado pasa a ser un sitio en donde se realiza el proceso en forma viva, activa y dialéctica, con la presencia de las partes y el juzgador y ya no un simple lugar de presentación de escritos (Cueva, 2006, p. 13).

Este procedimiento se está incorporando paulatinamente al ordenamiento jurídico ecuatoriano para dar cumplimiento al mandato constitucional de 1998, contenido en el artículo 194, que hoy corresponde al artículo 168 numeral 6.

No obstante, este sistema tiene un origen muy antiguo. En efecto, se desarrolló en Europa durante el Medioevo y posteriormente fue acogido en los Estados Unidos de Norteamérica donde incluso se lo consideró como un sistema propio. En el Ecuador, ya en la Constitución de 1945, se consagró el procedimiento oral de una manera muy incipiente al establecer que las leyes procesales deberán propender a la simplificación y eficacia de los trámites, adoptando en lo posible el sistema verbal (Art. 93).

El procedimiento oral permite la cabal aplicación de los principios procesales de inmediación, concentración, celeridad, economía procesal y publicidad, entre otros. El juez interactúa directamente con las partes del proceso, quienes adquieren un papel verdaderamente activo, lo cual favorece al conocimiento profundo de la causa y las posibilidades de arreglo.

13.4.1.- Etapas del procedimiento oral

Los pasos procesales a seguir se pueden resumir en cuatro, a saber: una etapa preliminar o previa, seguida por dos audiencias orales (una preliminar expositiva y una segunda y definitiva probatoria); una tercera etapa que sería la resolutoria con la expedición de la sentencia, para concluir con la etapa de impugnación y trámite de recursos.

13.4.1.1.- Presentación de la demanda

La demanda es “el escrito por el cual el actor o demandante ejercita en juicio civil [entiéndase también laboral] una o varias acciones o entabla recurso en la jurisdicción contenciosa administrativa” (Cabanellas, 1997, p. 117). Puede ser verbal o escrita y debe reunir los requisitos que establece el Código de Procedimiento Civil. Puede además ser conjunta, esto es, ser presentada por varios trabajadores de un mismo empleador. Para que el juez proceda a calificarla, debe previamente haberse realizado el sorteo para que avoque legalmente conocimiento de la misma. El juez deberá pronunciarse en el término de dos días declarando si la demanda es clara y reúne los requisitos de ley; de no ser así podrá ordenar que el actor la complete o aclare en el término de tres días. Posteriormente ordenará que se cite con una copia de la demanda al demandado y convocará a las partes a la audiencia preliminar de conciliación, en la que el juez procurará que las partes lleguen a un acuerdo que ponga fin al conflicto.



13.4.1.2.- Calificación, citación y convocatoria a la audiencia preliminar de conciliación

El juez a quien corresponda por sorteo el conocimiento de la causa tiene dos días para calificarla, es decir, declarar si es clara y completa, o por el contrario si debe ser aclarada o completada.

De darse lo primero procede a citar a la parte demandada dentro el término de 5 días en el lugar en que para el efecto se haya indicado en la propia demanda, que es la forma en que el juez hace conocer al demandado las pretensiones del actor.

En la misma providencia se convoca a la audiencia preliminar de conciliación la misma que deberá llevarse a cabo en 20 días posteriores a la calificación de la demanda.

13.4.1.3.- Audiencia preliminar de conciliación

Las partes deberán comparecer para la audiencia preliminar de conciliación en el día y hora indicados en la primera providencia del juez. Sin embargo podría diferirse una sola vez para realizarse dentro de cinco días siguientes, siempre que sea a pedido conjunto de las partes.

El nuevo procedimiento oral exige que el juez, en primer lugar, busque personalmente la conciliación entre las partes mediante el planteamiento de propuestas tendientes a la solución del conflicto. Esta exigencia requiere mayor capacitación de los jueces en aspectos relativos a las técnicas de mediación y al sistema oral procesal. Así queda atrás la antigua posición de los jueces de limitarse a ser “fríos observadores de los hechos”. Actualmente, estos actúan con mayor libertad en su objetivo de lograr soluciones adecuadas y oportunas y, con ello, evitan que los litigios se retarden innecesariamente (Vásquez, 2004, p. 272).

De llegarse a un acuerdo, o bien en caso de allanamiento, el juez procede a dictar sentencia que pone fin al conflicto.

Por el contrario, de no llegar las partes a un acuerdo en la audiencia preliminar el demandado procede a contestar la demanda de manera oral pudiendo incluso reconvenir al actor. La reconvención es la demanda que realiza el demandado o, dicho en otras palabras, es la reclamación judicial que formula la parte demandada al actor al momento de contestar la pretensión de éste, ante

el mismo juez y en el mismo juicio (Cabanellas, 1997b, p. 341). En el caso del procedimiento laboral ecuatoriano la reconvencción procede solo si ésta es conexa, es decir, si está vinculada con la misma relación jurídica. Por tanto, la reconvencción deberá ser consecuencia de la prestación del servicio, como podría ser que el empleador, demandado por indemnizaciones por concepto de despido intempestivo, reconvenga al trabajador por pago indebido de recargos por horas suplementarias y extraordinarias.

En la misma audiencia se señala día y hora para la práctica de pruebas, las mismas que deberán realizarse en 20 días, en caso de que las partes las solicitaran fundadamente; también se presentan las pruebas documentales; y finalmente se convoca a la audiencia definitiva de conciliación que deberá llevarse a cabo en un máximo 20 días.

13.4.1.4.- Audiencia definitiva

Esta audiencia es pública y es el momento procesal en el que las partes presentan pruebas y declaraciones de testigos.

El juez es quien, en ejercicio de la potestad judicial preside la audiencia a la que deben asistir las partes y sus respectivos abogados y, de ser el caso, comparecerán también los testigos que fueren a rendir declaraciones. El literal e) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución, que se refiere a la garantías para la defensa, dispone que ninguna persona podrá ser interrogada, ni aun con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad oficial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados, por lo que carecería de eficacia cualquier prueba obtenida o actuada con violación a la Constitución o la ley, y en general se podría afirmar lo mismo de cualquier diligencia judicial, pre-procesal o administrativa que no cumpla con este precepto (Art. 76 nral. 4).

El juez debe participar activamente “para cerciorarse de que las pruebas solicitadas sean procedentes, vinculadas con los hechos litigiosos y necesarias para el esclarecimiento de aquellos”. Durante la audiencia debe estar muy atento, ya que puede disponer la práctica de pruebas que considere pertinentes para esclarecer los hechos en el evento de que las partes omitieran alguna prueba sustancial (Páez, 2004a, p. 92). De esta manera, el juez puede fundamentar adecuadamente su resolución y, con ello, cumplir la disposición del literal l) del ya referido numeral 7 del Art. 76 de la Carta Fundamental.



Una de las pruebas en materia laboral es el juramento deferido, llamado también decisorio; es aquel que “pide una de las partes a la otra, obligándole a pasar por lo que ésta jure, con el objeto de terminar así sus diferencias” (Cabanellas, 1997b, p. 219). En el caso de la legislación laboral ecuatoriana, dicha figura solo se admite ante la imposibilidad de probar por otros medios, el tiempo de servicios y la remuneración pactada, es decir que no sirve para probar la existencia de la relación laboral, con la única excepción prevista en el Art. 20 del Código del Trabajo, que permite al adolescente probar mediante juramento deferido la existencia de la relación laboral, cuando no se haya celebrado el contrato por escrito.

Andrés Páez (2004a, pp. 110-111) estima que es en este momento procesal, es decir, en la audiencia definitiva, cuando “se verifica a plenitud el principio de inmediación”, ya que se actúan una serie de pruebas en presencia del juzgador, tales como la testimonial, la confesión judicial y el juramento deferido. Hasta antes de la implementación del procedimiento oral, en el juicio verbal sumario, las declaraciones de testigos se hacían “sin ninguna garantía ni para el preguntante, ni para los declarantes y, por lo general, sin la presencia ni del juez ni de los litigantes”; lo mismo sucedía con la confesión y con el juramento deferido; distorsiones y aberraciones que, según palabras del mismo autor, han sido erradicadas a través del procedimiento oral. De lo dicho se desprende que este sistema exige también mayor preparación a los abogados, pues deberán examinar cuidadosamente “el contenido de las declaraciones para poder formular sus preguntas y repreguntas de modo que cobren fuerza sus argumentos frente al juez”.

Como en cualquier otra clase de procedimiento, los testigos y peritos están obligados a comparecer ante el juez y a responder al interrogatorio respectivo, en tanto que las partes tienen derecho de acceder a los documentos relacionados con tal procedimiento de conformidad a los literales j) y d), respectivamente, del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución. Con ello se aspira a que la prueba testimonial deje de ser tan corrupta como ha sido en el pasado, por los tristemente célebres testaferros. Los artículos 207 a 241 del Código de Procedimiento Civil, relativos a la prueba testimonial, son aplicables al procedimiento oral.

Es la oportunidad para presentar alegatos en Derecho. Éstos son un valioso instrumento con el que cuentan los abogados de las partes para cumplir diversos fines, como los siguientes:

...destacar los hechos más sobresalientes del proceso; relieves los argumentos en que se apoya la demanda o la defensa; precisar la consonancia entre las normas legales y los argumentos presentados durante el juicio; enfatizar en el valor probatorio de las actuaciones procesales; descartar la fuerza probatoria de la prueba actuada por la parte contraria y redargüir de ella; y, sintetizar y concatenar todo lo anterior, en el marco de la estrategia procesal definida, para darle sustento a la acción, a la pretensión o a la defensa (Páez, 2004a, p. 112).

Se debe dejar constancia de todo lo actuado en esta audiencia en actas sumarias.

13.4.1.5.- Sentencia

La palabra sentencia procede del latín *sintiendo* que equivale precisamente a sintiendo en español, por cuanto ella expresa “lo que piensa u opina quien dicta”. Es por la sentencia que se conoce cuál es la “decisión que legítimamente dicta el juez competente, juzgando de acuerdo con su opinión y según la ley o norma aplicable” (Cabanellas, 1997b, p. 363).

De conformidad al Art. 583 del Código del Trabajo el juez deberá dictar su sentencia, en la que resolverá todas las excepciones dilatorias y perentorias, en el término de 10 días contados a partir de la conclusión de la audiencia definitiva. En caso de incumplimiento el juez a cargo del proceso será sancionado con una multa equivalente al 2,5% de su remuneración mensual por cada día de retraso.

13.4.1.6.- Apelación

Apelación es “el recurso que la parte, cuando se considera agraviada por la resolución de un juez o tribunal, eleva a una autoridad judicial superior, para que, con el consentimiento de la cuestión debatida, revoque, modifique o anule la resolución apelada” (Cabanellas, 1997b, p. 35).

El recurso de apelación debe interponerse en el término de tres días. La Corte Provincial resolverá, en el término de veinte días, por los méritos de lo actuado aunque puede disponer de oficio la práctica de diligencias que estime pertinentes.

Según los artículos 584 y 609 del Código del Trabajo, el recurso de apelación se concede únicamente de la providencia que niegue el trámite oral o de la sentencia cuando la cuantía del juicio determinada por el actor sea superior a un



mil dólares americanos (USD 1000) o cuando se rechace total o parcialmente la demanda.

13.4.1.7.- Aclaración o ampliación

La sentencia puede ser aclarada o ampliada por el mismo juez o tribunal que la expidió para “puntualizar o precisar algún aspecto o resolver una omisión secundaria en sentencia oscura o ambigua por algún concepto o que dé lugar a dudas” (Cabanellas, 1997b, pp. 20-21). Tanto la aclaración como la ampliación se pueden solicitar al juez o tribunal, según corresponda y deben despacharse en el término de tres días.

14.4.2.- Características del procedimiento oral

Hasta antes de la implementación del juicio oral laboral las causas laborales se sustanciaban a través del juicio verbal sumario regulado por el Código de Procedimiento Civil, procedimiento que no resultaba verbal ni sumario, ya que con excepción de la contestación a la demanda que se daba en la audiencia de conciliación, todo lo demás era por escrito, y los juicios demoraban alrededor de tres años en primera instancia.

Desde el año 2003 se encuentra en vigencia un nuevo trámite que sin duda resulta mucho más expedito, aunque no tanto como sería de esperar, el cual, al decir de Andrés Páez, tiene las características que se enuncian a continuación:

- asegura la inmediación a través del contacto directo entre sujetos procesales y medios de prueba;
- permite mayor eficacia en el diálogo;
- evita la corrupción, en el sentido que da transparencia; y,
- reduce costos y tiempo (Páez, 2004a, p. 34).

Las características enunciadas, y que no son las únicas, se explican por sí mismas, y son, entre otras, las razones de ser del cualquier procedimiento oral, en que las partes deben verse cara a cara y el juez asumir su verdadero rol, dejando atrás aquel de lejano y frío espectador.

Lo que en esencia caracteriza al juicio oral laboral es: “la introducción de la doble audiencia; el período de prueba difuso; la disminución del tiempo de duración del juicio; la determinación de los problemas laborales que deben solucionarse

en juicio oral y la especial protección jurídica del juez del trabajo” (Cueva, 2006, p. 78).

13.4.3.- Principios procesales

Los principales principios procesales son los de concentración, inmediación, publicidad, celeridad, contradicción, libre convicción y del debido proceso (Páez, 2004, pp. 34-38). Luis Cueva, quien coincide con los primeros cuatro ya enunciados, agrega los principios de economía procesal, gratuidad, igualdad, inversión de la carga de la prueba y el principio dispositivo, entre otros (Cueva, 2006, pp. 60-72).

Principio de concentración.- “Consiste en la realización de todos los actos del proceso en un número reducido de audiencias que no dejan escapar los hechos, las pruebas, las alegaciones, los fundamentos y los informes”, lo que “simplifica las actuaciones procesales y a la vez garantiza la celeridad de los casos” (Páez, 2004a, p. 34).

Principio de inmediación.- Por el cual el actor y el demandado se vinculan de manera directa con el juzgador, lo que le permite observar por sí mismo y así arribar a un conocimiento de la verdad a partir de la fuente directa. Consiste en la obligatoriedad para el juez de practicar o ejecutar presencialmente las diligencias procesales, lo que le permitirá percibir de manera directa y más genuina la conducta y actitud de las partes, los testigos y demás participantes en el proceso, y así lograr mayor certeza al momento de resolver (Hernández, 2005, pp. 102-103). Cueva lo expresa de la siguiente manera:

por el principio de inmediación el juez trabaja junto a las partes, en contacto personal, procesal y en constante relación dialéctica; actúa directamente con ella y con todos los que intervienen, tales como peritos, testigos, etc. La inmediación le permite acceder directamente a las fuentes de información y de prueba procesal y co-actuar con todos los actores del proceso. En la práctica procesal la inmediación se manifiesta en la recepción de toda la prueba por quien debe decidir la causa, en forma directa; esto le proporciona un mejor nivel de conocimiento y le facilita la formulación y el desarrollo de los diversos juicios axiológicos para adoptar una decisión justa, acorde con la realidad; además, posibilita la sucesión continua de producción, discusión y valoración de las pruebas, lo que le confiere al proceso mayor técnica y seguridad (Cueva, 2006, pp. 56-57).



Principio de publicidad.- Por medio de cual las partes procesales tienen libre acceso a las actuaciones procesales en cualquier momento, y más aun, la ciudadanía puede presenciar las audiencias, toda vez que los juicios son públicos, convirtiéndose así en fiscalizadores de la administración de justicia.

Principio de celeridad.- Por el que se exige que los juicios sean ágiles para dar una solución a las partes en conflicto en el menor tiempo posible, lo que se deriva del principio de inmediación, razón por la cual el retraso injustificado en la administración de justicia se sanciona de conformidad con la ley.

La administración de justicia debe ser rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido. Por tanto en todas las materias una vez iniciado un proceso, las juezas y los jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo que la ley disponga lo contrario (Art. 20 COFJ).

Principio de contradicción.- Implica la posibilidad que tienen las partes de presentar pruebas y contrapruebas, y deriva a su vez de otro principio que dice que nadie puede ser condenado sin ser antes oído.

Principio de libre convicción.- Por el que se le da la libertad, aunque limitada, al juzgador para valorar la prueba y solicitarlas aun de oficio, sin estar sujeto a tarifas rígidas.

Principio del debido proceso.- Por el que se exige la observancia de las normas y garantías básicas consagradas en la Constitución, comenzando por el principio de que toda persona tiene derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses según el Art. 75, seguidas por las garantías básicas enunciadas en el del Art 76, que aun cuando en su mayoría se refieren al sistema procesal penal, hay varias disposiciones perfectamente aplicables a los procesos judiciales en general y por ende al laboral, como por ejemplo que se debe juzgar conforme a leyes preexistentes y respetando el trámite propio (nral. 3); que nadie puede ser privado del derecho de defensa (nral. 7 lit. a); ninguna persona podrá ser distraída de su juez competente (nral. 7 lit. k); las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna (nral. 4), entre otras.



Principio de economía procesal.- “Tiende a evitar el excesivo gasto de tiempo, energía y dinero”, por lo que “el juicio oral contribuye a que este principio tenga realización procesal plena” (Cueva, 2006, p. 72).

Principio de gratuidad.- Tanto los trabajadores como los empleadores tienen libre acceso a la jurisdicción laboral en todas las instancias sin requerir el pago de ninguna tasa judicial.

Principio de igualdad de partes en el proceso.- “Significa conceder a todas [las partes] los mismos derechos, posibilidades y cargas; por lo tanto, no es admisible la existencia de privilegios, a favor de alguna de ellas” (Cueva, 2006, p. 69).

Principio de la inversión de la carga de la prueba.- Cuando se habla de la inversión de la carga de la prueba es necesario comenzar por aclarar que el principio general en el Derecho Común es que la carga de la prueba corresponde al actor, esto es que debe probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en su demanda y que ha negado el demandado, mientras que a éste no le toca probar nada si es que su contestación ha sido simple y absolutamente negativa, salvo que tal negativa contenga una afirmación ya sea explícita ó implícita.

En el Diccionario Jurídico Espasa (2001, p. 277) encontramos que “el tema de la carga de la prueba se centra en determinar qué concreta parte debería haber probado el hecho dudoso, y así determinar en quién han de recaer las consecuencias negativas de la inactividad o ineficacia probatoria.

En el ámbito laboral, se invierte la carga de la prueba, que significa que al trabajador, cuando éste demanda, le bastará probar que ha existido relación laboral, mientras que corresponderá al empleador probar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación de trabajo, y que reclama el actor (Hernández, 2005, pp. 97-98).

Principio dispositivo.- Otro principio general del derecho aplicable para todos los procedimientos y que se incorpora al Derecho Laboral es el principio dispositivo, vinculado con el dinamismo del proceso, por el cual se concede a las partes la iniciativa para impulsar la causa así como para renunciar a los actos procesales (Hernández, 2005, p. 19).

Al decir de Andrés Páez, en el sistema dispositivo, del que se deriva esta principio, el juez “está limitado a la iniciativa ciudadana que se materializa a través de la



demanda [...] debe remitirse a los hechos que constan en el libelo”; sin embargo concluye que “el sistema oral trae consigo un sistema dispositivo con carácter inquisitivo, pues si bien la potestad del juez no puede exceder de lo deducido en el juicio por las partes, tampoco el juez puede ser un mero espectador, sino que debe actuar de oficio, en especial al momento de pedir y valorar las pruebas” (Páez, 2004, p. 29).

13.4.4.- Regulaciones adicionales

También se sujetará al procedimiento oral la suspensión o disolución de las organizaciones de trabajadores. La suspensión o disolución de las organizaciones sindicales, si bien por disposición legal debían sustanciarse únicamente por vía judicial, no se les había asignado un trámite específico. Por este motivo, la Corte Suprema (hoy Corte Nacional) de Justicia resolvió que se lo hiciera en trámite ordinario (RO 715, 29-XI-02), sin reparar que éste resultaba completamente inapropiado por su lentitud. Ahora, de conformidad al cuarto inciso del artículo 440 del mismo Código del Trabajo, producto de la reforma introducida por la Ley que estableció el procedimiento oral para los juicios laborales, para la suspensión y disolución de las referidas organizaciones, debe también observarse el procedimiento oral (Monesterolo, 2010, p. 352).

Si en el mismo juzgado contra el mismo empleador se presentaren más de 10 causas durante una semana, se pueden prorrogar los términos y plazos hasta por 5 días. Si fueren más de 20, pueden solicitar la designación de uno o más jueces auxiliares.

En donde no existan jueces de trabajo, deben conocer las causas los jueces de lo civil.

Finalmente mencionamos que habrá lugar a la imposición de multas:

- por litigar con temeridad y mala fe: de 5 a 20 remuneraciones básicas mínimas unificadas (Art. 588 CT);
- por falta de citación oportuna: USD 20 por cada día de retraso (2do inc. Art. 576 CT);
- por incumplimiento del término para dictar sentencia o para resolver la aclaración, ampliación, apelación o casación: 2.5% de la remuneración mensual por cada día de retraso (Arts. 583 y 584 CT).

A modo de conclusión anotamos las acertadas reflexiones que hacen Jorge Vásquez (2004, pp. 266-267) y Luis Cueva (2006, p. 17), respectivamente, sobre las ventajas de la oralidad.

Resultan indiscutibles los beneficios y bondades de la oralidad en los procesos judiciales en aras de la justicia, ya que “facilita el derecho a la legítima defensa, y la posibilidad de expresarse de una manera directa y más amplia ante el juzgador, sobre los puntos controvertidos”; además “permite a la parte hacer llegar al juzgador, al contrincante y a la colectividad, la versión sobre el tema en discusión, la razón de sus pruebas y alegaciones”; “obliga a las partes y sobre todo a sus defensores, a capacitarse, a organizar y planificar de mejor manera la defensa, los medios de prueba y la forma de presentarlas, a investigar y evitar la improvisación, a exhibir documentos y testigos idóneos, y sobre todo a optimizar el tiempo”. Todo lo cual exige “preparar a las instituciones y reformar las leyes para su correcta aplicación, con acciones concertadas entre los tres poderes del estado”; a lo que Luis Cueva añade como ventajas que los gastos y esfuerzos se reducen, hay mayor publicidad por lo que puede ser mejor controlado por la ciudadanía en general y disminuye el nivel de corrupción en la administración de justicia; en definitiva, el juicio oral, “en corto tiempo ofrece una justicia de mejor calidad y contribuye a humanizar al sistema judicial”.

LECCIÓN 14

DERECHO LABORAL COLECTIVO

14.1.- Definición

Al Derecho del Trabajo por la complejidad y especificidad de sus instituciones, sujetos, principios y objetos, se lo aborda en dos grandes ramas, la una de las relaciones individuales y la otra de las relaciones colectivas. La rama del Derecho Laboral Individual se dedica a las relaciones de trabajo dependientes y remuneradas que se dan entre una, y solo una, persona natural, salvo el caso del trabajo en equipo y de grupo, que pese a ser un colectivo de trabajadores, no por ello deja de ser individual el contrato de trabajo que se da entre las partes, y uno o varios empleadores, sean éstos personas naturales o jurídicas. Por el contrario para hablar de Derecho Colectivo no es suficiente que nos encontremos frente a un conjunto de trabajadores, sino que es preciso que éstos estén organizados de conformidad con la Ley para celebrar un contrato colectivo que rija las relaciones de todos los trabajadores, aunque no sean miembros de la asociación contratante, y para intervenir en los conflictos que se susciten entre trabajadores, entre sindicatos, o entre unos y otros y el empleador o asociación de empleadores.

Los derechos laborales se encuentran entre los derechos fundamentales y como tales requieren ser protegidos y garantizados, ante lo cual Oscar Valdovinos se hace la siguiente pregunta “¿protección a qué?”, a lo que él mismo se contesta:

Sin duda, a la libertad y a la dignidad humana, a la libertad y a la dignidad del trabajador, a menudo afectadas en el mundo real del trabajo. La imposibilidad de obtener trabajo, el tenerlo sin recibir una contraprestación salarial justa, el desempeñarlo en condiciones riesgosas en materia de higiene y seguridad, el hacerlo durante lapsos excesivos, la falta de descanso, el ejercicio abusivo de los poderes de dirección del empleador, la transformación de la relación laboral en una vinculación en la que uno ejerce el poder y procura la sumisión del otro, son otros tantos modos –entre muchos más– de agravar la dignidad del trabajador y afectar su libertad. Este es el verdadero objeto, la razón de ser, de los derechos fundamentales en relación con el trabajo, que son, en verdad, los que dan contenido al Derecho del Trabajo (Valdovinos, 2010, p. 795).



Por su parte Angélica Porras sostiene que actualmente es generalizada la aceptación de que existen derechos de las personas, más allá de que se encuentren o no reconocidos en una determinada legislación, por el hecho de ser inherentes a la naturaleza humana puesto que “se trata de principios éticos que trascienden el reconocimiento jurídico y que son previos y no posteriores a él (Amartya Zen, citada en Porras, 2009, p. 159); y agrega que:

Lo que entendemos por derechos humanos está en permanente evolución y responde a cómo las personas perciben sus necesidades y dignidad en las diferentes épocas. En su acepción actual, los derechos humanos atienden a varias dimensiones de las personas: individual, social y colectiva y, por lo tanto, su exigibilidad puede hacerse tanto a nivel individual como colectivo. Dentro de estos derechos humanos, existen varios vinculados al trabajo y a los trabajadores, conocidos como derechos humanos laborales, encaminados a posibilitar condiciones mínimas de vida y de trabajo para las personas, así como a garantizar la organización de los trabajadores para su defensa, reivindicación y participación sociopolítica” (Porras, 2009, pp. 159-160).

Con las precedentes reflexiones se puede definir al Derecho Laboral Colectivo como la parte del Derecho del Trabajo que con sus principios, instituciones y reglas, ordena la constitución, funcionamiento y actividades de las asociaciones profesionales de trabajadores y de empleadores; la celebración, contenido y efectos del contrato colectivo; la prevención y solución de los conflictos colectivos, así como la declaratoria, desarrollo y efectos de la huelga y el paro, y el derecho de los trabajadores a participar en la gestión de la empresa y en la vida nacional (Trujillo, 1987, p. 42).

Guillermo Cabanellas en cambio define al Derecho Colectivo Laboral como

aquel que teniendo por sujetos a conjuntos o grupos de trabajadores y de patronos, en relación a condiciones de solidaridad provenientes de su condición de prestadores o dadores de trabajo, desarrolla su objetivo en organizaciones grupales, determinando o fijando reglas comunes a las categorías profesionales o actuando en forma conjunta para defensa de sus derechos e intereses;

mientras que Hueck-Nipperdey afirma que es “la parte del Derecho del Trabajo referente a las organizaciones de empresas y profesionales de los trabajadores y

patronos, sus contratos, sus conflictos y la solución de éstos” (Cabanellas, 2001, p. 10).

Por lo dicho queda claro que las relaciones que se dan entre las asociaciones profesionales de trabajadores con la parte empleadora, sea que esta última esté o no conformada como una asociación, no tiene como finalidad la realización del hecho laboral ni se agota en él, como sucede en las relaciones laborales individuales, sino que tiende más bien a dictar normas que han de regular y mejorar a futuro las prestaciones de trabajo, lo que se refleja en los contratos colectivos, y en los modos de solución de los conflictos que se llegaren a presentar.

Es así que el Derecho Colectivo del Trabajo tiene sus propios sujetos, principios, fuentes, medidas de presión, medios y órganos de solución de conflictos, por lo que merece especial tratamiento.

14.2.- Instituciones básicas del Derecho Laboral Colectivo

Se entiende por instituciones aquellos temas principales, o bien, aquellas

relaciones o comportamientos humanos básicos, típicos y reiterados (matrimonio, contrato, propiedad, deber legal alimenticio, etc.), que se ajustan a determinados modelos o esquemas delineados por un conjunto de normas. Llámese instituciones o institutos jurídicos los comportamientos o relaciones de las características enunciadas así como también al conjunto de normas que regulan dichos comportamientos o relaciones en sus diversos elementos o fases (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 1990, pp. 10-11).

Conjunto de relaciones jurídicas que presentan caracteres comunes y se encuentran sometidas a los mismos principios. También recibe el mismo nombre de institución jurídica el conjunto de normas que regulan esas relaciones. El matrimonio es por ejemplo, una institución jurídica en cuanto comprende un conjunto de relaciones jurídicas que ofrecen los caracteres señalados o un conjunto de normas unitarias sobre dichas relaciones.

Hay instituciones más o menos amplias; las más específicas entran en las más genéricas. Así, la institución de la propiedad se comprende en la más amplia de los derechos reales; la del testamento, en la de la sucesión por



causa de muerte, y así por el estilo (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 1990, p. 295).

Por lo expuesto en el ámbito del Derecho Laboral Colectivo tales instituciones son las asociaciones profesionales de trabajadores, los contratos colectivos y los conflictos colectivos, que la ley regula y protege.

14.3.- Evolución del Derecho Laboral Colectivo en el Ecuador

Las relaciones laborales individuales, antes del apareamiento del Derecho Laboral como rama autónoma, se regulaban por el Código Civil. Para entonces la actuación colectiva de los trabajadores fue en un principio reprimida, luego apenas tolerada, pero en todo caso al amparo del Derecho Común.

Posteriormente se reconoció el derecho de asociación y con ello se dio origen a nuevas instituciones y relaciones jurídicas en la que los sujetos eran precisamente colectividades de trabajadores (Camerlynck, citado en Trujillo, 1987, pp. 27-28).

En el transcurso del siglo XX, las acciones laborales y cambios sociales tuvieron un gran protagonismo y lograron notoria atención y reconocimiento en los distintos Estados. Los principios del Derecho Laboral han sido asumidos como una legislación especial y preferente, precisamente por afectar intereses de grupos humanos, por lo que se dotó de un conjunto de normas protectoras ante el crecimiento galopante de derechos aceptados en las legislaciones de los distintos países, especialmente desde la tercera década del siglo anterior (Vásquez L., 2010, p. 25).

La Constitución del Ecuador de 1929 da fe de lo dicho al ser una constitución eminentemente social, como se la conoció, en donde se consagraron importantes derechos que se constituyeron en el fundamento del Derecho Laboral, entre los que al momento cabe destacar: el de libre asociación y el derecho a la huelga.

Fue la Constitución de 1906 la primera en garantizar la libertad de asociación, mientras que la de 1946, por el contrario, fue la que prohibió a los empleados públicos la formación de sindicatos así como el derecho declarar la huelga y participar en ella.

La tenacidad de los trabajadores permitió a éstos alcanzar verdaderas conquistas y sobre todo superar las diferentes etapas por las que debió atravesar el derecho

de sindicalización, comenzando por aquella en la que se la estimaba como un hecho violento y delictivo, por lo que quienes se asociaban eran perseguidos. Más adelante se toleraron las asociaciones, pero los trabajadores estaban desprotegidos al quedar expuestos a eventuales represalias de los empleadores que podían prescindir de los servicios de los trabajadores que incitaban a otros a asociarse o a reclamar por mejores condiciones de trabajo. Finalmente se ha dado una época, que aún subsiste, de legitimidad, y más aún de protección y de fomento de las asociaciones, como queda evidenciado en las declaraciones y principios que constan en la Constitución.

El Derecho Laboral Colectivo surgió con el propósito de proteger al trabajador que se encontraba, y aún se encuentra, en situación de desventaja frente al empleador, y para ello se adoptaron dos caminos: la expedición de normas proteccionistas (con mayor énfasis en el ámbito del Derecho Laboral Individual, sin desconocer que también aplican para esta otra rama del Derecho), y la promoción de la autodefensa de los interesados (a través de la constitución de asociaciones profesionales de trabajadores, el establecimiento de especiales procedimientos para la solución de los conflictos, así como el reconocimiento de medidas de presión con el mismo fin).

Esta especial rama del Derecho Laboral ha adquirido gran trascendencia en el orden jurídico, sociológico, económico, social y cultural. Ello se debe a que tiene como objetivo lograr que las condiciones de trabajo sean reguladas por los propios interesados y promover una participación de la clase trabajadora en la administración de la justicia laboral, lo que si bien, sociológicamente

no sólo estimula un sentimiento clasista, negativo en principio, sino que lleva a la jerarquización de los trabajadores erigidos, conjuntamente con los empresarios, en expresión asociada también, en reguladores de la profesión, casi en legisladores delegados, para dictar cuerpos sistemáticos para un sector más o menos amplio del cuerpo social (Cabanellas, 2001, p. 16).

En lo económico, en cambio, la importancia se debe a la circunstancia de que las partes de la producción cada vez más adquieren amplias atribuciones, por ejemplo en materia salarial, lo que

les confiere indisolublemente una posibilidad de corregir o perturbar el proceso económico general a través de la repercusión que los acuerdos

laborales posean sobre los precios. Además, allí donde se admiten, el control obrero o la gestión conjunta de las empresas por sus dueños o gerentes y por delegados del personal, representan una participación activa en la planificación productora y en la misma tecnología profesional (Cabanellas, 2001, p. 16).

14.4.- Naturaleza jurídica

Joaquín Viteri sostiene que el Derecho Laboral Colectivo, como parte del Derecho del Trabajo

participa de su naturaleza jurídica y también de las discusiones que en torno a esta cuestión mantienen los autores. Así por ejemplo para Hueck-Nipperdey, el Derecho Colectivo es en sus esenciales partes, derecho privado; igual es el criterio de Krotoschin; en cambio para Mario de la Cueva consecuente con su tesis de que el Derecho del Trabajo es parte del Derecho Constitucional, sostiene que el Derecho Colectivo es derecho público; Cabanellas en cambio cree que este derecho tiene carácter mixto; Despontín comparte esta última tesis. Julio César Trujillo considera que el derecho colectivo del trabajo es de contextura público privada y pone en evidencia el entrecruzamiento cada día mayor entre el Derecho Público y el Derecho Privado y la insuficiencia de esta tradicional distinción para resolver las necesidades de nuestra época (Viteri, 2006, p. 44).

Quienes catalogan a esta rama laboral como de Derecho Público fundamentan su postura en el hecho, en primer lugar, de que se trata de un derecho tanto de trabajadores como de empleadores frente al Estado, así como también un “derecho de los asalariados, como grupo o clase, frente a los empresarios”; en segundo lugar, en que “no pueden existir asociaciones profesionales legales, con la personalidad jurídica y gremial del caso, sin sujetarse a una regulación de los Poderes públicos” a los que les corresponde además, resolver sobre el reconocimiento de tales entidades, así como también son los que tiene “competencia privativa [para] resolver acerca de la legalidad o prohibición – con la punibilidad correspondiente- de las medidas laborales de fuerza [...] (Cabanellas, 2001, p. 12).

Aquellos que se inclinan por reconocerle más bien una naturaleza de orden privatista sostienen que los contratos colectivos del trabajo así como los laudos con lo que se solucionan los conflictos colectivos, aun cuando sea con cierta

“intervención decisoria de las autoridades administrativas”, repercuten en las relaciones

entre ciertos trabajadores y ciertos empresarios, en sus respectivos patrimonios, con ventajas y beneficios recíprocos; eso siempre que no se produzca una coalición obrero-patronal para endosar los beneficios de una parte -la obrera-, sin menoscabo para la otra -la patronal-, sobre el país o el consumidor, en que la acción colectiva laboral vuelve a adquirir relieve público, por afectar el interés general (Cabanellas, 2001, p. 12).

Lo expresado deja en claro la dificultad, por no decir la imposibilidad de ubicar al Derecho Laboral exclusivamente dentro de uno de las dos categorías clásicas de público y privado, y más bien confirma su naturaleza jurídica *sui generis*.

14.5.- Características del Derecho Laboral Colectivo

El Derecho Laboral Colectivo se caracteriza por ser:

- imperativo,
- obligatorio,
- universal.
- social, y,
- garantizador de la libertad (Vásquez L., 2010, pp. 36, 42).

Para no dejar libradas a las partes a la voluntad del más fuerte en una relación desigual como lo es la laboral se hace necesaria una dosis de intervencionismo estatal, lo que se evidencia en la prescripción de normas de obligatoria observancia, entiéndase, para beneficiar a la parte más débil, así como en la supervisión administrativa por parte de las autoridades del trabajo, para así nivelar el señalado desequilibrio existente entre las partes contractuales.

Cuando se dice que es un Derecho universal con fuerte tendencia a la internacionalización se quiere significar que se avanza hacia el establecimiento de “legislaciones uniformes que atiendan los problemas laborales, lográndose óptimos resultados mediante organismos especializados como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a nivel mundial y el CIAT, Centro Interamericano de Administración del Trabajo, a nivel regional”. Es Derecho de carácter social, por cuanto “pretende lograr resultados positivos para el bien común y para la sociedad”; y finalmente garantizador de la libertad: por cuanto “en él se plasma la

libertad de pensamiento, la libre asociación y la libertad de expresión” (Vásquez L., 2010, p. 42).

Allocati por su parte agrega las siguientes características:

- atañe a grupos sociales (considerados como de presión o de tensión);
- constituye un correctivo a la desigualdad e inferioridad del trabajador;
- acepta medios de acción directa en caso de controversias;
- procura soluciones pacíficas; y,
- reconoce como fuente del derecho a los convenios colectivos (Allocati, citado en Vásquez L., 2010, pp. 40-41).

Se trata pues de un derecho de protección y tutela, en razón de que es necesario nivelar la desigualdad en que se encuentran las partes vinculadas por relaciones de trabajo subordinado; sin embargo tal protección está garantizada si es que, tratándose del Derecho Laboral Colectivo, las asociaciones tienen los fines enunciados en el Art. 441 del Código del Trabajo.

La protección no se limita a reconocer y a permitir la conformación de asociaciones, ya sean de trabajadores y empleadores, sino que la ley se ocupa de rodear de garantías a las mismas y así evitar injerencias y por el contrario dar facilidades, fundamentalmente para los trabajadores, no solo durante la constitución de las asociaciones sino para su correcto desenvolvimiento, tales como el establecimiento del fuero sindical, así como de obligaciones y prohibiciones para los empleadores.

Se dice además que es un derecho especial y autónomo por cuanto está destinado a la regulación y protección de los trabajadores y empleadores organizados legalmente en asociaciones, cuyas instituciones, principios y normativa le son propias y exclusivas.

También coinciden los estudiosos de esta rama del Derecho de atribuirle la característica de ser un derecho nuevo, ya que si bien se ha desarrollado desde inicios del siglo XX, sigue en constante evolución por el dinamismo que imprimen las relaciones laborales colectivas, que exigen ir adecuando las normativas a las nuevas exigencias, así como también por el hecho de la peculiaridad de sus instituciones y de su naturaleza jurídica.

Guillermo Cabanellas, citando a Nápoli (2001, pp. 14-15), explica que en la doctrina se distinguen diferencias muy precisas entre las dos ramas del Derecho Laboral y hace un paralelismo entre ellas, que se resumen de la siguiente manera:

- La fuente esencial del Derecho Laboral individual es el contrato individual, mientras que del colectivo, la convención colectiva.
- Las obligaciones generadas por el primero son inter partes o contractuales; en el segundo, en cambio, *erga omnes* o normativas.
- La actividad del legislador es más rigurosa y absoluta en el Derecho Laboral Individual, mientras que en el Derecho Colectivo delimita la voluntad de los trabajadores individualmente considerados para concederles más amplitud a la asociación profesional.
- Los conflictos en el uno caso se resuelven en sentencia con efectos solo entre las partes, y en el otro por resolución de un tribunal con alcance a todo orden profesional de la misma actividad.
- En cuanto al origen sostiene que el individual emerge primero y se apoya en principios y normas del Derecho Común; mientras que el colectivo aparece con posterioridad y desciende del Derecho Público al Derecho Común.

No ha cesado la discusión sobre lo que Paul Durand ha calificado el “particularismo del Derecho del Trabajo”, particularidad que Háctor Hugo Barbagelata enuncia en los siguientes términos:

a) subyacencia del conflicto en las relaciones laborales; b) dimensión colectiva del conflicto laboral; c) papel central de la negociación; d) repercusiones en el plano de las fuentes del derecho; e) significación del tiempo social en el sistema normativo-laboral; f) variedad y poderes de los operadores jurídicos (Barbagelata, 2009, pp. 20-21).

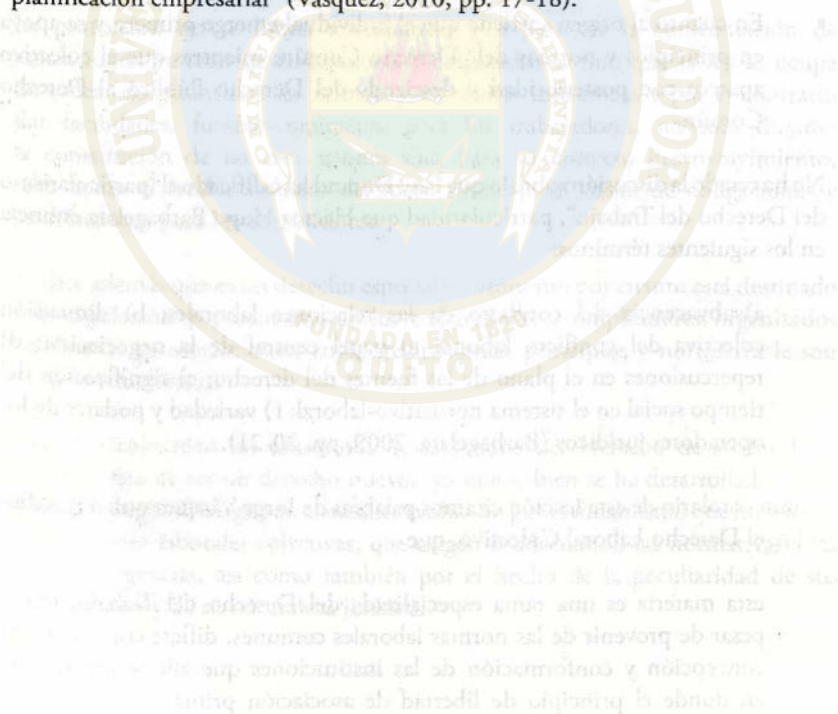
Como corolario de esta lección citamos palabras de Jorge Vásquez quien nos dice sobre el Derecho Laboral Colectivo, que

esta materia es una rama especializada del Derecho del Trabajo, que a pesar de provenir de las normas laborales comunes, difiere con su propia concepción y conformación de las instituciones que allí se involucran, en donde el principio de libertad de asociación prima sobre cualquier



limitación, el respeto a las normas sobre la organización, funcionamiento y desarrollo de las asociaciones, es más notorio, en donde la acción colectiva no puede ser producto de un solo líder o caudillo, sino el resultado de consensos manifestados en asambleas, que en base a mandatos encarga a sus directivas la realización de ciertas acciones o medidas, en donde se encuentran normas de autonomía y de notoria protección estatal (Vásquez L., 2010, pp. 17-18).

Agrega además que es en este Derecho “en donde como un crisol, se funden las aspiraciones, las inquietudes, los temores y las reacciones de los trabajadores; de él nacen mecanismos y procedimientos únicos y especiales como la conformación de tribunales, un sistema procesal genuino, la obligatoriedad del empleador de atender estas aspiraciones o reclamaciones”, pero advierte sin embargo, que “aquí también el empleador puede encontrar espacios de diálogo, de mediación, de negociación” para mejorar las relaciones laborales. Concluye Vásquez afirmando que debidamente aplicada esta rama del Derecho “permitirá fórmulas para la solución de controversias, para lograr beneficios comunes y para una adecuada planificación empresarial” (Vásquez, 2010, pp. 17-18).



LECCIÓN 15 PRINCIPIOS PARTICULARES DEL DERECHO LABORAL COLECTIVO

El Derecho Laboral Colectivo, como una rama del Derecho Laboral, participa de los principios generales de éste. A propósito del Derecho Individual de Trabajo revisamos ya los principios de la irrenunciabilidad de los derechos, de la estabilidad, del *in dubio pro operario*, de la primacía de la realidad, de la igualdad y no discriminación, el de progresividad, de la intangibilidad y no regresividad; aun cuando hay que reconocer que este último cobra una significación mayor en el Derecho Colectivo, toda vez que los trabajadores organizados están en mejor situación para negociar a través de los contratos colectivos, las condiciones laborales, así como sus derechos y beneficios, los mismos que no pueden ser desmejorados ni desconocidos, ni aun por actas transaccionales, fallos de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, ni ningún otro instrumento jurídico.

Al hablar de principios del Derecho Laboral individual, surge, al decir de Américo Plá Rodríguez, la inmediata pregunta de si acaso estos mismos se aplican en el ámbito del Derecho Colectivo, a lo que él mismo responde con total contundencia de manera afirmativa puesto que “el derecho colectivo del trabajo es una parte del derecho del trabajo sustancialmente ligada con la anterior” (Plá, 1978, p. 19). Sin embargo el Derecho Colectivo tiene ciertas particularidades que justifican abordar nuevamente el tema de los principios, en esta oportunidad con algunas precisiones y aclaraciones especiales.

15.1.- Declaraciones constitucionales

En el Art. 326 de la Constitución de la República encontramos que:

- se garantiza el derecho y la libertad de asociación de personas trabajadoras y de empleadores;
- se estimulará la creación de organizaciones de trabajadores y empleadores y se promoverá su funcionamiento;
- el sector laboral en las instituciones del Estado estará representado por una sola organización;



- los conflictos colectivos se someterán a tribunales de conciliación y arbitraje;
- se garantiza la contratación colectiva;
- se reconoce el derecho a la huelga y al paro; y,
- se prohíbe la paralización de los servicios públicos.

El listado que antecede refleja una debida protección, respeto y estímulo de la autonomía y libertad sindical por parte del Estado, por lo que resulta mayormente condenable por algunos sectores y profesionales del Derecho, que pese a la plena vigencia de las declaraciones constitucionales ya enunciadas, en el caso de la sindicalización y de la contratación colectiva del sector público, éstas hayan sido violentadas en el proceso de revisión y de ajuste automático de las cláusulas de los contratos colectivos, en atención a lo ordenado en el Mandato 8, desconociendo la autonomía sindical y el principio de la intangibilidad y de no regresividad, por los cuales los derechos de los trabajadores se vuelven obligatorios e inderogables.

15.2.- Principios particulares del Derecho Laboral Colectivo

El Derecho Laboral Colectivo, a más de comulgar con todos los principios del Derecho en general y del Laboral Individual en particular, cuenta con otros a los que podríamos denominarlos particulares de esta rama, que al decir de Julio César Trujillo son: protección del trabajador, autonomía colectiva, codecisión en la empresa, y participación de los trabajadores en la vida social.

15.2.1.- Protección del trabajador

Si bien este principio rige tanto para el ámbito laboral individual como para el colectivo es preciso advertir que:

en el Derecho Individual se crean normas. Por eso, el principio se refiere a la selección, a la aplicación, a la interpretación de las normas. En el Derecho Colectivo, en cambio, se crean instrumentos cuya eficacia deriva del número, de la disciplina, de la organización técnica y administrativa, del poder material de cada una de las partes.

[...] Una vez restablecida la igualdad por medio de la fuerza gremial que deriva en la unión, desaparece la razón de ser del trato desigual por parte del Estado (Plá, 1978, p. 20).

Así pues, como un mecanismo efectivo para la auto-protección frente a eventuales abusos por parte de los empleadores, los trabajadores se han unido y organizado a través del tiempo para hacer un frente común para la defensa de sus intereses, como reza el dicho popular “la unión hace la fuerza”. Esta protección también se hace evidente a través del principio *in dubio pro operario* y en general de las garantías propias de un Estado de derechos y de justicia y mayormente del Derecho Laboral, lo cual fue abordado ya en la lección 2.

La necesidad de protección se deriva de la indudable desigualdad que existe entre las partes de una relación laboral, desigualdad que no siempre se limita a lo económico, sino que también puede darse en otros ámbitos más amplios como los sociales, culturales y políticos; desigualdad que al decir de Américo Plá Rodríguez se ha compensado a través de la “fuerza que deriva de la unión” (Plá, 1978, p. 20).

15.2.2.- Autonomía colectiva

Este principio es conocido también como de autarquía sindical, y en tal sentido se prohíbe todo tipo de injerencia por parte de los empleadores (Funes de Rioja, 2010, p. 934).

Este tiene como propósito el fomentar que sean los propios interesados quienes regulen normativamente las condiciones en que van a laborar, así como también participar en la “administración de trabajo y en la justicia laboral. De allí que predominen los procedimientos concertados por las propias partes para resolver los diferendos que surjan entre ellas” (Plá, 1978, p. 21).

El Estado, consecuentemente, propugna que las personas e instituciones, en este caso asociaciones profesionales, puedan valerse por sí mismas y no depender de un Estado paternalista para la satisfacción de sus necesidades y aspiraciones, por lo que pone a disposición de trabajadores y empleadores los medios para convenir los términos que regularán sus relaciones laborales en una situación más equitativa, es decir de auto regulación, y en caso de desavenencias que no se puedan solucionar de manera directa, la ley ha previsto la conformación de Tribunales de Conciliación y Arbitraje. “En definitiva, el Derecho Colectivo



del Trabajo consagra la intervención subsidiaria del Estado para la regulación de las relaciones laborales, o lo que es lo mismo, los órganos estatales y los procedimientos por ellos fijados entran en funciones cuando los interesados no han podido encontrar solución a sus controversias y conflictos” (Trujillo, 1987, p. 38). De allí que algunos estudiosos del Derecho Laboral estimen como otro principio el de la subsidiariedad, referido a la “necesidad de que determinadas cuestiones sean manejadas por las comunidades inferiores, mientras que el Estado y las comunidades superiores deben colaborar en esa función e intervenir en caso de que exceda la capacidad o competencia de la comunidad inferior” (Grisolia, 2010, p. 528).

15.2.3.- Co-decisión en la empresa

Resulta innegable que cada vez más se vea a “la empresa como una comunidad de producción” lo cual ha conducido a los trabajadores y empleadores a “la colaboración primero y a la codecisión después en asuntos sociales, laborales y económicos” (Plá, 1978, p. 21).

Una de las grandes aspiraciones de los trabajadores ha sido el participar en las decisiones que atañen al establecimiento o lugar de trabajo al que dedican sus esfuerzos diarios, lo que ha implicado largas luchas que han dando frutos de manera paulatina. Así es el caso de la facultad de solicitar que se revise el reglamento interno de la empresa a pedido del más del 50% de los trabajadores, o examinar la contabilidad de la empresa con motivo del reparto de las utilidades, o bien, integrar los Tribunales de Conciliación y Arbitraje para resolver los conflictos laborales que se suscitaren, o en general, aquellas participaciones que sean producto del contrato colectivo.

Participar equivale a “tener parte” en algo, “compartir” alguna cosa, actividad o interés; en el caso de la participación en la empresa, ese “tener parte” puede referirse a las ganancias, a la propiedad o al poder. Mas precisamente se trata de darle al trabajador la posibilidad de asesorar, consultar, opinar, fiscalizar y aun decidir en los asuntos de administración de la empresa o de tener parte en el lucro o propiedad de la misma. Así, por participación en la empresa en sentido amplio, debe entenderse todo instituto que permita al trabajo intervenir en la gestión, propiedad o lucro del capital (Hermida, 2010, pp. 1299-1300).

Resulta muy positivo el interés y anhelo de las personas en participar en deliberaciones y resoluciones que por uno u otro motivo le atañen, y de allí la

importancia de que el Derecho Sindical haya provisto de espacios y mecanismos de participación de los trabajadores en ámbitos que no se limitan al lugar del trabajo.

La participación en la gestión, entendida como la intervención en la dirección o en la administración se da

cuando los trabajadores asesoran, son consultados, opinan o deciden, según los casos, en asuntos propios de la administración, dirección o conducción de la empresa, cualquiera sea el instrumento utilizado para ello [...] Se trata de cualquier forma de participación en el gobierno de la empresa o en el poder de dirección, el que —así— deja de ser absolutamente exclusivo del empleador, aunque en el sistema capitalista éste sigue siendo siempre predominante. Se trata en definitiva de reconocer a los trabajadores o a sus representantes, algún grado de participación en las decisiones que se adoptan en la empresa (Hermida, 2010, p. 1302).

El mismo autor continúa aclarando que la referida participación puede configurarse de diferentes formas, como por ejemplo, “como efecto de un sistema de accionariado obrero, sea autónomamente, a través de la negociación colectiva, de órganos creados especialmente para tal fin o de la integración de representantes de los trabajadores en los propios órganos de dirección de la empresa”; y puede recaer sobre las más variadas materias o tópicos, sean éstos asuntos económicos de la empresa, servicios sociales o condiciones de trabajo en general (Hermida, 2010, pp. 1302 y 1306). A propósito del accionariado obrero el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones reformó el Art. 105 del Código del Trabajo para permitir que todo o parte de las utilidades que le correspondan al trabajador, pueda ser cancelado en acciones de la empresa, siempre que ésta se encuentre registrada en una Bolsa de Valores.

El grado de participación en una empresa puede tener así mismo diferentes niveles que van desde la cooperación, pasar por la cogestión y concluir en la autogestión, como el nivel de mayor intensidad; quedando prácticamente la primera reducida a un derecho de los trabajadores a ser informados y, en el mejor de los casos, consultados, e incluso a poder impugnar ciertas resoluciones. La cogestión, en cambio, implica una intervención efectiva ya sea en la gestión, en la administración o en la dirección de la empresa; la mayor de las veces supone inclusive la integración de trabajadores en los órganos directivos de la empresa, aunque también pudiera consistir “en la asignación al personal de un efectivo



poder de aprobación o de veto similar” [...] “supone que las decisiones a las que ella se aplica, no pueden ser adoptadas sin que los trabajadores hayan tomado parte de ella”. Mientras que en la autogestión es el personal el que “en forma exclusiva y excluyente, dirige a la empresa” (Hermida, 2010, pp. 1307-1308).

La legislación ecuatoriana reconoce a los trabajadores, a través de sus dirigentes sindicales, la facultad de examinar la contabilidad de la empresa, junto con los funcionarios del Ministerio de Finanzas, a fin de verificar la veracidad de la declaración realizada, de la que se deriva el porcentaje que por disposición legal debe ser repartido entre los trabajadores amparados al Código del Trabajo por concepto de utilidades.

En definitiva, al decir de Gerardo Von Potobsky, la participación de los trabajadores se realiza “ya sea por vía consultiva, de sugerencias y propuestas [...] de información, de verdaderos acuerdos internos, de fiscalización, de administración de obras sociales y de participación en la dirección de la misma” (Von, 2010, pp. 1263-1264).

15.2.4.- Participación de los trabajadores en la vida nacional

Los trabajadores organizados son quienes promueven en muchos de los casos la revisión de políticas sociales, económicas y laborales, provocando verdaderos y profundos cambios, convirtiéndose en activos partícipes de la vida social y nacional, llegando a tener repercusiones aún internacionales. También esa participación se manifiesta de manera concreta en la integración de las comisiones sectoriales de fijación y revisión de sueldos y salarios, así como en ámbitos más amplios, como por ejemplo la integración del organismo técnico administrativo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, o del Consejo Nacional del Servicio Ecuatoriano de Capacitación Profesional (SECAP), a nivel nacional; y ya incluso a nivel internacional participan también como representantes de los países miembros en el Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo.

15.3.- Otros principios

Hay autores que proponen otros principios que vienen a complementar los ya enunciados. Funes de Rioja, por ejemplo nos aporta los primeros dos que siguen a continuación y Pedreira Da Silva el tercero:

- **Principio de pureza:** en el sentido de que debe aglutinar de manera exclusiva a trabajadores, es decir no hay posibilidad de constituir asociaciones mixtas, de trabajadores y empleadores.
- **Principio de especialidad:** que exige que las asociaciones se centren en los intereses específicos del grupo, es decir los intereses profesionales (Funes de Rioja, 2010, p. 934), que son precisamente una de las condiciones para gozar de la protección del Estado, de conformidad al Art. 441 del Código del Trabajo.
- **Principio de autodeterminación colectiva:** por efecto de la contratación colectiva “las voluntades individuales ceden frente a la autonomía de la voluntad del grupo” (Pedreira Da Silva, citado en García, p. 986).

Julio Martínez a más de los principios de libertad y autonomía sindical, unánimemente aceptados por todos los tratadistas de Derecho Laboral, nos propone como novedosos los siguientes dos:

- **De democracia:** “la organización sindical deber ser gobernada por sus afiliados ya que en ello reside la soberanía de la Institución”, por lo que sus dirigentes deben ser el resultado de elecciones democráticas de sus afiliados.
- **De representatividad sindical:** “está íntimamente vinculado a lo anterior, en cuanto a la legitimidad del origen de sus dirigentes, así como la autenticidad de la representación del conjunto comprendido en la actividad, sector u oficio que pretendan representar. La misma referencia al número de trabajadores que componen el sindicato puede ser un índice también de su representatividad” (Martínez, 2010, pp. 968-971). De allí que en el caso del Ecuador, se exige para conformar cualquier asociación profesional de trabajadores un mínimo de 30 trabajadores, y en el caso de comité de empresa, éste debe conformarse con al menos el 50% de todos los trabajadores de la empresa.

LECCIÓN 16 FUENTES PARTICULARES DEL DERECHO LABORAL COLECTIVO

16.1.- Fuentes del Derecho Laboral Colectivo en el Ecuador

Respecto a las fuentes del Derecho nos remitimos a todo lo expresado en la lección 3; sin embargo en esta enfatizaremos aquellas fuentes que estimamos propias del Derecho Laboral Colectivo, ya sea porque generan los principios peculiares de éste, o bien porque contienen derechos y obligaciones derivados de los hechos o acciones sindicales. En este sentido Cabanellas afirma que “se confunden fácilmente las verdaderas fuentes del Derecho Sindical con las normas que proceden del hecho o acción sindical”, de allí que los contratos colectivos, así como los estatutos de las asociaciones, no serían propiamente fuentes “puesto que nacen del hecho sindical, son causados por éste” (Caballeros, 2001, p. 23).

Aun cuando podamos coincidir con el reconocido tratadista de Derecho Laboral, proponemos un listado de fuentes que incluye al contrato colectivo y al estatuto de la asociación, pese a que ambos surgen del hecho sindical y no son propiamente fuentes de éste, por estimar que tanto del uno como del otro emanan derechos para los trabajadores, ya sea considerados de manera individual como colectiva, y que por ende tales instrumentos pueden ser invocados ante el empleador o cualquier autoridad administrativa o judicial en demanda del cumplimiento o reconocimiento de sus derechos. Hecha tal acotación, enunciamos como fuentes las siguientes:

- Constitución de la República.
- Mandatos constituyentes.
- Instrumentos internacionales:
 - o Declaración Universal de los Derechos Humanos
 - o Convención Americana sobre Derechos Humanos
 - o Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- Convenios y recomendaciones de la OIT.
- Código del Trabajo.



- Contratos colectivos.
- Fallos de los tribunales de conciliación y arbitraje.
- Actas transaccionales.
- Jurisprudencia.
- Estatutos de las asociaciones profesionales.

16.1.1.- Constitución de la República

La Constitución de la República es la principal fuente normativa a nivel nacional del Derecho Laboral, tanto individual como colectivo, que en el caso del Ecuador la última entró en vigencia el 20 de octubre del 2008 como resultado de todo un proceso de reestructuración del Estado que culminó con un referéndum celebrado el 28 de septiembre del mismo año, por el cual el pueblo se pronunció aprobando el proyecto elaborado por la Asamblea Constituyente elegida con ese objetivo.

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otro ordenamiento jurídico (Art. 424 CR) y en ella se consagran los principios rectores del Derecho Laboral en general y particularmente, en el ámbito del Derecho Laboral Colectivo, los principios y garantías concernientes a la libertad y derecho de asociación, de contratación colectiva, de huelga y de paro.

La Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, en reiterados fallos se ha pronunciado en el sentido de que ningún ordenamiento legal, llamase contrato colectivo u otro, puede estar por encima o contrariar los dictados de la Constitución de la República.

Los principios rectores del Derecho Laboral se encuentran enunciados fundamentalmente a partir del Art. 326 de la Constitución, que fueron examinados en la lección 2 a la cual nos remitimos.

16.1.2.- Mandatos constituyentes

Los Mandatos fueron expedidos por la Asamblea Constituyente en el ejercicio de unos plenos poderes que se auto asignó, y que hasta ahora para muchos resultan de incierta naturaleza jurídica. Para definirlos nos remitimos a lo expresado

en la lección 3 a propósito precisamente de las fuentes del Derecho Laboral Individual, así como al análisis que hizo al respecto Fabián Corral.

En el ámbito colectivo del trabajo se expidieron los Mandatos Constituyentes números 2, 4 y 8 que al igual que todos los demás Mandatos, según sus mentores, son decisiones de la Asamblea Constituyente que se encuentran jerárquicamente por encima de cualquier norma jurídica, inclusive de la Constitución, es decir, tienen un carácter supraconstitucional, por lo que son de obligatorio cumplimiento y en tal virtud no susceptibles de queja, impugnación, acción de amparo, demanda, reclamo o cualquier otra acción judicial o administrativa; por lo que consecuentemente no admiten una demanda de inconstitucionalidad.

Entre los considerandos del Mandato Constituyente No. 2 (RO-S 26, 28-I-08) consta que la Asamblea Constituyente debe contribuir a erradicar los privilegios remunerativos y salariales, eliminando las distorsiones generadas por la existencia de remuneraciones diferenciadas que se pagaban en algunas entidades públicas que se financiaban con recursos del sector público, y que a pretexto de su autonomía habían fijado remuneraciones mensuales y salarios que violentaban el principio básico de: “a igual trabajo, igual remuneración”, por lo que se estableció como remuneración mensual unificada máxima el valor equivalente a veinticinco salarios básicos unificados del trabajador privado para los dignatarios, magistrados, autoridades, funcionarios, delegados o representantes a los cuerpos colegiados, miembros de la fuerza pública, servidores y trabajadores del sector público, tanto financiero como no financiero. Las instituciones para las que es de obligatoria observancia el Mandato 2 son las que se enuncian en el Art. 2 del mismo instrumento.

En el Art. 3 del Mandato No. 2 se exceptúan de la aplicación del límite de la remuneración fijada a los funcionarios del servicio exterior, de la fuerza pública o de otras instituciones del Estado que se encuentran, de manera permanente, cumpliendo funciones diplomáticas, consulares o de agregaduría en el exterior, en representación del Ecuador. Además se establece un régimen especial para Galápagos, en cuanto a las remuneraciones de dignatarios, magistrados, autoridades, funcionarios, personal que realiza actividades administrativas, servidores y trabajadores del sector público que trabajan en instituciones públicas y que viven en la provincia insular de Galápagos, en el sentido de que para éstos se podrán incrementar las remuneraciones hasta en un cien por ciento (100%).



El resto del articulado del Mandato 2 se refiere a la remuneración adicional variable, a la compensación por residencia, a la prohibición de crear o restablecer otros complementos remunerativos, a las dietas, las liquidaciones e indemnizaciones por supresión de partidas, renunciaciones o retiros voluntarios. Ninguna autoridad, juez o tribunal podrá reconocer o declarar como derecho adquirido un ingreso mensual total que exceda los límites señalados en el Mandato en referencia.

El Mandato Constituyente No. 4 (RO-S 273, 14-II-08) por su parte, considera que la contratación colectiva en las entidades detalladas en el artículo 2 del Mandato Constituyente No. 2, al ser un derecho de los trabajadores, no puede generar privilegios y abusos en el pago de indemnizaciones por terminación de las relaciones laborales, en cualquiera de sus formas, que atenten contra la igualdad de los ciudadanos ante la ley y comprometan los recursos públicos económicos del Estado cuando asume la calidad de empleador; y que el establecimiento de límites o regulaciones generales en cuanto al pago de indemnizaciones por terminación de las relaciones laborales, bajo cualquier modalidad, contemplados en los contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito o cualquier otra forma de acuerdo en el sector público, financiero y no financiero, no significa atentar contra el derecho a la contratación colectiva, garantizado por la legislación nacional y convenios internacionales suscritos por el Ecuador.

En el Art. 1 se ratifica que el Estado garantiza la estabilidad de los trabajadores, la contratación colectiva y la organización sindical, en cumplimiento a los principios universales del derecho social que aseguran la igualdad de los ciudadanos frente al trabajo, evitando inequidades económicas y sociales.

Se impone un máximo de trescientos (300) salarios básicos unificados del trabajador privado, para las indemnizaciones que por despido intempestivo correspondan al personal que trabaja en las instituciones señaladas en el artículo 2 del Mandato No. 2, advirtiendo que ninguna autoridad, juez o tribunal podrá declarar como derecho adquirido, ni ordenar el pago, de una indemnización por terminación de relaciones laborales, bajo la figura de despido intempestivo por un monto superior al ya referido.

El Mandato Constituyente No. 8 (RO-S 330, 6-V-08), si bien se lo conoce como el que elimina y prohíbe la tercerización, intermediación laboral, contratación por horas y cualquier forma de precarización de relaciones de trabajo, que es

propio de las relaciones individuales de trabajo, también se ocupa, dentro de las disposiciones generales y transitorias, de los contratos colectivos de trabajo.

El Pleno de la Asamblea Constituyente consideró que en aras de la equidad laboral era necesario revisar y regular las cláusulas de los contratos colectivos de trabajo celebrados por instituciones del sector público, empresas públicas estatales, de organismos seccionales y por las entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza o estructura jurídica, el Estado o sus Instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos de recursos públicos, que contenían privilegios y beneficios desmedidos y exagerados de grupos minoritarios que atentaban contra el interés general y de los propios trabajadores; por lo que en la Disposición General Cuarta luego de garantizar la contratación colectiva de trabajo en todas las instituciones anteriormente mencionadas, se impuso la obligación de ajustar las cláusulas de los contratos colectivos del sector público a los términos establecidos en los mandatos constituyentes y en las regulaciones del Ministerio de Relaciones Laborales.

16.1.3.- Instrumentos internacionales

En el siglo pasado era común distinguir dos órdenes normativos, el nacional y el internacional, pero la realidad actual ya no corresponde a esa perspectiva. Actualmente si bien existe una cantidad de normas producto de acuerdos entre Estados, éstas ya no se refieren exclusivamente a las relaciones entre ellos “sino que también cubren la trama de derechos y deberes constitutiva de las relaciones entre el Estado nacional y los habitantes de su territorio” (Pásara, 2008, p. 29).

El mismo autor aclara que desde que se suscribieron en 1948 tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha dado un gran desarrollo normativo fortalecido, por una parte, con el surgimiento de la jurisdicción internacional y, por otra, por la vigencia de las referidas normas dentro del ordenamiento jurídico interno de cada Estado; por lo que concluye que no debe entenderse como derecho internacional a la normativa que sobre derechos humanos se encuentran en los acuerdos internacionales, puesto que se trata de

normas de origen internacional pero que, al ser suscritas, aprobadas y ratificadas, han pasado a formar parte del derecho interno, en virtud del mandato constitucional expreso, que en la mayoría de los casos nacionales



les reconoce mayor valor que a la ley ordinaria. En consecuencia, estas normas pueden ser invocadas ante los tribunales nacionales y deben ser aplicadas por éstos en aquellos casos en que resulten pertinentes (Pásara, 2008, pp. 29, 31).

En el caso ecuatoriano cabe destacar, en primer lugar, que ya desde 1971 el Código del Trabajo incorpora al Derecho Internacional al proclamar, en el segundo inciso de su primer artículo, que las normas relativas al trabajo contenidas en leyes especiales o en convenios internacionales ratificados por el Ecuador, serán aplicadas en los casos específicos a las que ellas se refieren. En segundo lugar, que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos aún en la Constitución prevalecerán sobre cualquier norma jurídica o acto del poder público (Art. 424 CR); y aún más, por disposición constitucional contenida en el Art. 11, los derechos y garantías establecidos tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación. De allí la gran importancia de las disposiciones que consagran estos instrumentos internacionales, sobre los derechos fundamentales de los trabajadores, concernientes al ámbito del Derecho Laboral Colectivo, concretamente a los derechos de asociación y de huelga. A continuación revisaremos los principales.

16.1.3.1.- Declaración Universal de los Derechos Humanos

En el Art. 20 se proclama que toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas y que nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación. Mientras que en el Art. 23 se declara que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo; que toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual; que toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social; y, finalmente, que toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

16.1.3.2.- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”

En el Art. 15 se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. Se advierte que el ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

El Art. 16 ya se refiere de manera específica a la libertad de asociación y se reconoce por ende el derecho que tiene toda persona a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. Se agrega que lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

16.1.3.3.- Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Los Estados Partes de este Pacto se comprometen a garantizar, de conformidad al Art. 8 (RO 101, 24-I-69):

- el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales; razón por la cual no podrán imponer otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
- el derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;
- el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.



Los Estados Partes no podrán adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

16.1.3.4.- Convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo

En el ámbito del Derecho Laboral Colectivo cabe destacar el Convenio 87 que se dedica a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicalización frente al Estado; el Convenio 98 que se refiere al derecho de organización y de contratación colectiva y establece las medidas destinadas a la protección del ejercicio de la libertad sindical “en las relaciones con los empleadores y con las organizaciones de los empleadores, especialmente en cuanto a la discriminación en el empleo y la negociación colectiva” (Rodríguez, 2010, p. 994). Estos son obviamente los más importantes y en torno a los cuales giran las instituciones básicas de esta rama del Derecho Laboral, sin por ello dejar de señalar que también se suscribió el Convenio 11, sobre los derechos de asociación y coalición de trabajadores agrícolas, y el 141 referido a las organizaciones de trabajadores rurales.

16.1.3.4.1.- Convenio 87 de la OIT

Declara que los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas (Art. 2). Reconoce el derecho de tales organizaciones de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción; imponiendo a las autoridades públicas la obligación de abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal (Art. 3).

Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa (Art. 4).

Reconoce a las mencionadas organizaciones el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores (Art. 5).

16.1.4.2- Convenio 98 de la OIT

Prescribe que los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo; protección que deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: condicionar el empleo de un trabajador a la no afiliación o desafiación a un sindicato; despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (Art. 1).

Igual protección confiere a las organizaciones de trabajadores y de empleadores contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración. Para el efecto se consideran actos de injerencia principalmente las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores (Art. 2).

Establece la obligatoriedad de adoptar las medidas adecuadas para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo (Art. 4).

16.1.3.4.3.- Convenio 11 de la OIT

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que haya ratificado el convenio en cuestión, se ha obligado a asegurar a todas las personas ocupadas en la agricultura los mismos derechos de asociación y de coalición que a los trabajadores de la industria, y a derogar cualquier disposición legislativa o de otra clase que tenga por efecto menoscabar dichos derechos en lo que respecta a los trabajadores agrícolas.

16.1.3.4.4.- Convenio 141 de la OIT

Para efectos de este Convenio, de conformidad al Art. 2, la expresión “trabajadores rurales” abarca a todas las personas dedicadas, en las regiones rurales, a tareas agrícolas o artesanales o a ocupaciones similares o conexas, tanto si se trata de asalariados como de personas que trabajan por cuenta propia, como los arrendatarios, aparceros y pequeños propietarios; a quienes se les reconoce igualmente el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Se reitera que los principios de la libertad sindical deberán respetarse plenamente y que las organizaciones de trabajadores rurales deberán tener un carácter independiente y voluntario, y permanecer libres de toda injerencia, coerción o represión.

Este Convenio se aplica sólo a aquellos arrendatarios, aparceros o pequeños propietarios cuya principal fuente de ingresos sea la agricultura y que trabajen la tierra por sí mismos o únicamente con ayuda de sus familiares, o recurriendo ocasionalmente a trabajadores supletorios y que: no empleen una mano de obra permanente; o no empleen una mano de obra numerosa, con carácter estacional; o no hagan cultivar sus tierras por aparceros o arrendatarios.

También las recomendaciones de la OIT son fuentes del Derecho, y al respecto cabe al menos enunciar la número 91 que se refiere al procedimiento, definición, efectos, extensión, interpretación y control de la aplicación de los contratos colectivos, y la 163 sobre los medios para fomentar la negociación colectiva.

16.1.4.- Código del Trabajo

El Código del Trabajo se encuentra entre las principales fuentes normativas del Derecho del Trabajo, tanto individual como colectivo, el mismo que al momento se encuentra en proceso de revisión para ponerse a tono con la nueva Constitución, así como también con las nuevas necesidades y con los cambios dados en el ámbito del Derecho Laboral en general y del colectivo en particular. Todo el Título II y los capítulos I y II del Título V del referido cuerpo normativo en vigencia están exclusivamente dedicados al contrato colectivo, las asociaciones de trabajadores y a los conflictos colectivos, respectivamente.

16.1.5.- Contratos colectivos de trabajo

El contrato colectivo es el instrumento, de observancia obligatoria, en el que se plasman las aspiraciones de los trabajadores coligados, luego de una negociación con la parte empleadora, con el fin es mejorar precisamente las condiciones de trabajo. A esta institución, reconocida y garantizada en la Constitución y en instrumentos internacionales, dedicaremos la lección 19.

16.1.6.- Fallos de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje

También son fuentes particulares del Derecho Laboral Colectivo los fallos de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, que por expresa disposición constitucional son los que se resuelven de manera exclusiva los conflictos colectivos surgidos entre empleadores y trabajadores. Los Tribunales se conforman para cada caso en particular de manera tripartita (Inspector o Director Regional del Trabajo, según se trate del Tribunal de primera instancia o del Tribunal Superior, respectivamente; dos vocales por parte de los trabajadores y dos por parte de los empleadores). Estos fallos surten los mismos efectos generalmente obligatorios que los contratos colectivos y las actas transaccionales.

La llamada jurisdicción laboral colectiva se caracteriza por ser: a) especial y excluyente, precisamente porque los Tribunales de Conciliación y Arbitraje son los “únicos órganos de administración de justicia con la facultad de conocer y resolver sobre los conflictos de trabajo y excluyen cualquier posibilidad de intervención de los otros para revisar sus decisiones o fallos”; b) pluripersonal y pluriparcial, por la integración tripartita (funcionario público y vocales representantes de las partes); c) temporales, ya que los órganos de la jurisdicción laboral colectiva se conforman y se disuelven “junto con el nacimiento y extinción del conflicto específico que deben conocer y resolver”; d) conciliatoria, puesto que tiene como principal función el que las partes lleguen a conciliar sus divergencias, es decir que arriben a un avenimiento “gestionado por terceros respecto de los aspectos del desacuerdo” que no se refieran a los derechos irrenunciables de los trabajadores; y, e) con función arbitral, la misma que “habrá de cumplirse solo si la gestión conciliatoria no ha logrado sus objetivos”, por lo que la etapa arbitral tendrá lugar una vez “agotada la de conciliación y en ésta el Tribunal podrá actuar, en los aspectos de hecho, como amigable componedor y, en los derecho, como árbitro de derecho” (Castro, 1995, pp. 249-255).



16.1.7.- Actas transaccionales

Por medio de las actas transaccionales se llegan a acuerdos de manera directa durante la sustanciación del conflicto colectivo ante los ya referidos Tribunales, y con ellas se pone fin al conflicto si es que el acuerdo fuere total, o se pone fin simplemente a alguna(s) de las divergencias, en cuyo caso se deberá continuar con el trámite para resolver todo aquello en lo que no hubo consensos.

16.1.8.- Jurisprudencia

En el ámbito objeto de estudio la jurisprudencia, resultado de los pronunciamientos de los jueces, sólo se produce en temas de disolución y liquidación de asociaciones profesionales de trabajadores, ya que para los demás conflictos colectivos los únicos competentes son los Tribunales de Conciliación y Arbitraje.

Lo dicho no se contrapone al hecho de que, de conformidad al numeral 2 del Art. 191 del Código Orgánico de la Función Judicial, es competencia de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia conocer los recursos de casación en los juicios por ejecución de convenios acerca de conflictos colectivos de trabajo, que sean motivo de reclamación por el trabajador o empleador en cuanto a sus derechos individuales o particulares.

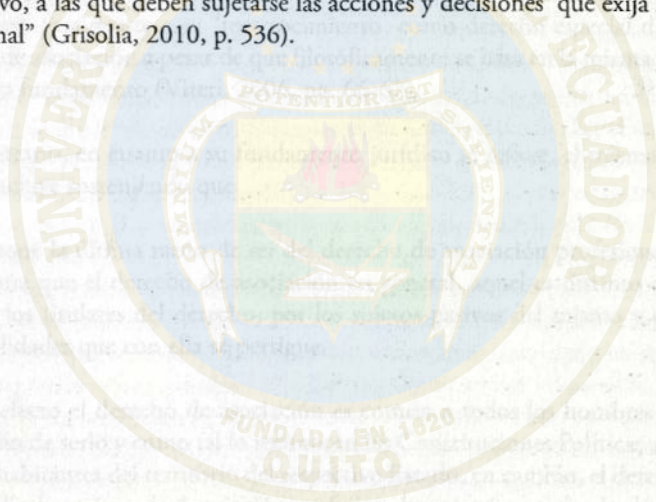
Respecto a la justicia ordinaria y constitucional, sin embargo, cabe señalar las reflexiones de Gustavo Jalkh a propósito de la presentación de la obra de Pásara, refiriéndose al reto que suponen los derechos humanos para la función judicial en el Estado constitucional de Derecho (lo que ahora cobra aún mayor fuerza en el Estado de derechos y justicia) que exige a los jueces tener un rol diferente, y así nos dice que:

Los jueces dejan de ser “boca de la ley” y se convierten en interpeladores de la misma [la Constitución] y creadores del contenido de los derechos. Los jueces dejan la aplicación mecánica y la neutralidad, y pasan a utilizar herramientas de argumentación jurídica convirtiéndose en críticos. Ser críticos [...] implica que los jueces deben valorar la ley en relación a los principios constitucionales y que no pueden ser indiferentes al resultado de su aplicación. Si el efecto de la aplicación de una ley es un resultado injusto, los jueces deben crear una regla conforme a la Constitución. Para ello, deben ser más creativos. El juez, en este contexto, sospecha de la ley

y cuando tiene la convicción de que ésta no se ajusta a los derechos y a la Constitución, puede inaplicarla. Las leyes pueden estar vigentes por haber sido expedidas por autoridad competente y de acuerdo a un procedimiento preestablecido, pero inválidas, por ser inconstitucionales (Jalkh, en Pásara, 2008, p. 11).

16.1.9.- Estatutos de las asociaciones

Los estatutos de las asociaciones profesionales son fuente de Derecho en la medida en que establecen el régimen jurídico de cada una de ellas, y por ende su objeto, sus fines, sus funciones, la representación legal, los órganos de administración, los derechos y obligaciones de los afiliados, las sanciones disciplinarias, los fondos sindicales, las causas de disolución así como la forma de liquidación. “Es el conjunto de normas fundamentales establecidas por el órgano deliberativo, a las que deben sujetarse las acciones y decisiones que exija la vida asociacional” (Grisolia, 2010, p. 536).



LECCIÓN 17

DERECHO DE ASOCIACIÓN Y LIBERTAD SINDICAL

17.1.- Derecho de asociación

El derecho de asociación, conocido también como de sindicalización o de agremiación, no es sino, al decir de Joaquín Viteri “causa a la vez que efecto del reconocimiento universal de la libertad de reunión y de asociación pacíficas”, quien además agrega que fue a partir de la Revolución Francesa que se reconoció el derecho de reunión y asociación pero sin embargo estaba prohibido para la defensa de intereses profesionales “de ahí que la conquista de la libertad de asociación profesional fue ulterior y tuvo que buscar una justificación propia” lo que dio paso finalmente a su “reconocimiento como derecho especial distinto al general de asociación a pesar de que filosóficamente se basa en la misma razón, principio o fundamento (Viteri, 2006, pp. 66-67).

Por el contrario, en cuanto a su fundamento jurídico se refiere, el mismo autor citado concluye sosteniendo que

Aunque la última razón de ser del derecho de asociación profesional es la misma que el derecho de asociación en general, aquel es distinto de éste por los titulares del derecho, por los sujetos pasivos del mismo y por las finalidades que con ella se persigue.

En efecto el derecho de asociación es común a todos los hombres por el hecho de serlo y como tal lo reconocen las Constituciones Políticas a todos los habitantes del territorio del respectivo Estado, en cambio, el derecho de Sindicalización o de Asociación profesional es común a todos los hombres en cuanto tienen la calidad de trabajadores o de patronos.

El derecho de asociación es un derecho frente al Estado, no lo es frente a los demás hombres, sino frente a los empleadores o patronos, y la finalidad de aquel es todo aquello para lo que la acción aislada del hombre no sea suficiente, siempre que no se trate de un carácter lucrativo, en tanto que la finalidad de la asociación profesional es el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y eventualmente de los empleadores y patronos (Viteri, 2006, p. 69).



Por su parte I.C. van Gestel afirma que “las personas y las agrupaciones intermediarias tienen derecho a existir, a afianzarse y a defender sus actividades: “la colectividad debe respetar ese derecho y, en caso de necesidad facilitar y completar su ejercicio”, para ello trae a colación la Doctrina Social de la Iglesia que sostiene que “así como, siguiendo el impulso natural, los que están juntos en un lugar forman un municipio, asimismo lo que se ocupan de un mismo arte o profesión, sea económica o de otra especie, forman asociaciones o cuerpos”(Encíclica *Quadragesimo Anno*, de Pío XI) (van Gestel citado en Funes de Rioja, 2010, p. 929); y de allí que sea preocupación especial del Estado el garantizar el derecho y la libertad de asociación, y más aun el estimular la creación de asociaciones de trabajadores y empleadores, lo que obviamente no debe entenderse como un intervencionismo estatal; aunque al respecto cabe advertir que si bien es innegable la importancia “para el logro de una democracia la renovación de la directiva”, puesto que “las largas permanencias en los puestos fundamentales favorecen la burocracia sindical, anquilosa al dirigente, lo aleja de las bases, pierde la noción de la realidad y con ello, sus reclamaciones no representan el verdadero sentir de los representados” (Altamira, 2010, p. 1085), no es menos cierto que la disposición del numeral 8 del Art. 326 de la Constitución, constituye una injerencia en la autonomía sindical que la misma reconoce y garantiza.

17.1.1.- Antecedentes del derecho de sindicalización

El hombre como ser eminentemente social, encontró en la asociación la fuerza que no tenía al actuar de manera individual. Es así como fueron apareciendo paulatinamente los gremios como uniones de obreros y artesanos dentro de cada actividad, regida por ordenanzas o estatutos especiales; las cofradías (agrupaciones de artesanos del mismo oficio, unidos por un común sentimiento religioso, con fines de mutualismo piadoso) (Ostau De Lafont, 2006, p. 16); y las corporaciones, es decir aquellas asociaciones intervenidas por poderes públicos (Valverde y otros, 1997, p. 248).

El propósito tanto de los gremios, como de las cofradías y las corporaciones era el de auxiliarse mutuamente, ya sea en cuanto a capacitación en el arte u oficio, o bien como asistencia social de viudas y huérfanos de los mismos obreros o artesanos agremiados u organizados, como clara manifestación del adagio popular de que en la unión está la fuerza, para alcanzar mayores y mejores conquistas laborales y sociales. Es decir que:

las formas organizativas utilizadas por los grupos sociales y profesionales con fines de autotutela, para la defensa y promoción de sus respectivos intereses, han sido y siguen siendo muy variadas: coalición, asociación y corporación, por citar las de mayor relevancia. El uso de unas u otras depende de muchos factores, fundamentalmente del grado de consistencia y conciencia colectiva, del contexto social y económico, de las corrientes ideológicas dominantes, o en fin, de las posibilidades de organización concedidas por la ley (Valverde y otros, 1997, p. 247).

Rubén Castro afirma que “cierto es que en las sociedades esclavista y feudal los comerciantes, artesanos, barqueros y de otros oficios constituyeron sociedades como los conocidos colegios, sodalitas, corporaciones o gremios y que tales instituciones tenían evidente función en torno a los intereses económicos de los agrupados”, sin embargo aclara que no tenían propiamente una connotación laboral, por lo que incluso llega a cuestionarse si resultan efectivamente antecedentes de las actuales asociaciones gremiales. El único nexo que encuentra entre todas ellas es que se conforman en el marco de relaciones de la producción; haciendo alguna salvedad con el gremio, con el que percibe una mayor similitud si se considera que “el artesanado pauperizado, cooptado a la manufactura o industrias capitalistas mantiene el espíritu colectivo y logra plasmarlo en la conformación de esas nuevas asociaciones obreras”. Acota además como característica de las primeras el hecho de que se encuentran en el ámbito civil y que el objetivo de sus actividades es defender el oficio así como la “posición que en la producción tienen sus afiliados”, y así comenta que por ejemplo el gremio surge básicamente para impedir “la proliferación de sujetos que practiquen el mismo oficio, en desmedro de los existentes y asociados”, mientras que en otros casos la finalidad es simplemente “intervenir en la contratación de compraventas de bienes o dotarse de reglamentos propios para limitar el ejercicio del oficio o, como en las guildas en las que sus acuerdos se orientan a la defensa de los miembros en situaciones de peligro”. En el caso de los gremios anuncia que aunque estos regulen, por así admitirlo algunos regímenes, descansos y salarios “tal cuestión ocurre como mecanismo precautelador del ejercicio del oficio y en defensa de los propietarios de los medios de producción, de los maestros, y no de los oficiales y aprendices”; para concluir finalmente que,

el movimiento laboral organizado surge en condiciones en que se han constituido relaciones de producción asalariadas y, por tanto, de dependencia entre obrero y empleador o patrono. No podemos desentendernos del hecho de que éste es un movimiento clasista y que esta

cualidad se transfiere a la asociación que se constituye para, colectivamente, defender los intereses de clase frente a los de su opuesta en las relaciones de producción en las que participan ambas; de modo que la intención no es la defensa de la profesión, en los mismos términos que ocurría en las anteriores, sino en el sentido que se pretenden condiciones en esas mismas relaciones que, sobre todo, limiten la naturaleza explotadora que implica. La asociación obrera, así, encierra un proyecto social (Castro, 1995, pp. 136-137).

17.1.2.- Evolución del sindicalismo en el Ecuador

La lucha incesante de los trabajadores por el reconocimiento de sus derechos sindicales, tanto en el Ecuador como a nivel mundial, tuvo que superar difíciles etapas comenzando por una de proscripción para ir hacia una de protección, pasando por una de simple tolerancia.

La primera etapa del sindicalismo, como sistema de organización obrera, se caracterizó por incluir entre los delitos la actividad sindical, es decir que la asociación con fines defensa de intereses clasistas estaba prohibida y proscrita.

“Durante gran parte del siglo XIX se derogaron las disposiciones represivas, inaugurándose un período de prescindencia legal, tolerándose de hecho el accionar de las mismas”, y así la organización de trabajadores y la huelga, ya no se prohibía ni se la consideraba delito, pero aún no se la regulaba ni protegía legalmente (Funes de Rioja, 2010, p. 934).

Por último una etapa denominada de legitimación, reconocimiento legal y protección, en que se reglamentan en algunos países diversas instituciones del Derecho Laboral Colectivo. “Con la *Trade-Union Act* Inglesa, se institucionaliza el quehacer de dichas organizaciones intermedias”, advirtiendo sin embargo que “no todos los países han seguido un modelo uniforme de regulación sino que la misma ha estado condicionada por aspectos esenciales que definían la filosofía política que lo inspiraba” (Funes de Rioja, 2010, p. 935).

Actualmente se vive precisamente una etapa de legitimación, en la que a más de proteger a los trabajadores en el ejercicio de sus derechos, se promueve la conformación de asociaciones profesionales de trabajadores, como producto de haber elevado los derechos de los trabajadores a la categoría de derechos constitucionales, siendo la primera constitución en incorporar en su texto

los derechos del trabajo, como parte de los derechos sociales, la mexicana de Querétaro de 1917, seguida por la constitución alemana de Weimar de 1919.

En el Ecuador la primera referencia al derecho de asociación la encontramos en la Constitución de 1869, sin embargo es a partir de la de 1929 que de manera expresa y explícita se incorpora el derecho de organización, de asociación o de sindicalización; que desde entonces se ha mantenido con ligeros matices en lo que a la forma declarativa se refiere, y así, la actual Constitución del año 2008, garantiza tanto el derecho de sindicalización o de organización como el de la libertad sindical, sin autorización previa, aclarando que tal derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones así como otras formas de organización y afiliarse a las de su preferencia, que es lo que en la doctrina se conoce como libertad en sentido positivo, y también reconoce el derecho a desafiliarse libremente o simplemente a no afiliarse que vendría a ser la libertad en sentido negativo. Igual derecho se garantiza a los empleadores para conformar sus propias organizaciones, entiéndase no exclusivamente aquellas reguladas por el Código del Trabajo, sino a todas aquellas a través de las cuales ellos defienden sus intereses comunes, como por ejemplo serían las Cámaras de Comercio, de Industria, de Minería, etc.

Consecuentemente la Constitución de la República del Ecuador:

- garantiza el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. También garantiza la organización de empleadores;
- declara que el Estado estimulará la creación de organizaciones de trabajadores y empleadores, de acuerdo con la ley, y promoverá su funcionamiento democrático, participativo y transparente con alternabilidad en la dirección; y,
- prescribe que el sector laboral estará representado por una sola organización, para todos los efectos de las relaciones laborales en las instituciones del Estado (Arts. 326, nral. 7, 8 y 9 CR).

En este mismo sentido el Código Laboral prescribe que las autoridades del trabajo auspiciarán y fomentarán la organización de las asociaciones de trabajadores, especialmente de las sindicales, en las categorías y con los fines y formalidades determinados en la misma normativa.



El Código del Trabajo además consagra que trabajadores y empleadores, sin distinción ni autorización previa, tienen derecho a constituir las asociaciones profesionales o sindicatos que estimen conveniente, a afiliarse a ellos, o, a retirarse de los mismos, con observancia de la ley y de los estatutos de las respectivas asociaciones (Art. 440 CT).

El mismo Art. 440 del Código del Trabajo agrega que las asociaciones profesionales o sindicatos tienen derecho a constituirse en federaciones, confederaciones o cualesquiera otras agrupaciones sindicales, (entiéndase las primeras como asociaciones de base o de primer grado, y las siguientes de segundo y tercer grado, respectivamente); así como afiliarse o retirarse de las mismas o incluso de las organizaciones internacionales, sean estas de trabajadores o de empleadores.

La facultad de pertenecer a una asociación profesional o sindicato se le reconoce a todo trabajador mayor de quince años (pese a que en el Código siga constando catorce), toda vez que por disposición, ya constitucional, está prohibido el trabajo para menores de quince años.

Otra de las formas en que la ley garantiza la libertad de asociación es prohibiendo que las organizaciones sean suspendidas o disueltas por resolución administrativa, de conformidad al Convenio 87 de la OIT, y por el contrario, disponiendo que solo procede por resolución judicial, la misma que deberá tramitarse en juicio oral (antes de la reforma que introdujo el procedimiento oral para los juicios laborales, la suspensión o resolución de las asociaciones se sustanciaba en trámite ordinario de conformidad a una resolución de 30-X-02 de la entonces Corte Suprema de Justicia) (Monesterolo, 2010, p. 352).

17.2.- Libertad sindical y autonomía sindical

17.2.1.- Definición de libertad sindical

La libertad en general es la facultad que tiene toda persona de la especie humana para actuar de determinada manera o bien para no hacerlo, de allí que sea consecuentemente responsable tanto por sus acciones como por sus omisiones. Ya propiamente en el ámbito laboral, y particularmente, en el laboral colectivo.

Por libertad sindical se entiende el conjunto de derechos o facultades de los trabajadores y empresarios, para constituir o fundar, organizar y participar en la conducción, administración y gobierno, decidir sobre la disolución

y liquidación; como también afiliarse, desafiliarse o directamente no inscribirse a ninguna (Altamira, 2010, p. 1081).

Así pues, la libertad sindical, como una de las tantas manifestaciones de la libertad institucional o fundamental, desde el punto de vista jurídico “está formada por todos los derechos subjetivos, por los principios y por las instituciones jurídicas cuya intangibilidad garantiza la Constitución”; y en tal sentido “es una condición inherente a la esencia del hombre [...]; es consubstancial con el de humanidad y, como tal, posee un valor permanente” (Viamonte y Germani, respectivamente, citados en García, 2010, p. 978).

Entre otras definiciones de libertad sindical podemos destacar las siguientes:

“Es el conjunto de poderes individuales y colectivos, positivos y negativos, que aseguran la independencia de sus respectivos titulares en orden a la fundación, organización, administración y gobierno, así como también la actividad externa (o sea sindical) de las asociaciones profesionales de trabajadores” (Justo López citado en Altamira, 2010, p. 1081). Entiéndase en todo caso que la libertad sindical no se agota en el derecho de asociación, sino que incluye la “posibilidad real de desarrollar efectivamente la actividad sindical”; es por ello que Gigno Gugini sostiene que este principio se manifiesta en la libertad: de organización, de contratación y de medidas de acción directa (Etala, 2010b, pp. 957-958).

Se la considera también como un “medio de protección de otros derechos más importantes y trascendentes por cuanto se vinculan íntimamente con la perfección de la persona humana”; es decir que no se la concibe de manera “independiente o aislada de otros derechos, porque como bien afirma Caro Figueroa, no hay libertad sindical sin libertades civiles y políticas; todas integran facultades necesarias e imprescindibles para el ejercicio pleno de cada uno” (Altamira, 2010, pp. 1081- 1082).

Valverde nos dice que la libertad sindical “nació históricamente para facilitar y tutelar – frente al Estado, frente al empresario y, en su caso, frente a otras posibles agresiones- la libre constitución de sindicatos, la libre sindicación y el libre desarrollo de la actividad judicial”. El mismo autor agrega que “con el paso del tiempo su contenido se ha enriquecido extraordinariamente, pero aún hoy sigue girando en torno a esa triplete: derechos de fundación o constitución de organizaciones sindicales, derechos de afiliación y pertenencia a las mismas, y el derecho al ejercicio de la actividad sindical” (Valverde y otros, 1997, p. 266).



Carlos Tomada por su parte, coincide con Valverde en el sentido de que la libertad sindical surge “como un concepto de auto-tutela de los trabajadores frente a la represión estatal y como contrapartida al poder ilimitado del empresario”, y agrega que éste se consolida como “instrumento para la paz social, a través de la cual se juridifica la participación de las organizaciones sociales en la reconstrucción del continente europeo, como opción política del mundo occidental”. El mismo autor continúa señalando que el carácter de instrumento para la integración social se refuerza con la adopción de los principales convenios de la OIT (concretamente los referidos a la libertad sindical: el 87 y el 98). La comunidad internacional lo entendió también “como un instrumento esencial para el equilibrio social” al consagrar la libertad sindical en la Declaración Universal de los Derechos Humanos “como el único derecho asociativo específico y reconocerle su carácter de derecho humano fundamental” (Tomada, 2010, p. 1017).

Como un mecanismo para evitar que el empleador coarte por cualquier medio la libertad sindical se ha tipificado como delito la coacción que el empleador, por sí o por cuenta de un tercero, ejerza contra los trabajadores para abandonar o ingresar a una sociedad obrera determinada, y así consta en el Art. 211 del Código Penal.

El Estado como suscriptor de Convenio 87 de la OIT, debe proteger y asegurar el efectivo ejercicio de la libertad sindical, razón por la cual está en la obligación de respetar la legalidad y observar lo prescrito en el numeral 2 el Art. 8 de mismo en cuanto a que “la legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas” en el Convenio.

Hay quienes reconocen un aspecto positivo y uno negativo en la libertad sindical, y así:

- Positivo: en cuanto los trabajadores y empleadores tienen derecho a:
 - o unirse entre sí con el objeto de constituir una asociación; o,
 - o afiliarse a asociaciones ya constituidas sin requerir autorización previa.
- Negativo: es en cambio el derecho de:
 - o no afiliarse a ningún sindicato; o,
 - o abandonar la asociación profesional a la que pertenece.

A más de los aspectos positivos y negativos de la libertad sindical, hay autores que consideran los aspectos individuales y colectivos de la misma, así, en el primer caso se refiere a la facultad de constituir organizaciones sindicales o afiliarse a ellas mientras que en el segundo se refiere al funcionamiento de las asociaciones como tales. No sería por lo tanto aceptable la afiliación obligatoria por cuanto esto contravendría “el espíritu y la letra de nuestra Constitución, que se nutre fundamentalmente de un valor supremo: la libertad” (Funes de Rioja, 2010, p. 930).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, según cita que nos trae el mismo autor Funes de Rioja, ha sostenido en reiteradas ocasiones que “la agremiación sindical útil y justa prestigiada por la bondad de sus fines y realizaciones reclama una afiliación libre sin sujeción a su aceptación forzosa, doctrina que se conforma con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención 87 de la Organización Internacional del Trabajo sobre libertad sindical ratificada por la ley” (Funes de Rioja, 2010, pp. 930-931).

17.2.2.- Definición de autonomía sindical

Es el derecho de las asociaciones para:

- redactar sus propios estatutos y reglamentos;
- elegir libremente a sus dirigentes y representantes;
- organizar su administración y actividades;
- elaborar y aprobar sus programas de acción;
- unirse entre sí y formar:
 - o federaciones,
 - o confederaciones; o,
 - o cualquier otra organización sindical: nacional o internacional;
- afiliarse a las asociaciones ya constituidas;
- retirarse de las asociaciones de las que formen parte.

“La autonomía colectiva tiene su fundamento en la libertad sindical. Y ésta a su vez, en una manifestación especial de la libertad en general, convirtiéndose, según expresión de Otto Kahn-Freund en una libertad cívica o en un derecho humano fundamental” (García, 2010, p. 977).

El segundo inciso del Art. 440 del Código del Trabajo faculta a las asociaciones a constituirse en federaciones, confederaciones o cualesquiera otras agrupaciones

sindicales, así como a afiliarse o retirarse de las mismas o de las organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores. Las federaciones “son asociaciones de trabajadores que tienen un carácter cantonal o provincial, agrupaciones regionales o nacionales por ramas de trabajo” (Alomía, 2002, p. 177).

Jorge Vásquez en cambio por federación “reconoce a la unión, alianza o liga de asociaciones o grupos organizados con finalidades comunes que pueden ser de tipo gremial, político, económico deportivo y sindical...”, y acota que en el Ecuador estos organismos gremiales superiores “se vinculan por criterios respecto al ámbito de acción, por la rama de actividad o por un perímetro territorial, nacional o regional, de manera que la unión de varias federaciones conforman un organismo superior, a nivel nacional denominado confederación” (Vásquez L., 2010, p. 109).

Siguiendo al último autor citado destacamos que en Ecuador existen muchas federaciones que no se limitan a trabajadores dependientes sino también de independientes, como por ejemplo “hay federaciones de campesinos, por regiones o por ideología, de choferes independientes, y también federaciones por ejemplo de trabajadores autónomos dedicados a la industria de la madera, a la de metal mecánica, de calzado, de sastrería o de los operadores de equipos camineros, etc.”; mientras que tratándose de confederaciones existen cinco a nivel nacional “que aglutinan a trabajadores según diferente motivación, orientación o filosofía laboral, las mismas que han realizado gestas importantes para el movimiento sindical ecuatoriano” (Vásquez L., 2010, pp. 109, 111).

El Estado tiene el deber de garantizar el derecho de asociación sindical, así como también auspiciar y fomentar la organización de asociaciones de trabajadores. De allí que la Ley de Financiamiento de las Centrales Sindicales (Ley 180, RO 804, 9-VIII-84), impone a los trabajadores de las empresas o instituciones en las que exista sindicatos, comités de empresa o asociaciones afiliadas a una o más confederaciones nacionales de trabajadores, la obligación de pagar a dichas confederaciones el medio por ciento de su remuneración, como cuota obligatoria adicional a la establecida en el Código del Trabajo (Art. 1); mientras que impone a los empleadores del sector público o privado la obligación de descontar de las remuneraciones de los trabajadores el porcentaje señalado para entregarlo al representante legal del sindicato, comité de empresa o asociación mediante cheque cruzado a la orden de la confederación nacional respectiva (Art.2).

17.3.- Unidad y pluralidad sindical

Existe unidad sindical cuando por disposición constitucional o legal “se impone la existencia de un solo sindicato por actividad, oficio o profesión, o cuando sólo uno, si existieren varios, tiene a cargo las funciones precisamente sindicales” (Martínez, 2010, p. 971). Al primer supuesto es al que responde la disposición constitucional del Art. 326 nral. 9, para el caso del sector público. Se argumenta a su favor que fomenta movimientos vigorosos y eficaces y además que la pluralidad

lleva a la división del movimiento obrero, a su atomización, con pérdida de la fuerza o vigor necesarios para sus fines. Sin embargo, la realidad viva de los países democráticos que reconocen la pluralidad, como esencia de la libertad sindical y aún la prédica de la misma OIT, es más que suficiente para demostrar que el eventual poder sindical no queda lesionado por el sistema plural, sino por lo contrario, éste permite la libre determinación de los trabajadores que quieran agremiarse, optando por aquel que consideren más apto para cumplir con los fines gremiales (Martínez, 2010, pp. 972-973).

Se reconoce en todo caso que la unidad sindical no respeta plenamente la libertad individual.

El Comité de Libertad Sindical, órgano dependiente del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, recordó que “a pesar de que los trabajadores pueden tener interés en evitar que se multipliquen las organizaciones sindicales, la unidad del movimiento sindical no puede ser impuesta mediante intervención del Estado por vía legislativa, pues dicha intervención es contraria al principio incorporado en los Arts. 2 y 11 del Convenio 87” (Funes de Rioja, 2010, p. 940). A lo que se podría agregar que al igual que resulta antidemocrático un sistema de un partido político único, lo sería aquel que impone el sindicato único, contrariando la naturaleza de toda democracia que va ligada a la “posibilidad de que el trabajador opte, dentro de la actividad o de la empresa, por un sindicato que estima lo representará adecuadamente (Martínez, 2010, p. 975). Se le reconocen además como ventajas al sistema de la pluralidad sindical que respeta libertad individual y garantiza eficiencia, aún cuando promueve sindicatos debilitados y atomizados, y por ende resta fuerza y representatividad; y al decir de Grisolia (2010, p.541) provoca inconvenientes a la hora de negociar contratos colectivos.



La idea del pluralismo sindical fue acuñado durante la Guerra Fría por los países europeos “para evitar un sindicalismo unido y fuerte en manos de los contradictores del sistema o sea, de quienes seguían el ideario comunista. Esto significa que el pluralismo, en realidad, se fomentó para debilitar a los sectores mayoritarios de aquel sindicalismo (Tomada, 2010, p. 1034). La pluralidad sindical

implica la posibilidad de que al mismo tiempo, y en el mismo lugar, la misma categoría profesional esté indistintamente congregada en torno al sindicato único o dividida en diversos sindicatos de la misma naturaleza. En un régimen de pluralidad sindical el trabajador tiene la posibilidad de escoger, entre diferentes sindicatos, aquel que mejor se ajuste a sus ideas y aspiraciones (Etala, 2010b, p. 958).

La pluralidad sindical “se vincula a un sistema en que es posible constituir asociaciones profesionales en cada actividad, profesión u oficio, o bien contar con diversas entidades representativas de los trabajadores”, en este caso se puede hablar propiamente de respeto a la libertad sindical. Sin embargo cabe aclarar que la pluralidad no excluye a la unidad, la que puede darse por la propia voluntad de los trabajadores “no compelidos a ello por disposiciones legales o administrativas” (Martínez, 2010, p. 972).

Ante la pluralidad sindical se hace necesario establecer criterios que permitan señalar a cuál de las varias asociaciones le corresponde la representación. Uno de ellos es el del sindicato más representativo, como en el caso del Ecuador. Esta noción proviene de “una necesidad práctica imperiosa: la de conciliar el principio de la libertad sindical con la necesidad de unificar la representación profesional, con miras a una mayor eficacia de ésta o por otras necesidades que no admiten la existencia de representaciones superpuestas o bifurcadas (Corte, citado en Tomada, 2010, p. 1033).

Una fórmula sugerida por Nápoli para evitar los supuestos males de la pluralidad sindical antes enunciados, es que o bien se reconozca entre las varias asociaciones a la más representativa para que sea la gestora del conjunto; o bien que se le atribuya representatividad del conjunto a una comisión integrada por delegados de las distintas asociaciones, en forma proporcional; o bien por último, distinguir, las propias asociaciones, a una de ellas como la más representativa. A lo que Ossorio y Florit agregan una cuarta posible solución: “dejar que los diversos sindicatos, en el régimen plural presenten y defiendan sus puntos de vista y

que los poderes públicos determinen el camino que haya de seguir” (Martínez, 2010, p. 973).

17.4.- Tipos de sindicalización

- Obligatoria
 - o Es aquella impuesta por ley; o bien,
 - o propuesta por los sindicatos.
- Voluntaria
 - o Es la decidida libremente por cada trabajador.
 - o Es el régimen prevaleciente a nivel mundial.
 - o Es la más pura manifestación de la libertad sindical.
 - o En el Ecuador existe la posibilidad incluso de que no exista sindicato alguno.

Pese a que en Ecuador se encuentra consagrada tanto por la legislación como por la costumbre la sindicalización voluntaria se impone la obligación a todos los trabajadores, sindicalizados o no, de contribuir con una cuota, equivalente al 1% de la remuneración mensual que el empleador, a pedido de la asociación, deberá descontar a cada uno de ellos. Esto ha suscitado algunas reacciones contrapuestas, aun cuando mayormente se reconoce que tal imposición puede justificarse por los beneficios que todos los trabajadores, indistintamente si están a no sindicalizados, pueden tener como resultado de las gestiones que realiza el Comité de Empresa o el sindicato mayoritario, por intermedio de sus dirigentes, al momento de negociar por ejemplo el contrato colectivo o como producto de los conflictos colectivos.

Julio César Trujillo, luego de analizar las diferentes opciones en cuanto a la sindicalización, esto es, la voluntaria y la obligatoria con sus respectivos matices, concluye afirmando que del ejercicio del derecho de sindicalización depende la construcción de un nuevo orden de justicia y de libertad, por lo que resulta lícito que se reconozca el derecho a la abstención o no ejercicio de este derecho, esto es, la posibilidad de mantenerse completamente al margen de la vida sindical (Trujillo, 1987, p. 96).

Por ser voluntaria la afiliación no puede presumirse el deseo de pertenecer o no a uno u otro sindicato o asociación, y es por ello que la Ley expresamente exige



para ser parte de una asociación legalmente constituida, que conste por escrito la declaración expresa del trabajador manifestando su voluntad de integrar tal o cual asociación; por lo que carecen de valor las disposiciones estatutarias que consagran como sistema de afiliación la presunción de la voluntad de los socios.

17.5.- Garantías sindicales

El legislador se ha ocupado de rodear al derecho de sindicalización de una serie de garantías, para protegerlo frente a los riesgos que pudieran provenir por parte de los empleadores y así asegurar su efectivo ejercicio. Las fundamentales se enuncian a continuación:

Libertad de asociación: la ley reconoce a todos los trabajadores y empleadores el derecho de constituirse en asociación, de afiliarse, no afiliarse o desafiliarse de las mismas.

- **Reconocimiento de personería jurídica:** las asociaciones gozan de personería jurídica por el hecho de constituirse conforme a la Ley y registrarse en la Dirección Regional del Trabajo, y no podrán ser suspendidas o disueltas, sino mediante el juicio oral establecido por la legislación para las controversias laborales (Art. 440 CT, 4to. inciso).
- **Contratación colectiva:** las asociaciones de trabajadores pueden proponer en cualquier momento la negociación y suscripción del contrato colectivo.
- **Estabilidad:** imposibilidad de despido o desahucio a los trabajadores (fuero) durante:
 - o la organización de la asociación (Art. 459 CT);
 - o el ejercicio de la dirigencia sindical (Art. 187 CT).
- **Obligaciones especiales del empleador (Art. 42 CT):**
 - o respetar las asociaciones;
 - o conceder licencias a dirigentes;
 - o descontar de las remuneraciones las cuotas sindicales;
 - o proporcionar local para el funcionamiento de la asociación;
 - o entregar a la asociación el 50% de las multas;
 - o acordar con los trabajadores los procedimientos de quejas; y,
 - o facilitar la propaganda sindical.

El fuero sindical es la especial tutela que protege tanto la estabilidad de los trabajadores de una empresa o rama donde se ha producido el acto asociativo, cuanto el ejercicio de las funciones dirigenciales de los elegidos para los cargos directivos, a fin de dotarle de eficacia al ejercicio del derecho de asociación obrera (Castro, 1995, p. 160).

Fuero significa una jurisdicción especial o un privilegio que se otorga a una persona o a una clase de persona o a una clase social o política, y en el caso sindical, a ciertos trabajadores; en principio a los que han decidido agruparse dentro de una organización sindical y posteriormente a quienes la dirigen.” Se trata pues de una norma de excepción que busca proteger a determinados trabajadores de eventuales represalias por parte de los empleadores, quienes en muchos casos, lejos de fomentar la constitución de asociaciones pretenden desalentarlas, ya sea despidiendo a los promotores o dirigentes sindicales, o estorbando el ejercicio de sus funciones. Por ello “este fuero constituye una garantía especial, una norma de protección y estímulo para lograr la conformación y la vida de las asociaciones sindicales” (Vásquez L., 2010, p. 49).

Siguiendo las enseñanzas del tratadista Guillermo Cabanellas, el término fuero detenta diferentes acepciones, unas “orientadas –con múltiples sutilezas- hacia juicio y jurisdicción, privilegio, uso, costumbre, ley o compilación legislativa”; otras, ya concretamente en el ámbito sindical, hacen referencia a la especial protección que “por el cargo desempeñado, se brinda a ciertos dirigentes gremiales, en relación a su contrato individual de trabajo” (Cabanellas, 2001, p. 230). Por lo tanto se trata de una garantía de estabilidad por la que se prohíbe el despido sin justa causa o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo de los trabajadores que ostentan alguna representación sindical.

En el caso de la legislación ecuatoriana el fuero sindical impide que el empleador despidan o desahucien a los trabajadores desde el momento en que estos notifican al Inspector del Trabajo y anuncian que se han reunido con el propósito de constituirse en asociación, protección de la que gozan hasta después de 30 días contados desde la fecha de la notificación. Esta prohibición ampara a todos los trabajadores, hayan o no concurrido a la asamblea general, y estén o no a favor de la constitución de la asociación. Una vez conformada la asociación sindical el fuero se reduce solo a los dirigentes por todo el tiempo que ejerzan sus funciones y aún por un año más; y en caso de ser despedidos o desahuciados, éstos podrán seguir en sus funciones, por todo el tiempo para el cual hubieren



sido elegidos. El empleador que contraviniera la prohibición aludida, esto es que despidiere o desahuciare a uno o más trabajadores, deberá una indemnización especial adicional equivalente al sueldo o salario de un año; con el agravante de que en caso de mora de hasta treinta días en el pago por parte del empleador, el trabajador podrá reclamar judicialmente, y si la sentencia fuere condenatoria el empleador deberá pagar el recargo del cincuenta por ciento en beneficio exclusivo del trabajador.

Otro tema que amerita especial reflexión, relacionado con el fuero sindical, es el relativo a la acumulación de las indemnizaciones para los dirigentes, esto es a las que consagra el contrato colectivo y las del Código del Trabajo.

La Corte Nacional de Justicia resolvió que la acumulación de indemnizaciones por despido intempestivo procede siempre que la ley así lo disponga expresamente o cuando en el contrato individual o colectivo así se haya convenido por las partes integrantes de la relación laboral, es decir, que no es pertinente que a la sanción contemplada en la contratación colectiva se deba añadir la sanción contemplada por la ley (Resolución de 30-VI-09, RO 650, 6-VIII-09).

Respecto a las obligaciones especiales del empleador, anteriormente enunciadas, vale hacer algunas precisiones; así por ejemplo:

- El Código Penal sanciona a quienes con violencia o amenazas obliguen a otro para tomar parte en una huelga; y específicamente a los empleadores y empresarios que desconociendo los derechos sindicales afecten el funcionamiento de las organizaciones de trabajadores.

En el Art. 210 encontramos que será reprimido con prisión de un mes a un año “el que ejerciere violencia sobre otro, o le amenazare para obligarle a tomar parte de una huelga o boicot. La misma pena sufrirá el patrón, empresario o el empleado que, por sí o por cuenta de alguien, suspendiere en todo o en parte el trabajo en sus establecimientos, agencias o escritorios, con el fin de imponer a sus dependientes modificaciones en los pactos establecidos; y los que por solidaridad, hicieren lo propio en otros establecimientos”.

En el Art. 211 se prescribe que “la misma pena se aplicará al patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien ejerciere coacción para obligar a otro a intervenir en alguno de los actos determinados en

la segunda parte del artículo anterior, o para abandonar o ingresar a una sociedad obrera determinada”.

- En el propio estatuto de la asociación se debe fijar la cuota mínima que cada trabajador tendrá que pagar, que no podrá ser inferior al uno por ciento de su remuneración; obligación que tiene todo trabajador aun cuando no se encuentre afiliado a ninguna asociación, según lo impone el numeral 7 del Art. 447, dejando en todo caso a salvo el derecho del trabajador a escoger la asociación de su preferencia. Ante esto existen criterios encontrados en la medida en que se sostiene “que al no tratarse de un impuesto o de una carga pública, no son aplicables a quienes no se encuentran afiliados a la asociación profesional en cuestión” (Funes de Rioja, 2010, p. 939); mientras que otros justifican esta contribución obligatoria por los beneficios que se derivan de la gestión sindical a favor de todos los trabajadores, afiliados o no.
- La obligación que tiene el empleador de proporcionar local para que funcione la asociación y se reúnan consecuentemente sus dirigentes responde a la circunstancia de que no se concibe un ejercicio pleno de la libertad sindical si los trabajadores en su propio lugar de trabajo no tuvieran la posibilidad de desarrollar actividades gremiales. Ha de entenderse que la asignación del local debe ser previamente decidida de común acuerdo entre trabajadores y empleadores, y su uso debe estar debidamente reglamentado.

LECCIÓN 18

ASOCIACIONES PROFESIONALES

18.1.- Definición de asociación profesional

- Organizaciones permanentes de trabajadores o empleadores, de una misma profesión, oficio o lugar de trabajo que persiguen de manera concertada, mejorar los derechos y garantías en el desarrollo de su actividad laboral o productiva.
- Acción concertada de obreros o patronos para la defensa de sus intereses comunes (Castro, 1995, p. 143).
- Asociación de trabajadores ligados por un interés económico común que busca, ante todo, la representación, defensa y promoción de ese interés (Thayer y Novoa, 1987, p. 195).

Aun cuando no sea muy feliz la definición que el Convenio 87 de la OIT nos trae en su Art. 10, por ser tautológica y por demás simple, parece pertinente citarla, y así “organización significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tengan por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”.

Por su parte el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define al sindicato como la “asociación de trabajadores constituida para la defensa y promoción de intereses profesionales, económicos o sociales de sus miembros” (RAE, 2001); por lo pronto entiéndase como término genérico, es decir sin las distinciones que hace la doctrina y la legislación ecuatoriana.

Se trata por ende de una “agrupación voluntaria de personas con carácter permanente para la consecución de un fin determinado”, por lo que ofrece ventajas frente a una simple coalición, como son una “mayor consistencia organizativa” así como una mayor permanencia lo que le “proporciona mayores posibilidades de acción y mayor aptitud para el cumplimiento de fines amplios y genéricos” (Valverde y otros, 1997, p. 248). Lo cual se entiende si se parte del hecho de que

el hombre es por naturaleza sociable y por ello es que a través de la asociación y de la unión le es posible satisfacer necesidades, lograr objetivos, realizar perfecciones que aisladamente le serían inalcanzables. Desde luego el lenguaje articulado y la posibilidad de aprender y enseñar evidencian su destino social. Lo mismo acontece en el campo del trabajo y la producción, y organizarse para esos fines, es una exigencia de la naturaleza imperfecta y perfectible del hombre (Thayer y Novoa, 1987, p. 189).

18.2.- Naturaleza jurídica de las asociaciones profesionales

No hay uniformidad de criterios sobre si acaso las asociaciones profesionales son personas jurídicas de derecho privado, de derecho público o de derecho social. Los argumentos para defender cada una de tales teorías se resumen a continuación:

- de derecho privado: por el origen, la finalidad, por la falta o restricción de la potestad estatal;
- de derecho público: por formar parte del Estado, o, por las funciones y fines:
 - o funciones normativas (cláusulas obligatorias para todos los trabajadores, incluso para los no afiliados); o,
 - o utilidad pública: fin de interés general;
- de derecho social: fin último, que el sindicato se integre en el Estado de Derecho social (Trujillo, 1987, pp. 77-78).

Al pretender abordar la naturaleza jurídica de las asociaciones profesionales nos encontramos con numerosas doctrinas incluso contradictorias. Trujillo señala que la discusión más importante se centra en determinar si acaso se trata de personas jurídicas de derecho privado o de derecho público, para lo cual se remite a estudios realizados por otros muy ilustres tratadistas del Derecho y sostiene que el que mejores razones da para sostener la primera de las teorías, esto es, que las asociaciones son de derecho privado, es Krotoschin al decir que “son entes privados por su origen, por su finalidad, que no es pública, por la falta o al menos por la restricción de la potestad de imperio y, en fin, por la ausencia del control administrativo, al menos en principio”; aún cuando reconoce que las asociaciones puedan tener determinadas funciones de innegable interés público, o puedan tener alguna potestad pública, e incluso una cada vez más acentuada vigilancia administrativa (Trujillo, 1987, pp. 76-77).

El mismo Trujillo nos señala que entre quienes sostienen por el contrario la segunda teoría, esto es que las asociaciones son de derecho público, cabe diferenciar a aquellos que le “atribuyen la calidad de personas de derecho público en cuanto forman parte del Estado”, de aquellos que simplemente las tienen “por tales por las funciones que cumplen y los fines que persiguen”. Finalmente se enuncia que existe lo que podría denominarse una postura ecléctica defendida por varios autores quienes sostienen que las asociaciones son de derecho social, ya sea por pertenecer a un derecho que participa tanto del derecho público como del privado, como por el hecho, según otros, de que el objeto de las asociaciones es que “el trabajador se integre en el sindicato, para que éste a su vez, se integre en el Estado de derecho social” (Trujillo, 1987, pp. 76-78).

18.3.- Características

- Tienen una finalidad esencialmente económica;
- son exclusivamente del ámbito laboral;
- sirven a intereses privados, compatibles con el interés público;
- se constituyen por acuerdo libre y no por acto de autoridad;
- su poder se funda en el número de sus afiliados;
- tienen representatividad;
- gozan de libertad (Thayer y Novoa, 1987, pp. 196-197).

Las características de las asociaciones obviamente dependerán de sus diversas modalidades; sin embargo partiendo de la premisa de que en el Ecuador el término asociación profesional resulta genérico, dentro de éste se pueden distinguir agrupaciones de trabajadores como de empleadores, y entre las primeras a su vez sindicatos, comités de empresas o comités centrales únicos. Los empleadores no acostumbran organizarse como asociaciones profesionales al amparo del Código del Trabajo, sino que emplean otros medios para la auto-tutela de sus intereses; y es por ello que se reserva prácticamente de manera exclusiva el término sindicato para referirse a la “asociación permanente de trabajadores para la defensa y promoción de sus intereses, en particular de sus condiciones de vida y trabajo (Valverde y otros, 1997, p. 250), concepto que insistimos, tanto le vale al sindicato propiamente dicho como al comité de empresa, cuyas diferencias se destacan más adelante.

Con esta previa aclaración, podemos enunciar como otras características de la asociación profesional de trabajadores en general las siguientes: “se trata de una agrupación de trabajadores asalariados”, con “naturaleza asociativa” y “fines de



auto-tutela” que emplea “medios sindicales” para alcanzar sus fines (entre los que se cuenta la negociación colectiva y la huelga) (Valverde y otros, 1997, pp. 250-252).

18.4.- Constitución de las asociaciones profesionales

Para que un colectivo de trabajadores puedan conformar una asociación profesional de trabajadores que llegue a tener personería jurídica, y por ende gozar de toda la protección que el Estado está obligado a proporcionales, es preciso observar los requisitos de forma y de fondo que la ley ha establecido para el efecto.

18.4.1.- Requisitos de forma y fondo

18.4.1.1.- De forma

- Asamblea General.
- Notificación al Inspector del Trabajo, y posteriormente al empleador por parte de la autoridad administrativa.
- Envío al Ministerio de Relaciones Laborales de:
 - o El acta constitutiva.
 - o La nómina de la directiva.
 - o El estatuto.
 - o La nómina de los miembros.
- Registro del estatuto.

18.4.1.2.- De fondo

- Número:
 - o Mínimo 30 trabajadores.
 - o Más del 50% del total de trabajadores (para comité de empresa).
- Capacidad.
- Finalidad.

Para que la asociación de trabajadores o de empleadores (aunque ésta última difícilmente se conforme acogiendo a las disposiciones del Código del Trabajo, por razones anteriormente ya mencionadas), tenga personería jurídica, es

necesario primeramente que así lo resuelvan los trabajadores o empleadores, de ser el caso, en una asamblea constitutiva y posteriormente observen el procedimiento formal que consiste básicamente en presentar en la Dirección Regional del Trabajo la documentación exigida, que consta en el Art. 443 del Código del Trabajo, y que se ha resumido en las líneas precedentes.

18.4.1.1.1.- Asamblea general constitutiva

Es la reunión a la que acuden los trabajadores interesados en conformar una asociación profesional, para lo cual requieren contar con el número mínimo de 30 para constituirse en sindicato, y cumplir además con el requisito de representar al menos el 50% de total de los trabajadores si lo que pretenden es constituir un comité de empresa. En el caso de empleadores se requiere tan solo de tres. De la asamblea se debe elevar un acta que deberá contener las firmas de todos los asistentes o bien la huella digital de quienes no supieren o no pudieren firmar.

18.4.1.1.2.- Notificación al inspector del trabajo

La notificación a la autoridad administrativa del trabajo surte el efecto de garantizar desde ese momento la estabilidad a todos los trabajadores de la empresa, hayan o no asistido a la reunión, por lo que no podrán ser despedidos ni desahuciados durante todo el tiempo que dure el trámite de conformación de la asociación. Nótese que la ley dice que es desde el momento en que los trabajadores notifican al Inspector del Trabajo, y no desde que éste notifica a su vez al empleador. De allí la importancia de la diligencia del abogado que asesore a los trabajadores de remitir la notificación a la brevedad posible; incluso en casos muy controvertidos se opta por invitar a la asamblea constitutiva a la autoridad del trabajo para que desde ese momento se entienda notificada y surta para los trabajadores el efecto ya indicado.

18.4.1.1.3.- Acta constitutiva

Es el instrumento que da fe de que los trabajadores se han reunido con el objeto de conformar un sindicato o un comité de empresa y por ello se requiere que sea lo más explícita posible, comenzando por los datos generales de lugar, día y hora. Debe constar también en ella el número de trabajadores asistentes y si se pretende conformar un comité de empresa entonces adicionalmente indicar el porcentaje que representan en relación con el total de los trabajadores de la empresa. En la



asamblea, una vez constado el *quórum*, por lo general se designa un secretario *ad-hoc* quien será el encargado de conducir la sesión. A continuación se procede a mocionar la conformación de la asociación; se toma nota de las intervenciones, en caso de haberlas, para luego pasar a la votación. Inmediatamente se procede a nombrar una directiva provisional a la que generalmente se le encarga la redacción del estatuto, así como la realización de los trámites necesarios con el propósito de alcanzar la personería jurídica. Al final de la sesión el secretario redacta el acta y da lectura de la misma y todos los asistentes la suscriben al pie dando así fe de la resolución tomada.

18.4.1.1.4- Directiva

La directiva es provisional mientras dura el trámite de constitución que, en la mayoría de los casos, es confirmada una vez que se obtiene la personería jurídica. Esta directiva será por lo general la encargada de alistar el proyecto de estatuto para que sea considerado en las asambleas generales subsiguientes. Por la autonomía sindical cada asociación se encuentra plenamente facultada para elegir y nombrar a sus directivos de conformidad a sus particulares intereses. Se deberá elaborar, para efectos de completar la documentación requerida para el registro, una nómina de los miembros de la directiva provisional, con la indicación de la nacionalidad, sexo, profesión, oficio o especialidad, lugar o centro del trabajo y domicilio de cada uno de ellos.

Las directivas deberán estar integradas únicamente por trabajadores propios de la empresa, aun cuando se trate de cargos de secretarios, síndicos (entiéndase en este caso simplemente como el encargado para administrar los intereses de la asociación por elección de sus miembros, mas no como procurador síndico) o cualquier otro que signifique dirección de la organización (Art. 449 CT).

18.4.1.1.5.- Estatuto

Es el instrumento que establece el régimen jurídico aplicable a la asociación; así el Art. 447 detalla las materias a las que se ha de referir y enuncia:

- Denominación social y domicilio;
- representación legal;
- forma de organizar la directiva;
- obligaciones y derechos de los afiliados;
- condiciones de admisión;

- procedimiento para la fijación y forma de pago de cuotas o contribuciones;
- monto de la cuota mínima;
- sanciones disciplinarias ;
- frecuencia mínima de las reuniones ordinarias y requisitos para las extraordinarias;
- fondos sindicales;
- casos de extinción y forma de liquidación; y,
- las demás que determinen las leyes o resuelva la asamblea (Art. 447 CT).

18.4.1.1.6.- Nómina de trabajadores que se incorporaren

A más de la nómina de quienes conforman la directiva provisional es necesario elaborar una nómina de todos los trabajadores que se hubieren incorporado al sindicato, asociación profesional o comité de empresa, con posterioridad a la asamblea general constitutiva, con especificación del lugar de su residencia, la profesión, oficio o especialidad y el lugar de trabajo de los integrantes (Art. 443 CT).

18.4.1.1.7- Registro

Las asociaciones profesionales o sindicatos gozan de personería jurídica por el hecho de constituirse conforme a la Ley y constar en el registro que para el efecto llevará la Dirección Regional del Trabajo. Se probará la existencia de la asociación mediante el certificado que extienda dicha dependencia; sin embargo si la asociación o sindicato debidamente constituido hubiera realizado actos jurídicos antes de su inscripción en el registro y luego de la remisión de los documentos que se mencionan en el Art. 443 del Código del Trabajo, el efecto de la inscripción se retrotraerá a la fecha de celebración de dichos actos jurídicos (Art. 442 CT).

Para el caso del comité de empresa se mantiene en el Art. 459 numeral 2 la obligatoriedad de someter los estatutos a la aprobación del Ministerio de Relaciones Laborales, como requisito para el registro en la Dirección Regional del Trabajo, aún cuando dicha exigencia resulta inconstitucional y contraria a lo que prescribe el Art. 2 del Convenio 87 de la OIT.

Cualquier sindicato, al igual que todo ente moral sujeto de derechos y obligaciones al que consecuentemente la ley le reconoce la capacidad de actuar en derecho, requiere previamente obtener el reconocimiento por parte del poder

público y desde entonces gozar de personería o personalidad jurídica, la que, en el caso que nos ocupa, se obtiene desde la inscripción del estatuto (Trujillo, 1987, p. 146).

El registro del estatuto se lo debe hacer en el Ministerio de Relaciones Laborales en el plazo máximo de treinta días contados a partir de la fecha de recepción de toda la documentación. En el supuesto de que el Ministro no cumpla con la disposición legal de ordenar el registro en el libro correspondiente, que para el efecto lleva la Dirección Regional del Trabajo, quedará de hecho reconocida la personería jurídica del sindicato o de la asociación profesional.

En el supuesto de que el estatuto contuviere disposiciones contrarias a la Constitución o a las leyes el Ministro negará el registro, lo que comunicará a la asociación o sindicato con la indicación de las razones de orden legal que fundamenten la negativa. Habrá de entenderse que corresponde a la asamblea general adecuar el estatuto para ser reingresado al Ministerio y proceder finalmente al registro, es decir, una vez acatadas todas y cada una de las observaciones realizadas por el Ministerio del ramo.

18.4.1.2.1.- Número mínimo de trabajadores para conformar una asociación

Treinta es el número mínimo exigido para la conformación de cualquier tipo de asociación profesional de trabajadores. La determinación de este número fue consecuencia de la Ley 133 (RO 817, 21-X-91) que reformó el Código de Trabajo, ya que hasta entonces el mínimo era de tan solo 15 trabajadores. Obviamente que hubo muchos reparos y críticas a este cambio toda vez que implicó un perjuicio para los trabajadores quienes vieron afectados sus derechos al exigirse un número mayor. Esto, sumado a la etapa de flexibilización laboral, conllevó “a la extinción de miles de sindicatos, tanto en el sector privado como en el público. Situación que agregada a las contradicciones internas y al incontrolado burocratismo del movimiento sindical, le ocasionaron una gravísima crisis de la que hasta ahora no puede recuperarse” (Cano, 2009, p. 293).

Cuando un empleador o empresa tuviere varias agencias o sucursales en diferentes provincias los trabajadores en cada una de ellas pueden constituir sindicato o asociación profesional, debiendo en cada caso observar los requisitos de número o otros exigidos por la ley en relación con cada una de tales agencias o sucursales (5to inc. Art. 440 CT).

18.4.1.2.2.- Porcentaje mínimo para constituir un comité de empresa

Para organizar un comité de empresa la ley exige que la asamblea esté constituida por más del 50% de los trabajadores, pero en ningún caso podrá constituirse con un número inferior a treinta trabajadores. Esta exigencia le confiere al comité de empresa una mayor representatividad y de ello se derivan las facultades especiales que la ley le reconoce que se resumen en participar en la negociación del contrato colectivo, intervenir en los conflictos colectivos y representar a los trabajadores en sus reclamaciones cuando éstos no prefieran hacerlo por sí mismos.

18.4.1.2.3.- Capacidad

La capacidad, entendida como la facultad para poderse obligar por sí mismo sin el concurso de otra persona, en el ámbito laboral tiene reglas particulares. Así, de conformidad al Art. 35 del Código del Trabajo son hábiles para celebrar contratos de trabajo todos los que la ley reconoce con capacidad civil para obligarse; sin embargo, la misma norma enuncia la excepción a esta regla general que se refiere a los adolescentes que han cumplido quince años de edad, a quienes también les reconoce capacidad para suscribir contratos de trabajo, sin necesidad de autorización alguna; consecuentemente la ley les faculta a pertenecer a una asociación profesional o a un sindicato (según el Art. 440 tercer inciso, que pese a que dice mayor de catorce años, ha de entenderse quince, por lo dispuesto en el Art. 35 del Código del Trabajo y por la expresa prohibición constitucional del trabajo para adolescentes menores de quince años).

18.4.1.2.4.- Fines

El Código Laboral garantiza la protección a las asociaciones, siempre que persigan los siguientes fines:

- capacitación profesional;
- cultura y educación;
- apoyo mutuo (formación cooperativas); y,
- mejoramiento económico y social;

Se descartan consecuentemente los fines políticos, proselitistas, religiosos, y cualquier otro ajeno a la naturaleza propias de las relaciones laborales y de defensa de intereses profesionales y de clase.



Las asociaciones en definitiva hacen un frente común ante los empleadores para defender los intereses de la clase trabajadora y procurar mejores condiciones laborales, lo cual se concreta en la negociación del contrato colectivo. El Estado condiciona la protección a las asociaciones al cumplimiento de los fines taxativamente mencionados en el Art. 441 del Código del Trabajo.

Consecuentemente se podría afirmar que la razón de ser de las asociaciones es:

- Lograr una situación de igualdad de los trabajadores frente a los empleadores que utilizan sus servicios, eliminando la situación de inferioridad en que se encuentra cada trabajador aislado (Deveali, 2010a, p. 450).
- Perseguir mayores garantías y derechos para el desarrollo de su actividad, principalmente económica, social y cultural” (Alomía, 2002, p. 57).

Hay quienes consideran, sin embargo, que en la actualidad el rol de los sindicatos va más allá, como sería el “poner un límite y resistir en este último reducto a los avances de la flexibilización y de la desregulación y quizá incluso acompañar y vigilar a su interlocutor en el camino de las concesiones negociadas” (Kasalow, citado en Barbagelata, 2009, p. 57); mientras que para otros las asociaciones profesionales debería “dejar de estar a la defensiva y proponer nuevos modelos socioeconómicos, nuevas modalidades en las reivindicaciones y nuevas formas de participación” (Barbagelata, 2009, p. 57).

18.5.- Funciones de las asociaciones

El Art. 461 del Código del Trabajo enuncia como funciones del comité de empresa:

- el celebrar contratos colectivos,
- intervenir en los conflictos colectivos de trabajo,
- resolver estatutariamente los incidentes o conflictos internos,
- defender los derechos de clase,
- propender al mejoramiento económico y social de sus afiliados,
- representar a los afiliados en los asuntos que les interese, siempre que no prefieran reclamar sus derechos por sí mismos;

funciones todas ellas que en todo caso coinciden, en los aspectos generales, con las que tienen las asociaciones de trabajadores en general, excepto en lo que

respecta a la negociación colectiva y a la intervención en los conflictos colectivos, que son facultades privativas del comité de empresa, salvo que éste no exista, en cuyo caso, asumirá tales funciones la asociación mayoritaria.

Al decir de Daniel Funes de Rioja, las funciones de las asociaciones podrían enunciarse de la siguiente manera:

- a) Peticionar en defensa de los intereses gremiales colectivos; b) defender y representar los intereses gremiales individuales y laborales de sus afiliados ante la justicia, la autoridad de aplicación y otros organismos del Estado, a petición de parte, que se acreditará mediante carta poder; c) defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses profesionales colectivos del sector respectivo cuando no hubiere en la misma actividad asociación que gozare de personería gremial; ...e) colaborar, a requerimiento del Estado, en el perfeccionamiento de la legislación laboral y previsional; f) promover la instrucción general y profesional de sus afiliados mediante obras apropiadas tales como bibliotecas, conferencias, publicaciones, escuelas o cursos técnicos, talleres y exposiciones; g) imponer cuotas o contribuciones a sus afiliados; h) realizar sus reuniones y asambleas...i) ejercer, en el cumplimiento de sus fines, todos los demás actos que no les sean prohibidos (Funes de Rioja, 2010, pp. 941-942).

18.6.- Clases de asociaciones profesionales de trabajadores

- **Sindicato**
 - o Requiere un mínimo de 30 trabajadores.
 - o No es necesariamente una asociación mayoritaria.
 - o Puede existir uno o más en una misma empresa.
 - o Su estatuto solo debe ser registrado.
- **Comité de Empresa**
 - o Debe conformarse con más del 50% de trabajadores, a más de observar el requisito del número mínimo de treinta trabajadores.
 - o Sólo puede existir uno en cada empresa.
 - o Su estatuto debe ser aprobado.
 - o Entre sus funciones están:

- Celebrar los contratos colectivos;
- intervenir en los conflictos colectivos.

Tanto el comité de empresa como el sindicato son entidades de primer grado, es decir conformadas por personas naturales, trabajadores pertenecientes a una misma empresa en el primer caso, o en el segundo también a una misma "actividad, profesión, oficio o categoría, que se aglutinan con el propósito de defender sus intereses gremiales y laborales" (Martínez, 2010, p. 947).

Si bien ambas clases de asociaciones deben tener un mínimo de treinta trabajadores, para el caso del comité de empresa la Ley exige que la asamblea constitutiva esté conformada además por más del 50% de los trabajadores aún cuando con posterioridad este número se reduzca. De allí que sea por antonomasia la asociación más representativa, al menos al momento de su constitución.

Corresponde también al comité de empresa resolver, de conformidad con el estatuto, los incidentes o conflictos internos que se susciten entre los miembros del comité, la directiva y la asamblea general; defender los derechos de clase, especialmente cuando se trate de sus afiliados y representar a sus afiliados, por medio de su personero legal, judicial o extrajudicialmente, en asuntos que les interese, cuando no prefieran reclamar sus derechos por sí mismos (Art. 461 CT).

Entre las obligaciones de la directiva del comité de empresa se encuentran la de formular las bases de los contratos colectivos para que sean aprobados luego por la asamblea general; vigilar, una vez suscrito el contrato, su cumplimiento; controlar los fondos del comité y responder de su inversión y en general cumplir con las instrucciones del comité de empresa, al que deberá en todo caso rendir cuenta de sus actuaciones de manera periódica (Art. 462 CT).

- **Comité Central Único**
 - o Se constituye en ausencia del comité de empresa, en las instituciones del sector público.
 - o Su único objetivo es el de representar a los trabajadores en la negociación del contrato colectivo.
 - o Debe reunir los mismos requisitos de número y porcentaje de un comité de empresa.

- o Se trata de una simple coalición de trabajadores. No goza de personería jurídica.

Para los casos en que en la institución pública no existiere un comité de empresa y se pretendiera negociar un contrato colectivo es preciso conformar un comité que reúna los requisitos generales de un comité de empresa, particularmente en lo que respecta al porcentaje mínimo de trabajadores, pero que sin embargo no necesita cumplir con las formalidades de la constitución para obtener la personería jurídica, sino que se trata de una simple coalición.

En el sector privado en cambio, de no existir comité de empresa, el contrato colectivo deberá celebrarse con la asociación que tenga mayor número de trabajadores afiliados, siempre que cuente con más del 50% de los trabajadores de la empresa, de conformidad con el Art. 221 del Código del Trabajo.

El comité central único, llamado también comité especial, hace las veces del comité de empresa con todas sus facultades, incluyendo la de representar a los trabajadores judicial y extrajudicialmente.

La coalición es entendida como el “concierto o agrupación voluntaria de personas para la consecución de un fin concreto y determinado”, por lo que se caracteriza por su temporalidad o transitoriedad que no equivale por cierto a la “mera concurrencia o coincidencia de individuos” sino que por el contrario tienen “un propósito deliberado de actuar concertadamente, con una “escasa consistencia organizativa”, por lo que “ha constituido ante todo una forma embrionaria y de tránsito hacia formas más estables” (Valverde y otros, 1997, pp. 247-248).

En esta coalición los trabajadores se reúnen de manera temporal con un fin concreto, como sería en este caso, la negociación de un contrato colectivo, pero sin tener personería jurídica. Esto tiene una importante incidencia en el tipo de cláusulas que se pudieran acordar en el contrato, toda vez que no caben las obligacionales, es decir entre las partes contractuales, por cuanto una vez suscrito el contrato colectivo, el comité especial deja de existir y mal podría, consecuentemente, ser sujeto de derechos y obligaciones. Ello por supuesto no impide que se negocien y acuerden cláusulas normativas que de hecho son, en este caso, la razón de ser de la negociación ya que todas ellas se entenderán incorporadas de manera automática a cada uno de los contratos individuales, por lo que no quedan supeditadas a la existencia o no del comité contratante sino a la subsistencia de cada relación laboral individual.



Estas asociaciones, que son de primer grado, a su vez pueden constituir otras de segundo y de tercer grado, denominadas en el primer caso federaciones y en el segundo confederaciones.

En el Ecuador existen cinco federaciones o centrales de trabajadores

que aglutinan a trabajadores según diferente motivación, orientación o filosofía laboral, las mismas que han realizado gestas importantes para el movimiento sindical ecuatoriano, las mismas que son: la CEDOC, Central Ecuatoriana de Organizaciones Clasistas. Fundada el 28 de septiembre de 1938. La CTE, Confederación de Trabajadores del Ecuador. Fue constituida en 1944. La CEOSL, Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres. Fundada en 1962. La CEDOCUT, Central Ecuatoriana de Organizaciones Clasistas y Uniones de Trabajadores, grupo disidente que se fraccionó de la CEDOC a inicios de los años ochenta. La UGT, Unión General de Trabajadores, fundada en 1982 y legalizada en el año 1994 (Vásquez L., 2010, pp. 111-112).

18.7.- Sindicalización en el sector público ecuatoriano

La Ley Orgánica de Empresas Públicas (RO-S 48, 16-X-09) reconoce el derecho de conformar asociaciones solo a los obreros, por lo que resulta claro que tal derecho es exclusivo a los trabajadores amparados al Código Laboral; y así prescribe en su Art. 28 que las asociaciones de obreros se registrarán por las normas contenidas en el Título V de la Codificación del Código de Trabajo.

Esta disposición se deriva de la norma constitucional que reconoce, para el caso del sector público, solo a los obreros el derecho a la sindicalización y consecuentemente el de huelga.

La sindicalización de los servidores públicos encuentra resistencia, como en el caso del Ecuador que no ha suscrito el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo que establece las garantías para el ejercicio de la libertad sindical de quienes trabajan para el Estado, por estimarse, según expresiones de Guillermo Cabanellas, que en primer lugar no existe propiamente un contrato de trabajo, por cuanto “la prestación de servicios obedece a un compromiso de Derecho Público”, además de que el Estado no es empleador ni capitalista. El mismo autor agrega que “no existe relación de desigualdad ni tampoco intereses en pugna, ni propósito de especulación por parte de los poderes

públicos”, por lo que la situación del funcionario público difiere por completo de las del trabajador privado dependiente por cuanto “el funcionario tiene reconocidos diversos derechos en sus estatutos; mientras que los trabajadores celebran contratos privados, cuyas cláusulas varían por efecto de la libertad de contratación” (Cabanellas, 2001, p. 100); sin embargo podríamos afirmar que esto último es así solo en parte, ya que los trabajadores del sector privado tienen todos los derechos que consagra el Código del Trabajo, y por supuesto la Constitución y demás fuentes del Derecho Laboral, sin perjuicio de los que consten en el contrato de trabajo, por los principios de la primacía de la realidad y el de la intangibilidad y de no regresividad.

Continúa Cabanellas enunciando otras diferencias entre los funcionarios públicos y los empleados privados, en los siguientes términos:

Los funcionarios sirven intereses generales y, por lo tanto, carecen del derecho de huelga, corolario del derecho de coalición. Los trabajadores son sometidos, por una coacción previa, a condiciones de trabajo que se encuentran obligados a aceptar, y su situación se mejora por la sindicación y por la realidad o eventualidad de la huelga. El funcionario no puede ser separado de su cargo, salvo causa muy justificada, sin la formación de expediente y por algunas de las causas estatutarias; su prestación de servicios es vitalicia. El trabajador se encuentra en estado de indefensión: puede ser despedido con una indemnización, aun cuando no haya causa justificada para la rescisión del contrato. La mejora profesional de los trabajadores no puede admitirse con igual amplitud en los funcionarios, porque iría contra el propio Estado, contra la organización nacional y, a la postre, contra ellos mismos (Cabanellas, 2001, p. 100).

Pese a las diferencias que pudieran anotarse entre los servidores públicos y los trabajadores privados, no hay duda de que unos y otros gozan de derechos laborales mínimos que deben ser respetados y garantizados.

18.8.- Disolución y liquidación de las asociaciones

La disolución es la extinción jurídica de la asociación por la cual se destruye el vínculo que existiría entre los miembros de la misma y deja consecuentemente de ser sujeto de derechos y obligaciones. Puede ser voluntaria y legal, y pese a que ambas surten los mismos efectos, obviamente tienen diferentes causas.



- Voluntaria
 - o Se resuelve en la Asamblea General;
 - o según el estatuto.
- Legal
 - o Se resuelve en juicio oral.
 - o La causa puede ser:
 - la reducción de los miembros:
 - a menos de 30;
 - a menos del 25% del total, cuando se trata de comité de empresa.

No es causa de disolución del comité de empresa, de conformidad con el Art. 464 y siguiente del Código del Trabajo, el hecho de que, una vez ya constituido, el número de sus miembros llegue a ser inferior a 30, ni tampoco el que sus miembros queden reducidos a menos del 50% del total de trabajadores de la empresa, sea cual fuere la causa de la reducción, salvo que su número llegue a ser inferior al 25% del total.

Así tampoco los actos o contratos del empleador que fraccionen la empresa o negocio, acarrearán la desaparición del comité, aún cuando por tal motivo los trabajadores tengan que dividirse en grupos cuyo número sea inferior a treinta.

La liquidación, según Trujillo, es el “conjunto de operaciones realizadas para transformar en dinero los bienes y derechos y pagar con ese dinero todas las deudas y entregar a quien corresponda el saldo cuando lo hubiera”, y,

- se regula en los estatutos de cada asociación, o en su defecto por lo que resuelva la asamblea general;
- tiene por objetivo resolver el destino del patrimonio (compuesta de bienes, derechos y de obligaciones) de la asociación disuelta; y,
- para el efecto se designa a uno a más liquidadores (Trujillo, 1987, pp. 178-179).

La suspensión o disolución de las organizaciones sindicales, si bien por disposición legal debían sustanciarse únicamente por vía judicial no se les había asignado un trámite específico. Por este motivo, la Corte Suprema (hoy Corte Nacional) de Justicia resolvió que se lo hiciera en trámite ordinario (RO 715, 29-XI-02), sin reparar que éste resultaba completamente inapropiado por su lentitud. Ahora, de conformidad al cuarto inciso del artículo 440 del mismo cuerpo legal, producto de la reforma introducida por la Ley que estableció el procedimiento oral para los juicios laborales, para la suspensión y disolución de las referidas organizaciones, debe también observarse el procedimiento oral (Monesterolo, 2010, p. 352).

La referida disposición “extiende el procedimiento oral para un caso no individual como es la suspensión de una organización de trabajadores”, y por otra, “pretende normar una cuestión jurídica como es la acreditación de la personaría”. Los que propongan la suspensión o la disolución de una asociación profesional de trabajadores “deben ser sus representantes legales, y por ello deben presentar la prueba de ser efectivamente los representantes”, quienes estarán además obligados a presentar el acta que justifique que la resolución fue adoptada por la mayoría de los trabajadores (Hernández, 2005, p. 157).

La disolución y consecuente liquidación producen los siguientes efectos:

- Los trabajadores, asociados o no, continuarán prestando sus servicios en las condiciones fijadas en el contrato colectivo (Art. 243 CT).
- De disolverse y liquidarse el comité de empresa, podrá constituirse uno nuevo siempre que cumpla con los requisitos legales.
- En caso de pluralidad sindical, las asociaciones profesionales que hubieran coexistido con las que se disuelvan, subsistirán sin ninguna afectación.

Para concluir vale mencionar, haciendo eco de las expresiones de López, que durante los últimos veinte años la transformación de los sindicatos se ha caracterizado por la “interdependencia de los fenómenos de cambio social, el carácter transitorio de los acuerdos institucionales en el mundo del trabajo y la diversificación creciente de la concertación en materia laboral y sindical” (López, 2010a, p. 907).

Sin embargo no se puede dudar de que actualmente el sindicalismo atraviesa una verdadera crisis, lo que se refleja en “un decrecimiento de la tasa de



sindicalización y una aparejada disminución de la influencia de los sindicatos”, a lo que se agrega la crisis de credibilidad, desmovilización de trabajadores, todo lo cual se manifiesta de muy diversa manera; es por ello que Spyropulos sugiere cambios a los cuales los sindicatos deberían hacer frente, y los resume de la siguiente manera: “Cambios económicos, industriales y tecnológicos; evolución de la composición de la población activa; cambios institucionales y nuevas prácticas en materia de relaciones laborales; nuevas actitudes y comportamientos individuales ante el trabajo y globalización de la economía” (López, 2010a, p. 906).

Los largos años de crisis y de cambios exigen una reconversión de los sindicatos, por cuanto la concepción tradicional ya no resulta suficiente para “hacer frente a fenómenos que han excedido lo coyuntural. Es necesario pues, un sindicalismo adaptado a las mutaciones, un sindicalismo de transformación” (López, 2010a, p. 908). Adaptación que debe concentrarse, a criterio de Spyropulos en lo relativo a: a) los objetivos, encontrando caminos alternativos para la “reivindicación, contestación y de lucha contra el desempleo”, por ello no debe menguar en la defensa del “valor y la dignidad del trabajo humano”, “oponiéndose a discriminaciones y exclusiones, preservando así la igualdad de oportunidades y de trato” y la solidaridad; b) la representatividad: “sus esfuerzos deben encaminarse a congrega a trabajadores no organizados, mediante la diversificación de las prácticas de reclutamiento”; c) la estructura sindical: deberían agregarse a las tradicionales otras formas que respondan a criterios diferentes, tales “organización de técnicos, ejecutivos, jóvenes, mujeres, con desempeño en los mismos o en distintos niveles de actividad; d) actividades sindicales, las mismas que deben ser repensadas, por cuanto:

el futuro del sindicalismo está estrechamente ligado a su capacidad de dar nuevas respuestas a las necesidades y aspiraciones de sus afiliados, poniendo el acento en los aspectos cualitativos del trabajo. Para ello parece imperioso encarar la diversificación de los servicios ofrecidos a sus afiliados, teniendo en mira la transformación de sus actitudes y comportamientos, teñidos en estos tiempos de un marcado individualismo, exteriorizados, en ciertos sectores, en intereses aparentemente incompatibles (Spyropulos, citado en López, 2010a, pp. 909-910).

López concluye, en su artículo sobre la prospectiva del sindicalismo, afirmando que el movimiento sindical ha atravesado en su larga historia momentos de fortaleza y de debilidad y que el debilitamiento actual “no parece ser ni irreversible

ni irrevocable”, por lo que sostiene que “el futuro de los sindicatos dependerá en definitiva de su capacidad de construir, a partir de un nuevo grupo motor de trabajadores, [...] una nueva red de alianzas, un proyecto global creíble y movilizador” (López, 2010a, p. 911).

18.1. Definición de contrato laboral colectivo

Las asociaciones de trabajadores encuentran su principal razón de ser en la negociación colectiva, toda vez que es a través de ella que se cristalizan sus aspiraciones de mejoras en las condiciones de trabajo y por ende la satisfacción de los intereses de sus propios afiliados; lo contrario sería tener una existencia meramente formal e ineficaz.

El contrato laboral colectivo es el pacto o convenio celebrado entre uno o más empleadores o asociaciones de empleadores y una o varias asociaciones de trabajadores legalmente constituidas para establecer las condiciones de trabajo conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo, entre el empleador o empleadores y los trabajadores representados por la asociación o asociaciones obreras, respecto de las relaciones de trabajo de los trabajadores que forman parte de los mismos, que se incorporarán al texto de cualquier convenio colectivo celebrado con la asociación o asociaciones.

También se lo conoce simplemente como el acuerdo en el que interviene una parte empleadora y una asociación profesional de trabajadores, que ha sido formada en las cuales se han de prestar los servicios independientes y remunerados del sector privado y la de los obreros del sector público.

En la Recomendación número 91 de la OIT sobre los contratos colectivos encontramos que:

la expresión contrato colectivo comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los mismos, o de ambas, aludiendo a la legislación nacional (OIT, 1991, p. 61).

Verde también nos aporta una correcta pero clara definición de contrato colectivo, en los siguientes términos: “acuerdo escrito entre una empresa o un

LECCIÓN 19 NEGOCIACIÓN COLECTIVA

19.1.- Definición de contrato laboral colectivo

Las asociaciones de trabajadores encuentran su principal razón de ser en la negociación colectiva, toda vez que es a través de ella que se cristalizan sus aspiraciones de mejoras en las condiciones de trabajo y por ende la satisfacción de los intereses de sus propios afiliados; lo contrario sería tener una existencia meramente formal e infructuosa.

El contrato laboral colectivo es el pacto o convenio celebrado entre uno o más empleadores o asociaciones de empleadores y una o más asociaciones de trabajadores legalmente constituida, para establecer las condiciones o bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo, entre el mismo empleador y los trabajadores representados por la asociación contratante, los contratos individuales; regulando las relaciones laborales tanto de trabajadores actuales como de los futuros que se incorporaren al lugar de trabajo, aunque no estuvieren afiliados a la asociación contratante.

También se lo define simplemente como el acuerdo en el que interviene la parte empleadora y una asociación profesional de trabajadores que fija las condiciones en las cuales se han de prestar los servicios dependientes y remunerados del sector privado y la de los obreros del sector público.

En la Recomendación número 91 de la OIT sobre los contratos colectivos encontramos que

la expresión contrato colectivo comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional (OIT, 1985, p. 856).

Valverde también nos aporta con una escueta pero clara definición de contrato colectivo, en los siguientes términos “acuerdo escrito entre una representación



de trabajadores y un empresario o representación empresarial para la regulación de las condiciones de empleo y trabajo, de las relaciones laborales” (Valverde y otros, 1997, p. 336).

19.2.- Naturaleza jurídica del contrato laboral colectivo

Son muy diversas las doctrinas que procuran determinar la naturaleza jurídica del contrato colectivo: unas lo asimilan a contratos civiles, como el de mandato o el de gestión de negocios; otras, le niegan la calidad contractual; por último, hay las que le reconocen una naturaleza híbrida.

Trujillo concluye que no se trata de un contrato sino de una fuente autónoma de derecho objetivo (Trujillo, 1987, pp. 193-206).

El tema de la naturaleza jurídica del contrato colectivo ha sido largamente discutido a lo largo de los años por la doctrina nacional y mayormente por la comparada. César Arese destaca lo fatigoso que puede resultar el tema y por ello opta por hacer un “agrupamiento de teorías tradicionales” entre las que destaca tres tipos de teorías: las contractualistas, las eclécticas o de transición y las jurídicos sociales” (Arese, 2010, p. 115-116).

Si bien el pacto o convención se elabora en base a reglas propias de los contratos, “proporciona por su ámbito de aplicación una regulación abstracta y general de vocación idéntica a la de la norma jurídica”, y precisamente por ese “carácter mixto, las posiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del convenio colectivo han basculado entre tesis contractualistas y tesis normativistas” (Valverde y otros, 1997, p. 337).

Rubén Darío Castro al referirse a la naturaleza normativa del contrato sostiene que por su fuerza vinculante ha recibido la denominación de convenio marco, advirtiendo que se reserva la denominación de contrato-ley, para el llamado contrato obligatorio consagrado en la legislación ecuatoriana (Art. 252 y ss.CT). Dicha fuerza normativa se evidencia en la preeminencia del contrato colectivo frente a los individuales, lo que hace concluir que entre aquél y éstos existe una verdadera jerarquización “similar a la que existe entre a ley y los acuerdos que nacen de la voluntad de los individuos intervinientes en una relación laboral”, jerarquía que “nace de la propia fuerza natural con la que surge históricamente, en las relaciones laborales, este peculiar contrato”; por lo que “debe comprenderse que el contrato colectivo, a diferencia de los actos de otra naturaleza, no se limita a instituir derechos y obligaciones sino a determinar condiciones de relación

no solo jurídica entre empleadores y trabajadores”. El mismo autor concluye señalando que “el contrato colectivo y su carácter normativo, se caracterizan por la generalidad o abstracción, por su aplicación automática y forzosa, su extensibilidad e inderogabilidad” (Castro, 1995, pp. 195-197).

Es por ello que de manera muy gráfica se ha sostenido que el contrato colectivo “es una institución compleja que constituye un híbrido con cuerpo de contrato y alma de ley” (Valverde y otros, 1997, p. 337). Con esto se quiere significar que en cuanto a los requisitos y al trámite de su negociación el contrato colectivo es similar a cualquier otro contrato, sin embargo surte efectos similares a los de una ley, aunque esta característica tan singular se ajusta plenamente a las cláusulas normativas, ya que si de cláusulas obligacionales se tratara, éstas se asimilan a los de cualquier contrato, esto es, que surten efecto solo entre las partes contratantes.

19.3.- Características del contrato colectivo

Características generales:

- Se trata de un convenio que:
 - o ofrece flexibilidad para elaborar consensos;
 - o permite aplicar principios de equidad y justicia social;
 - o permite la participación;
 - o neutraliza las estrategias que pretendan ejercer un poder absoluto;
 - o favorece prácticas democráticas;
 - o favorece y requiere un intercambio de información (Rimoldi, 2010, p. 181).
- Convenio de paz social que pone fin o evita el conflicto. Se trata de un contrato sinalagmático, esto es que beneficia a ambas partes.
- Instrumento de política económica y social (Trujillo, 1987, p. 211-212).

Características específicas:

- A las cláusulas normativas del contrato se les aplican los principios de:
 - o Inderogabilidad o vigencia incondicionada.
 - o Inmediatez o vigencia inmediata.
 - o Minuciosidad y flexibilidad (Trujillo, 1987, pp. 212-217).

Entre las notas características Valverde, por su parte, destaca las siguientes:

- 1) los sujetos que lo concluyen – representantes de trabajadores y empresarios-; 2) el procedimiento transaccional a través del cual se alcanza el acuerdo; 3) el objeto sobre el que incide, y que constituye su contenido posible – regulación de las condiciones de empleo y trabajo, y de las relaciones laborales-; 4) la forma escrita, exigida como forma sustancial en atención a la eficacia frente a terceros de la regulación contenida en el mismo (Valverde y otros, 1997, p. 336).

Valverde señala además que los contratos colectivos bien pueden ser de eficacia general o de eficacia limitada; en el primer caso, esto es de “eficacia general o *erga omnes*” cuando los efectos del contrato se extienden a todos los trabajadores y empresarios de un determinado ámbito funcional y territorial de aplicación, sin hacer distinción “entre afiliados y no afiliados a las representaciones profesionales que lo han suscrito”, característica que en la legislación ecuatoriana más bien correspondería al contrato colectivo obligatorio, y de allí que el mismo autor advierta que esta eficacia general no resulta ser una característica consustancial del contrato colectivo (Valverde y otros, 1997, p. 338). Podría decirse sin embargo que el contrato colectivo ordinario o de empresa, también participa en cierta medida de la eficacia general en la medida en que regula las condiciones laborales de un indeterminado número de trabajadores, ya sea que se encuentren o no afiliados a la asociación contratante, sin importar incluso si al momento de la negociación del contrato ya prestaban sus servicios a favor del empleador o asociación de empleadores parte del contrato; ya que si bien al iniciar la negociación se puede saber con exactitud el número de trabajadores de la empresa en cuestión, este número podría ir variando en el transcurso de la negociación, y más aún durante la vigencia del acuerdo.

Por el contrario, el contrato de eficacia limitada “limita su radio de acción solo a aquellos empresarios y trabajadores directamente representados por los sujetos negociadores” (Valverde y otros, 1997, p. 338), haciendo notar en todo caso que cuando se refiere a los trabajadores “directamente representados por los sujetos negociadores” ha de entenderse a todos los trabajadores de la empresa, sean o no afiliados a la asociación contratante, según expresa Resolución de 8-III-90 de la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia) (RO 412, 6-IV-90).

19.4.- Elementos del contrato colectivo

Cuando se habla de elementos del contrato colectivo en la doctrina se distinguen los formales y los personales.

19.4.1.- Formales

- Son aquellos que se refieren a la observancia de los requisitos, en este caso:
 - o Aprobación previa por parte de la asamblea general de la asociación contratante.
 - o Comparecencia legal:
 - el empleador puede comparecer por sí o por medio de representante;
 - la asociación comparece necesariamente por medio de la directiva.
 - Si no hubiere Comité de Empresa comparecerá:
 - La asociación mayoritaria que represente más del 50% (en el sector privado).
 - El comité central único (conformado con más del 50% de los trabajadores, en el sector público).
 - o Elaboración:
 - por escrito;
 - en tres ejemplares;
 - ante autoridad competente (Director Regional del Trabajo).
 - o Homologación: sanción por parte de la autoridad competente. Registro en la Dirección Regional del Trabajo.
 - o Publicidad.

19.4.2.- Personales

- Partes intervinientes.
- Personas a quienes comprende (ámbito de validez personal).

Los elementos formales hacen referencia a los requisitos que se deben observar para el perfeccionamiento y validez del contrato colectivo. Entre ellos se encuentra la exigencia de la celebración por escrito lo cual se explica (a diferencia

de lo que sucede en el contrato laboral individual en el cual se admite la forma oral y aún tácita del mismo), por varias razones: primero por cuanto quienes negocian las condiciones del contrato no son los únicos que serán regulados por las mismas, toda vez que comparecen los directivos de la asociación contratante en representación de todos los trabajadores, afiliados o no a la misma, y más aun, regulará relaciones de un indeterminado número de trabajadores, en razón de que los nuevos trabajadores que se vayan integrando a la empresa quedarán también sometidos al contrato colectivo. Otra razón es la extensión de contrato, lo que dificultaría recordar con absoluta fidelidad cada uno de los términos acordados para a su vez ser transmitido a los demás trabajadores amparados por el contrato. Es así que este requisito se convierte en uno esencial, sin el cual no surgiría a la vida jurídica el contrato, es decir ante la inobservancia del mismo no sería una causa de nulidad del contrato sino de inexistencia.

Es necesario que se haga constar el número de trabajadores miembros del comité de empresa o de la asociación contratante y que se indique adicionalmente el número total de los que prestan servicios al empleador al momento de celebrarse el contrato (Art. 240 CT).

La homologación es el acto por el cual los funcionarios del Ministerio de Relaciones Laborales sancionan el acuerdo alcanzado por las partes luego de la negociación del contrato colectivo; es decir que las partes una vez que han consensuado la totalidad de las cláusulas contractuales deben acudir ante la autoridad del trabajo y declarar en su presencia que están de acuerdo en tales cláusulas y que por lo mismo suscriben el documento que las contiene; “la autoridad del trabajo también lo suscribe conjuntamente y da fe de que las partes lo han hecho libre y voluntariamente” (Trujillo, 1987, pp. 218-219).

Antonio Vásquez manifiesta que “la autoridad administrativa cuando homologa un convenio cumple una función de control de legalidad” por cuanto no podría admitirse que el acuerdo contenga “cláusulas violatorias del orden público”, por lo que exige su perfecta adecuación a las normas legales así como a las instituciones del Derecho Laboral, aun cuando se admita que tales cláusulas puedan ser más favorables a los trabajadores, en cuyo caso prevalecerán siempre que no afecten “a las disposiciones dictadas en protección del interés general”. Advierte en todo caso que la homologación administrativa “no convalida un vicio de esa índole que afectara al acuerdo” (Vásquez, 2010, pp. 24-25).

También resulta un requisito propio de la naturaleza del contrato colectivo la publicidad, como único medio de que todos los trabajadores representados por

la asociación contratante puedan conocer de su contenido, razón por la cual el contrato debe ser registrado y posteriormente difundido entre todos los trabajadores a quienes regula, lo que normalmente se lo hace mediante libretines o folletos impresos que son repartidos a todos aquellos.

19.5.- Requisitos especiales para el sector público ecuatoriano

El contrato colectivo del sector público exige la observancia de formalidades especiales para surgir a la vida jurídica y así tenemos los siguientes requisitos:

- Ajustarse a los Mandatos constituyentes y a las regulaciones del Ministerio de Relaciones Laborales.
- Observar, al momento de negociar el contrato colectivo o suscribir contratos individuales o actas transaccionales, las siguientes prohibiciones:
 - o otorgar a obreros, sus cónyuges, personas en unión de hecho o parientes de modo gratuito o subsidiado, bienes o servicios que produce la empresa pública empleadora;
 - o otorgar o mantener bonos o ayudas, sobresueldos o estímulos por fechas conmemorativas, años de servicios o similares;
 - o reconocer la homologación de derechos;
 - o garantizar a sucesores del obrero el derecho a ocupar el puesto del trabajador fallecido.
- Efecto de la inobservancia:
 - o responsabilidad personal y pecuniaria del representante que firme o autorice el contrato o el acta;
 - o inmediata y obligatoria remoción; y,
 - o las demás acciones a que hubiere lugar.

Las prohibiciones y los efectos de la inobservancia enunciados, coinciden con las reglas que para la celebración de contratos colectivos o de actas transaccionales prescribe el Art. 56 de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas (RO-S 181, 30-IV-99), que además de lo ya indicado exige el dictamen obligatorio sobre la disponibilidad de recursos financieros suficientes para cubrir los incrementos salariales y demás beneficios económicos y sociales que signifiquen egresos, que se pacten en los contratos o en las actas.



En las empresas públicas o en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos se deberán observar las condiciones que la Ley Orgánica de Empresas Públicas enuncia en su Art. 26, que comienza excluyendo de la contratación colectiva el talento humano que no tenga la calidad de obrero en los términos señalados en la misma Ley, es decir, el servidor público de libre designación y remoción y en general quienes ocupen cargos ejecutivos, de dirección, representación, gerencia, asesoría, de confianza, apoderados generales, consultores y los servidores públicos de carrera.

Agrega además el mismo artículo, al que estamos haciendo referencia, que las cláusulas de los contratos colectivos que fuesen contrarias a las disposiciones contenidas en la misma Ley o en el Mandato Constituyente 8 serán declaradas nulas y no obligarán a la empresa; por último anuncia que los representantes de las empresas públicas serán personal y pecuniariamente responsables por la aceptación, suscripción o ejecución de cláusulas de contratación colectiva pactadas al margen o en desacato de las disposiciones contenidas en la mencionada ley. El Estado ejercerá las acciones de nulidad y repetición, de ser del caso, en contra de los representantes que hayan dispuesto, autorizado o suscrito dichos contratos.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas en primer lugar prescribe que la celebración de los contratos colectivos del sector público deberá tramitarse de conformidad al Código de Trabajo, y enuncia las especiales normas que deberán observarse en la relación de trabajo entre los servidores de carrera sujetos a esta Ley y los obreros, entre las que destacamos aquella que impone que cualquier incremento salarial se efectuará exclusivamente previa evaluación del desempeño realizada por la administración de la empresa con el apoyo de firmas externas especializadas y en consideración de la capacidad económica de la empresa. Se advierte que no forman parte de la remuneración: los valores correspondientes al componente variable por cumplimiento de metas; las décima tercera y cuarta remuneraciones, los viáticos, las subsistencias y las movilizaciones; así como los valores por las subrogaciones y encargos. Igualmente no se admitirán cláusulas que reconozcan la homologación de derechos cuando las empresas tienen un distinto giro de negocios aunque todas ellas sean parte de la misma industria.

19.6.- Partes intervinientes

Los sujetos contratantes son quienes han de intervenir en la negociación y suscripción del contrato colectivo, que como ya se ha mencionado en reiteradas ocasiones, en cuanto a la parte empleadora resulta indistinto si interviene una

o más personas naturales o bien organizadas jurídicamente, mientras que por la parte trabajadora resulta indispensable que sea una asociación profesional legalmente constituida, es decir, un comité de empresa, o en su defecto el sindicato que represente a más del 50% de los trabajadores, y en caso de que no existiera el primero, en el sector público, un comité especial que será el encargado de presentar el pliego de peticiones con las cláusulas del contrato. En este último caso de llegarse a un acuerdo con el comité especial se firmará un documento que tendrá los mismos efectos que un contrato colectivo, con la única aclaración de que, por tratarse de una simple coalición de trabajadores, ésta no tiene facultad de negociar sino solo cláusulas normativas, es decir aquellas que se incorporan a cada uno de los contratos individuales de los trabajadores representados por el comité especial, el mismo que una vez celebrado el contrato deja de existir, ya que se trata de una asociación temporal que tiene como fin específico acordar los términos que han de regir a futuro las condiciones de las relaciones individuales de trabajo.

Resumiendo lo dicho tenemos que:

- parte empleadora puede ser:
 - o una o más personas naturales o jurídicas, o
 - o una asociación de empleadores.
- parte trabajadora debe ser necesariamente:
 - o una asociación profesional:
 - comité de empresa;
 - sindicato, que represente más del 50% de los trabajadores; o,
 - comité central único, en el sector público, de no existir comité de empresa.

Noemí Rial y Julio César Simón corroboran lo ya señalado en los siguientes términos:

Para la representación de los trabajadores se atiende a un sujeto colectivo, con el evidente propósito de reconocer en la entidad aglutinante la suficiente fuerza para llevar adelante la negociación, producto del *status* jurídico que la ley otorga al sindicato que posee una magnitud predominante en las manifestaciones de voluntades afiliatorias. En el campo empresarial ello no es necesario ya que resulta suficiente la concurrencia del empleador,



sin externalizar su capacidad a una persona distinta, para discutir las condiciones de labor de su personal en la unidad productiva” (Rial y Simón, 2010, p. 47).

19.7.- Objeto del contrato colectivo

El objeto del contrato colectivo es fijar las normas que han de regular las relaciones laborales individuales de todos los trabajadores, afiliados o no, actuales y futuros, en mejora de las condiciones de trabajo y en procura de la armonía y paz laboral.

Vásquez señala como los objetivos de la contratación colectiva los siguientes:

- 1.- Establecer posiciones que normen las relaciones obrero-patronales, a las cuales se sujetarán obligatoriamente las partes, buscando la armonía y desarrollo adecuado de las relaciones de trabajo.
- 2.- Lograr beneficios individuales y sindicales para los trabajadores sobrepasando incluso el vínculo netamente laboral, ya que algunos hacen extensibles los beneficios a los familiares del trabajador.
- 3.- Reformar las estipulaciones de los contratos individuales implantando mejoras y beneficios en ellos.
- 4.- Efectuar expresamente el reconocimiento de las asociaciones profesionales que intervienen, que a partir de ello serán consideradas como factores fundamentales en las relaciones internas de las empresas.
- 5.- Solucionar conflictos internos y buscar la paz laboral dentro de los centros de trabajo (Vásquez, 2010, p. 332).

19.8.- Contenido del contrato colectivo

El contenido del contrato colectivo resulta totalmente flexible y permite incorporar todas las mejoras y beneficios a favor de los trabajadores, considerando que la ley establece apenas el mínimo que se debe reconocer a éstos.

El contrato colectivo de conformidad con la ley contiene cláusulas relativas a:

- Inclusiones y exclusiones;
- horas y jornadas de trabajo;
- descansos y vacaciones;
- monto y reajustes de remuneraciones;
- subsidios y demás beneficios económicos y sociales adicionales que acuerden las partes contratantes.

El Art. 237 del Código del Trabajo establece que en el contrato colectivo se fijarán las horas de trabajo, el monto de las remuneraciones, la intensidad y calidad del trabajo, los descansos y vacaciones, el subsidio familiar y las demás condiciones que estipulen las partes; de allí que queda completamente abierta la puerta para acordar cualquier mejora en beneficio de los trabajadores, lo que lamentablemente llevó a verdaderos excesos y aberraciones, sobre todo en los contratos colectivos del sector público lo que, aún de una manera poco ortodoxa, se enmendó con la revisión y posterior ajuste automático de las cláusulas contractuales ordenada por el Mandato 8 y los posteriores Decretos Ejecutivos que se expidieron para el efecto.

En el contenido del contrato colectivo se distingue:

un núcleo y una envoltura protectora. En el núcleo sitúa todas las estipulaciones que pudiéramos llamar sustitutivas, o sea las que fijan las condiciones de trabajo o los beneficios de cualquier orden concedidos al trabajador por su calidad de tal, y la cubierta protectora, está constituida por las estipulaciones que garantizan la efectividad de las primeras (Raynaud citado en Viteri, 2006, p. 248).

El tratadista Balella distingue el contenido esencial y el accidental, respecto de lo cual aclara que son esenciales

las cláusulas que deben ser trasladadas a los contratos individuales, (horarios, descanso, fiestas, tareas extraordinarias, etc.), los salarios, (métodos de remuneración, tarifas, modalidades de pago), las relaciones jerárquicas, la disciplina, el modo de ejecución del trabajo, el procedimiento para la resolución de las controversias individuales entre patronos y trabajadores, la garantía contra las violaciones de los contratos individuales, la duración y la resolución de los contratos mismos, (aviso previo, indemnización por despido, retiro voluntario del trabajador)[...] relativas a la entrada en vigor del contrato colectivo, a su esfera de aplicación territorial y profesional, a su duración. Tales cláusulas resultan necesarias para la validez del contrato colectivo, mientras que las expresadas anteriormente se requieren para su existencia (Balella citado en Viteri, 2006, p. 249).

Lo dicho se relaciona con una clasificación doctrinaria de las cláusulas del contrato colectivo, lo que tiene una significativa importancia al momento de la terminación del contrato, razón por la cual las mencionamos a continuación.



- Normativas
 - o Regular relaciones individuales.
 - o Dirigidas a proteger a cada trabajador.
 - o Se incorporan automáticamente a cada uno de los contratos individuales de trabajo.
- Obligatorias
 - o Generan obligaciones recíprocas entre las partes del contrato.
- De envoltura
 - o Rodean al contrato para su eficacia.
- Especiales o accidentales
 - o Probablemente transitorias.
 - o Sobre asuntos particulares o circunstanciales.

Las cláusulas normativas “serían aquellas que crean normas objetivas para una pluralidad indeterminada de personas (trabajadores y empleadores) destinadas a regular la conducta de las partes que se encuentran recíprocamente ligadas por un contrato o relación individual de trabajo”, mientras que las obligacionales o contractuales “están integradas por las que pactan las partes signatarias de la convención colectiva [...] con el fin de establecer los deberes recíprocos entre ellas para asegurar el efectivo cumplimiento de la convención” (Etala, 2010a, p. 914).

El autor ya citado explica que la distinción ya referida tiene sus cuestionamientos toda vez que resulta ambiguo que en un mismo contrato existan preceptos normativos frente a otras que parecerían estar “desprovistos de eficacia normativa”, por lo que Krotoschin sugiere que más conveniente sería sostener que “toda convención colectiva como unidad surte dos clases de efectos, normativos y obligaciones, en lugar de hablar de dos partes diferenciadas del contrato (Etala, 2010a, pp. 914-915).

Las cláusulas normativas y las obligacionales de un contrato colectivo no agotan el contenido del mismo, ya que también existen las de envoltura y las especiales, sin embargo la mayoría son cláusulas normativas, e insistimos, sus “destinatarios directos no son las partes negociadoras, sino los trabajadores y empresarios

comprendidos en su ámbito de aplicación”, mientras que las obligacionales por el contrario “van destinadas singularmente a las partes negociadoras, sin perjuicio de que sus beneficiarios indirectos puedan ser las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del convenio” (Valverde y otros, 1997, p. 351).

19.9.- Negociación del contrato colectivo

El contrato colectivo exige todo un proceso para su negociación y perfeccionamiento, que lógicamente difiere completamente de un simple contrato individual. Recordemos que a propósito de la naturaleza jurídica concluimos, juntamente con algunos juristas laboralistas, que el contrato colectivo tiene un carácter normativo regulador de relaciones de un indeterminado número de trabajadores, de manera abstracta, lo que ha llevado a muchos a sostener que tiene cuerpo de contrato y espíritu de ley. De allí que deben observarse los siguientes pasos que involucran inclusive a la autoridad administrativa del trabajo.

- Presentación del proyecto al Inspector del Trabajo por parte de la asociación de trabajadores facultada por la Ley;
- notificación al empleador en 48 horas, por intermedio del Inspector del Trabajo;
- negociación a partir de 15 días desde la notificación (por un período de 30 días);
- reclamación ante el Director Regional del Trabajo, si es que no se llega a un acuerdo;
- notificación a la parte contraria en 24 horas;
- contestación en 3 días, que de ser favorable da paso a la suscripción del contrato; caso contrario se da paso a la conciliación;
- conciliación;
- indagación por 6 días;
- resolución en 3 días;
- aclaración o ampliación en 2 días;

- resolución del Tribunal de Conciliación y Arbitraje, en dos días, que pone fin a la negociación, con iguales efectos que un contrato colectivo (Arts. 223 y ss. CT).

El principal instrumento de participación inorgánica, entendida como la que “se lleva a cabo a través de procedimientos o mecanismos preexistentes, no creados especialmente para la participación”, es precisamente el contrato colectivo, en la medida que los trabajadores al negociar con el empleador las condiciones de trabajo están “participando en una decisión que de lo contrario, muy probablemente hubiese quedado en la esfera de acción unilateral del empleador”. Es a través de la negociación colectiva que los trabajadores tienen una presencia activa en la empresa (Hermida, 2010, pp. 1308-1309).

La iniciativa para la celebración de un contrato colectivo corresponde al comité de empresa y en caso de no existir a la asociación de trabajadores más representativa, es decir a la que al menos cuente con el 50% de los trabajadores. En las instituciones del Estado, entidades y empresas del sector público o en las del sector privado en las que haya aporte mayoritario de dineros públicos, el contrato colectivo deberá suscribirse, en caso de no existir un comité de empresa, con un comité central único, que deberá conformarse con más del 50% de los trabajadores, sin que por ello alcancen personería jurídica, sino tan solo serán una coalición temporal con un propósito específico, cumplido el cual, deja de existir.

A través de la directiva la asociación de trabajadores presenta al Inspector del Trabajo el proyecto previamente elaborado y discutido, para que con el mismo se le notifique al empleador, concediéndole quince días para analizarlo, seguramente con la colaboración de sus asesores, e iniciar entonces la etapa de negociación por un período de treinta días, que de estimar las partes conveniente podría prorrogarse por un plazo adicional.

De no llegar a un acuerdo sobre la totalidad del proyecto del contrato, el asunto deberá ser sometido a conocimiento y resolución del Tribunal de Conciliación y Arbitraje, que se conformará para el efecto, con competencia exclusiva para resolver sobre los puntos en lo que no hubiere existido acuerdo, siguiendo el trámite previsto en la Ley.

Para intervenir como representantes de las asociaciones de trabajadores en la negociación y suscripción de los contratos colectivos, las personas deben ser ecuatorianas mayores de dieciocho años.

El trámite referido se inicia con una reclamación que se asimila a una demanda que podrá presentar cualquiera de las partes y contendrá particularmente la determinación de los puntos, artículos o cláusulas del contrato en negociación, con expresa determinación de aquello sobre lo que existió acuerdo y lo que aún se encuentre pendiente, para lo cual se deberán adjuntar los justificativos con los que se cuenten. El Art. 226 del Código de Trabajo exige además que la reclamación contenga la designación de la autoridad ante quien se la propone; los nombres y apellidos del requerido con indicación del lugar en donde será notificado; la designación y aceptación de los vocales principales y suplentes que integrarán el Tribunal de Conciliación y Arbitraje, así como el domicilio legal para las notificaciones.

El Director Regional de Trabajo que reciba la reclamación deberá notificar dentro de las subsiguientes 24 horas a la otra parte, concediéndole tres días para que conteste.

La contestación debe contener los requisitos del Art. 228 del Código del Trabajo, que en su mayoría son comunes a los del Art. 226 ya mencionado de los que cabe, sin embargo, destacar el pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del reclamante, con indicación categórica de lo que admite o niega y las excepciones de las que se crea asistido, acompañando las evidencias instrumentales de las que disponga, así como los documentos que acrediten su representación, si fuere el caso.

Vencido el término para contestar el Tribunal procurará el acuerdo de las partes en una audiencia de conciliación, que de no lograrse dará paso a las indagaciones correspondientes por el término de 6 días, vencido el cual deberá dictar su resolución que causará ejecutoria. Las partes solo podrán pedir aclaración o ampliación en el término de 2 días.

La resolución del Tribunal de Conciliación y Arbitraje, la contestación completamente favorable a la reclamación y el acuerdo de las partes, ya sea parcial o total, surtirán los mismos efectos obligatorios que el contrato colectivo.

Para evitar represalias, intimidación o en general cualquier forma de coacción por parte del empleador, ante la facultad que tienen los trabajadores presentar el proyecto de contrato colectivo y negociarlo libremente, se prohíbe a aquél que desahucie o despid a cualquier trabajador desde el momento en que presenten

el proyecto y durante todo el tiempo que dure la negociación del mismo (Art. 239 CT).

19.10.- Ámbito de validez del contrato colectivo

Todo contrato o convenio está llamado a surtir efectos en un tiempo y lugar determinado y entre partes determinadas. El contrato colectivo evidencia ciertas particularidades que lo diferencian de otros instrumentos jurídicos. Revisemos el ámbito de validez temporal, espacial y personal del contrato en estudio.

- Temporal
 - o Duración
 - por tiempo fijo;
 - por tiempo indefinido;
 - por el tiempo de duración de la empresa u obra (Art. 239 CT).
 - o Vigencia
 - anterior a la suscripción del contrato;
 - desde la suscripción;
 - posterior a la suscripción.
- Espacial
 - o empresas o circunscripción territorial en las que haya de aplicarse (Art. 238 CT).
- Personal
 - o Trabajadores a los que ampara
 - todos los afiliados a la asociación contratante;
 - trabajadores representados por la asociación contratante, aun que no sean afiliados.
 - o Trabajadores que se excluyen del amparo
 - por la autonomía colectiva (cláusulas de exclusión); y,
 - los representantes y funcionarios con nivel directivo o administrativo (Arts. 247 CT y 26 LOEP).

Sobre la vigencia temporal la Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional, en reiterados fallos ha confirmado la posibilidad de la retroactividad de la vigencia de los contratos colectivos, a la vez que aclara que la revisión del contrato no lo convierte en contrato a plazo indefinido.

Así también existen fallos de triple reiteración (Resolución de 8 de julio de 2009, RO 650, de 6-VIII-09), que confirman el criterio de que un contrato colectivo a plazo fijo no podría convertirse en contrato a plazo indefinido por la especial naturaleza jurídica del mismo, por lo que sus efectos jurídicos estarán determinados por el plazo de duración; con la salvedad, de las cláusulas normativas que subsisten aun cuando el plazo del contrato colectivo hubiere concluido.

Sobre el ámbito personal, en cambio, la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia) ha confirmado que quienes ejercen cargos de dirección o gerencia en las empresas públicas, se encuentran excluidos del amparo del contrato colectivo, lo que coincide con el Art. 26 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (RO-S 48, 16-X-09) que excluye a los servidores públicos de libre designación y remoción, y en general a quienes ocupen cargos ejecutivos, de dirección, representación, gerencia, asesoría, de confianza, apoderados generales, consultores y a los servidores públicos de carrera.

19.11.- Efectos del contrato colectivo

Desde que el empleador recibe la notificación por parte del Inspector del Trabajo con el proyecto de contrato colectivo y durante la negociación del mismo, los trabajadores gozan de una garantía especial de estabilidad por la cual no pueden ser objeto de despido ni de desahucio, caso contrario el empleador deberá pagar una indemnización equivalente a doce meses de remuneración, sin perjuicio de las demás previstas en el Código Laboral o en cualquier otro instrumento, lo cual adicionalmente constituye causal legal para que los demás trabajadores declaren la huelga.

Concluida la negociación y por ende suscrito el contrato colectivo este surte sus efectos jurídicos propios que podrían resumirse en lo que sigue:

- regula las relaciones laborales individuales de todos los trabajadores, aun cuando no sean miembros de la asociación contratante;

- las condiciones del contrato colectivo (cláusulas normativas) se entienden automáticamente incorporadas a todos los contratos individuales celebrados entre el empleador y los trabajadores amparados por el colectivo, así como los que en el futuro llegaren a suscribirse, es decir que los contratos individuales deben someterse a las condiciones establecidas en el contrato colectivo, caso contrario prevalecerán de todos modos estas últimas (Art. 244 y 23 CT);
- de presentarse algún del pliego de peticiones que contuviere temas o aspectos contemplados en el contrato colectivo vigente, se deberá ordenar su inmediato archivo (Art. 234 CT);
- las asociaciones partes de un contrato colectivo podrán ejercitar, a su propio nombre, las acciones provenientes del contrato, sin perjuicio de que el trabajador pueda ejercer las acciones personales que le competan (Art. 242 CT).

Respecto a las indemnizaciones adeudadas en caso de violación a estabildades especiales pactadas en los contratos colectivos, no han sido raras las discrepancias en la Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, sobre el monto de las mismas, en unos casos ha reconocido el derecho a percibir el equivalente al 100% de la remuneración que falte para cumplir la garantía de estabilidad, y en otros casos el 50%.

19.12.- Contrato colectivo obligatorio

19.12.1.- Definición

Es el contrato colectivo que ha sido celebrado por las dos terceras partes, o más, tanto de empleadores como de trabajadores organizados dentro de una misma rama de la industria y en determinada provincia, declarado obligatorio por Decreto Ejecutivo, a petición de parte (Art. 252 y ss. CT.).

Esta figura en la práctica ha caído en desuso en el país y si bien se le denomina contrato colectivo obligatorio no implica que el contrato colectivo al que nos hemos estado refiriendo hasta este momento, y que vendría a ser el contrato colectivo ordinario, también conocido como contrato colectivo de empresa, no sea obligatorio para las partes así como para los trabajadores representados por la asociación contratante.

19.12.2.- Trámite del contrato colectivo obligatorio

Los empleadores o los trabajadores cuando se hallaren organizados dentro de una misma rama de la industria y en determinada provincia, y que además representen a las dos terceras partes tanto de empleadores como de trabajadores, podrán pedir que un contrato colectivo sea declarado obligatorio en una industria y provincia determinadas; para lo cual deberán presentar una solicitud al Ministerio de Relaciones Laborales, que ordenará que la misma sea publicada en un periódico de la provincia a la que se refiera y, a falta de éste, que sea difundida por carteles fijados durante tres días en los lugares más frecuentados de la capital de la provincia.

Transcurridos los 15 días sin haberse presentado oposición, mediante Decreto Ejecutivo, el contrato será declarado obligatorio.

El trámite consecuentemente puede resumirse de la siguiente manera:

- Solicitud de los empleadores o de los trabajadores dirigida al Ministro de Relaciones Laborales.
- Publicación de la solicitud, una vez verificado el porcentaje exigido por el Art. 252, esto es, las 2/3 partes de los empleadores o de los trabajadores organizados dentro de una misma rama de la industria y en determinada provincia.
- Oposición que podrá presentar cualquier empresario, trabajador o grupo de empresarios o de trabajadores pertenecientes a la misma industria en la provincia de que se trate, dentro de los 15 días siguientes a la publicación, siempre que sea motivada.
 - o Será conocida por la Dirección Regional del Trabajo;
 - o con audiencia de opositores y representantes de los signatarios del contrato.
- Dictamen de la autoridad ante el Ministro de Relaciones Laborales.
- Resolución.



- Declaración de obligatoriedad por Decreto Ejecutivo, de no presentarse oposición, o de ser ésta sin fundamento.

A continuación enunciamos algunas regulaciones adicionales sobre el contrato colectivo obligatorio.

- Se aplica no obstante cualquier estipulación en contrario contenida en contratos individuales o colectivos, salvo en los puntos en que éstos sean más favorables.
- El plazo será fijado por el Presidente de la República, y no excederá de 2 años.
- Es prorrogable por igual tiempo de no mediar la manifestación de voluntad de darlo por terminado con tres meses de anticipación.
- Es revisable en caso de que existan condiciones económicas que así lo justifiquen, a solicitud de las 2/3 de trabajadores o empleadores.
- La falta de nuevo acuerdo pone fin al contrato y deja a las partes libres de concertar, en cada empresa, las nuevas condiciones de trabajo.
- El incumplimiento da lugar a la acción de daños y perjuicios.

Para concluir, baste decir, que el contrato colectivo, ya sea que se trate del colectivo ordinario, llamado también de empresa, o del contrato obligatorio, tiene el potencial de transformar las relaciones laborales, en la medida que se lo utilice como mecanismo e instrumento de paz social, que permita el diálogo y el encuentro para canalizar de manera oportuna y satisfactoria para las partes cualquier posible conflicto, que como en toda relación interpersonal, y más aun tratándose de colectivos con intereses contrapuestos, siempre se encuentran latentes.



LECCIÓN 20

REVISIÓN, SUSPENSIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO COLECTIVO

20.1.- Revisión del contrato colectivo

Los contratos colectivos fijan las condiciones en que, en un determinado tiempo y lugar, se han de celebrar los contratos individuales de trabajo, de conformidad a las circunstancias económicas, principalmente de la empresa pero también del lugar en donde se realizan las actividades; circunstancias que no son permanentes ni inmutables, lo que puede conducir a la revisión de las condiciones pactadas.

Jurídicamente el proceso de revisión constituye el acto de someter una cosa a nuevo examen, para corregirla, enmendarla o repararla (Art. 2 del Acuerdo Ministerial 00155A -RO 445, 14-X-08- que fija precisamente las normas para la revisión de los contratos colectivos del sector público como consecuencia del Mandato Constituyente 8). En definitiva la revisión del contrato colectivo es reformar de manera total o parcial los términos del mismo con el fin de ponerlo acorde a las nuevas circunstancias y exigencias económicas y sociales de la empresa en primer lugar y de la sociedad en general.

Respecto a la revisión de los contratos colectivos, Trujillo nos alecciona manifestando que

Mantener, en estas circunstancias, las mismas condiciones de trabajo, resultaría inequitativo de un lado y de otro peligroso, porque a la postre conduciría a la alteración de la paz social; por tanto, se ha previsto que así como la ley debe ser reformada y los tratados internacionales revisados de acuerdo con el principio del *rubus sic standibus*, también los contratos colectivos tienen que ser revisados cuando existen condiciones económicas que lo justifiquen (Trujillo, 1987, p. 267).

La revisión puede ser:

- total o parcial;
- al término del plazo, o,
- cada dos años, a propuesta de cualquiera de las partes:



- o trabajadores, si representan más del 50% de los afectados por el contrato;
- o empleadores, si tienen a su servicio más del 50% de trabajadores a los que se refiera el contrato.

Si bien es de esperarse que la revisión se la haga, según expresa disposición legal, a pedido de cualquiera de las partes, el Ecuador ha vivido hace un par de años un *sui generis* proceso de revisión y de ajuste automático de las cláusulas de los contratos colectivos del sector público, que a criterio de muchos vulneró derechos y principios consagrados en la Constitución e instrumentos internacionales.

Por último vale indicar que pese a que se acostumbra colocar a los contratos colectivos un ordinal para indicar las veces que ha sido modificado como consecuencia de revisiones, el contrato colectivo es uno solo, lo que lleva a la conclusión que ningún trabajador queda desamparado de los beneficios que le reconoce un determinado contrato colectivo ya negociado y plenamente vigente, mientras éste se encuentre en trámite de revisión, lo que no sucede si es que la relación de trabajo termina antes de la suscripción del contrato colectivo, o si éste no fuere renovado.

20.1.1.- Trámite de revisión

Para que proceda la revisión del contrato es necesario observar el procedimiento que para el efecto ha previsto la ley, y es el que se menciona a continuación:

- Solicitud, que debe ser presentada
 - o por escrito, y
 - o ante la autoridad que legalizó el contrato 60 días antes, por lo menos, al vencimiento del plazo o de cumplirse los 2 años.
- Sometimiento a la Dirección Regional del Trabajo:
 - o si no hay acuerdo entre las partes contratantes (en el transcurso de los 60 días). Si alguno de los empleadores no aceptare la revisión deberá celebrar un nuevo contrato con sus trabajadores.

La revisión se hará:

- por escrito;
- ante autoridad competente; y,
- observando las mismas reglas y procedimiento que para la negociación del contrato colectivo.

20.1.2.- Revisión a partir del Mandato Constituyente 8

El Mandato Constituyente No. 8 (RO-S 330, 6-V-08) ordenó que en el plazo de un año desde su vigencia, todos los contratos colectivos de sector público fueran revisados. Se estimó que en aras de la equidad laboral era necesario revisar y regular las cláusulas de los contratos colectivos de trabajo celebrados por instituciones del sector público, empresas públicas estatales, de organismos seccionales y por las entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza o estructura jurídica, el Estado o sus instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos de recursos públicos, que contenían privilegios y beneficios desmedidos y exagerados de grupos minoritarios que atentaban contra el interés general y de los propios trabajadores (último considerando del Mandato 8).

Para viabilizar la mencionada revisión se dio paso a una serie de Decretos Ejecutivos y Acuerdos Ministeriales, según se enuncia a continuación:

- Reglamento de aplicación del Mandato 8 (RO 353, 25-VI-08).
- Regulaciones de ajuste automático y revisión de cláusulas de los contratos colectivos (AM 080 RO 394, 1-VIII-08).
- Normas de procedimiento para la revisión de los contratos colectivos (AM 0155A, RO 445, 14-X-08).
- Ampliación del plazo para la revisión de los contratos colectivos (DE 1396, RO 457, 30-X-08).
- Criterios para la contratación colectiva en el sector público (DE 1701, RO 592, 18-V-09).
- Reformas al Decreto Ejecutivo 1701 (DE 225, RO 123, 4-II-10).

Esta ráfaga de Decretos que se expidieron con el fin de efectivizar la revisión de los contratos colectivos, para muchos fue un atropello a todas las conquistas laborales alcanzadas hasta entonces.

Así por ejemplo, con el Decreto No. 1701 se establecieron los criterios para la contratación colectiva de trabajo en el sector público; normativa que fue reformada mediante el Decreto No. 225 de 4-II-10.

A continuación un resumen de las referidas normas:

La contratación colectiva ampara únicamente a sus obreras y obreros; por lo que quedan excluidos los servidores públicos que cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales y aquellos que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro de las entidades antes señaladas.

Quedaron suprimidas y prohibidas las cláusulas que contenían privilegios y beneficios desmedidos y exagerados que atentaban, a criterio del Ejecutivo, contra el interés general, como por ejemplo:

- transferencia y transmisión de cargos a familiares en caso de jubilación o fallecimiento del trabajador;
- horas suplementarias y extraordinarias no trabajadas y cobradas por trabajadores o dirigentes sindicales;
- indemnizaciones por cambio o sustitución de empleador, cuando el trabajador continúe laborando para el nuevo empleador;
- contribuciones patronales extralegales para fondos de jubilaciones complementarias o especiales y cesantías privadas o adicionales;
- pago de vacaciones y reconocimiento de otros beneficios para el grupo familiar del trabajador;
- gratificaciones y beneficios adicionales por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación;
- pago de indemnizaciones por despido intempestivo, incluidos dirigentes sindicales, cuya cuantía sobrepase el límite máximo establecido en el Mandato Constituyente 4;

- entrega gratuita de productos y servicios que genere y sea la esencia de funcionamiento de la entidad o empresa;
- estipulación de pago de vacaciones y de la decimotercera y decimocuarta remuneraciones en cuantías o valores superiores a los que establece la ley;
- días feriados y de descanso obligatorio no establecidos en la ley;
- permisos sindicales remunerados (solo se podrán establecer licencias o permisos remunerados a los dirigentes sindicales, o a sus alternos que se principalicen de hasta 10 días al mes por dirigente, mismos que no serán acumulables, con un límite de hasta 7 dirigentes. Se establecerán permisos para capacitación sindical en total por persona de hasta 15 días al año, con un máximo de 30 personas por cada curso);
- pagos por subsidios, compensaciones sociales, gratificaciones, bonificaciones, aniversarios institucionales. Los valores que por estos conceptos venían percibiendo los trabajadores en forma individual, serán mensualizados y pasarán a formar parte de la remuneración mensual unificada. Estos valores una vez mensualizados no excederán en total el monto de un salario mensual básico unificado;
- cálculo de horas suplementarias o de tiempo extraordinario, sin considerar la semana integral por debajo de las 240 horas al mes (dicho trabajo suplementario o extraordinario deberá calcularse sobre 240 horas mensuales);
- jornadas de trabajo inferiores a ocho horas diarias (salvo casos contemplados en tratados internacionales, leyes especiales y normas contenidas en los reglamentos del IESS sobre seguridad, salud y riesgos del trabajo);
- pago de recargo de jornadas de trabajo que superan lo establecido en la ley; incrementos salariales y beneficios de orden social, que superen los techos establecidos por el Ministerio de Relaciones Laborales;
- pago de subsidios y bonificaciones que son parte de la remuneración mensual unificada (los servicios de transporte y alimentación podrán ser provistos por el empleador, los cuales no podrán ser compensados en dinero, salvo en aquellos sitios en los cuales no se pueda proveer estos servicios, cuyos montos serán regulados por el Ministerio de Relaciones Laborales; en relación al subsidio de comisariato se podrá entregar a los trabajadores tarjetas de descuento que no implicarán el pago de consumos;

en los lugares en donde no exista servicio de comisariato, se podrán establecer lugares de expendio de productos a precio de costo);

- entrega de joyas y obsequios por años de servicio, aniversarios sindicales y por días del trabajador; y,
- contribuciones patronales para la contratación de seguros privados de salud.

Respecto a la estabilidad que se hubiere pactado en la contratación colectiva expresamente se declaró en el Decreto 1701 que se la respetaría y mantendría inalterable. Mientras que en lo atinente a derechos adquiridos, estos se mantendrían siempre y cuando no contravinieran las disposiciones contenidas en los Mandatos Constituyentes números 2, 4, 8, su Reglamento de Aplicación y el Decreto 1701.

Cano enuncia de manera breve las graves violaciones a los derechos de los trabajadores por la promulgación del malogrado Decreto, que a pesar de haberse reformado para supuestamente corregir las aberraciones del primero, mantuvo evidentes violaciones de derechos, que resumimos a continuación:

- se desconocen derechos adquiridos, afectando la estabilidad, los permisos para el ejercicio de funciones sindicales, las contribuciones de empleadores para la contratación de seguros de salud, entre otras;
- varios derechos adquiridos quedan a merced de la decisión “discrecional, unilateral y hasta de buena voluntad del empleador”;
- “rompe con la naturaleza de la negociación determinando los límites de los incrementos salariales y beneficios de orden social”;
- limita la contratación de seguros médicos a cargo del empleador;
- desconoce derechos que no estén acordes a los Mandatos Constituyentes, confiriéndoles así una categoría de derechos obtenidos ilegal e ilegítimamente; y como si ello no fuera suficiente, pese a reconocer que las cláusulas contractuales sólo pueden ser revisadas por las partes, “a través de este decreto así como por los mandatos, otros decretos, reglamentos, acuerdos ministeriales y demás normas que se han promulgado hasta la fecha, explícitamente pulveriza la contratación colectiva en el sector público” (Cano, 2009, pp. 304-307).

El Art. 3 del Decreto en referencia estableció el mecanismo de ajuste automático y revisión de las cláusulas de los contratos colectivos de trabajo en el sector público para todas las cláusulas que contuvieran excesos y no hubieren sido revisadas en el plazo de ciento ochenta días, contados desde la fecha de la vigencia del Mandato Constituyente No. 8, para cuyo efecto se expidió el Acuerdo Ministerial 00080 (RO 394, 1-VIII-08).

Posteriormente, continuando con esta ráfaga de normativa, se expidió el Acuerdo Ministerial 00155A (RO 445, 14-X-08) que estableció las normas de procedimiento para la revisión de los contratos colectivos de trabajo, de conformidad a la disposición transitoria tercera del Mandato Constituyente No.8, del que merece especial mención la amplia discrecionalidad que se le confirió al organismo encargado de llevar a cabo esta tarea, según se desprende del Art. 2.

Para concluir este controvertido tema de la revisión de los contratos colectivos, y de las reformas que en el ámbito del Derecho Colectivo se han realizado en los últimos años, y sólo con la intención de provocar debates y reflexiones que conduzcan a los lectores y estudiosos del Derecho a asumir posturas informadas, nos permitimos transcribir parte de las conclusiones del artículo realizado por Diego Cano, así como de algunas de las recomendaciones realizadas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT al gobierno del Ecuador, en el caso No. 2684. Comencemos con las conclusiones de Cano:

El proceso reseñado, que se expresa en la serie de decisiones implementadas por el gobierno o impulsadas por él, infringe la Constitución de la República, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los convenios internacionales de la OIT, el Código del Trabajo y la institución mundial de la negociación colectiva. Menoscaba los principios que rigen los derechos porque estos son inalienables, intangibles, irrenunciables, indivisibles, interdependientes, progresivos y extensivos. No puede haber retroactividad de la ley y se debe aplicar el principio a favor del trabajador cuando existe duda.

Los cambios realizados determinan que en el Ecuador se está viviendo una nueva etapa de desregulación y flexibilización laboral; máxime en el sector público, pero que no sólo se limita a él y que además apunta a desconocer los derechos de organización, negociación colectiva, huelga y estabilidad (Cano, 2009, p. 310).



El Comité de Libertad Sindical de la OIT acogió en buena parte los alegatos presentados por los querellantes (FETRAPEC, ISP, OSUNTRAMSA y la CEOSL⁶) por lo que ha solicitado al gobierno del Ecuador que “restaure el derecho de negociación” que ha sido afectado por los Mandatos Constituyentes números 2 y 4 y el Decreto Ejecutivo 1406 al fijar un tope de manera permanente a las remuneraciones e indemnizaciones del los trabajadores del sector público, y prohibir los fondos complementarios privados de pensión que impliquen aportaciones con recursos públicos.

El Comité además enfatiza que la revisión de las cláusulas de los contratos colectivos del sector público no podría haberse realizado por parte de la autoridad administrativa, por cuanto resulta ser juez y parte, sino que debió ser una “autoridad judicial y ello sólo en casos sumamente graves”, por lo que pide al Gobierno que anule tanto los acuerdos ministeriales promulgados sobre estas materias como sus efectos por ser gravemente violatorios al “principio de negociación colectiva libre y voluntaria consagrado en el Convenio No. 98”. Además exhorta al Gobierno para que “indique si el Mandato Constituyente No. 8 es compatible con un control exclusivamente judicial del carácter abusivo que puedan tener determinadas cláusulas de los contratos colectivos del sector público”.

El Comité, por último, pide a las autoridades competentes ecuatorianas que esperen la terminación legal de los contratos colectivos para renegociar su contenido con las organizaciones sindicales, e incluso finalmente “invita al Gobierno a que acepte una misión de la OIT para coadyuvar a la solución de los problemas constatados en el presente caso” (Comité de Libertad Sindical de la OIT, 2009, pp. 48-49).

20.2.- Suspensión del contrato colectivo

La suspensión del contrato colectivo puede ser contractual o legal.

La primera cuando las partes contratantes acuerdan en el propio contrato la posibilidad o no de suspender temporalmente el mismo, por causas no previstas ni imputables al empleador, en cuyo caso deberán establecer con absoluta claridad las causas y los términos de la suspensión.

6 Federación Nacional de Trabajadores de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador; Internacional de Servicios Públicos; Organización Sindical Única Nacional de Trabajadores del Ministerio de Salud; y, Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres, respectivamente.

Parece sensato que cuando las partes teman que durante la vigencia de contrato colectivo sobrevengan acontecimientos que impidan su cumplimiento durante algún lapso, los prevean y estipulen lo que ha de ser de las relaciones laborales en el tiempo en que el contrato colectivo no pueda cumplirse; en cambio, sería inexplicable e inusitado si es que hechos probables aunque futuros, no fueran previstos o que previstos no fueran objeto de preocupada regulación (Trujillo, 1987, p. 272).

Es importante aclarar que por ejemplo, por efectos de un paro, se produce como una natural consecuencia la suspensión del contrato colectivo, al suspenderse las relaciones laborales con todos y cada uno de los trabajadores, paralización en todo caso previamente autorizada por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje. Sin embargo, de manera excepcional, y siempre que así lo hayan acordado las partes en el propio contrato, se podría dar la situación de que se suspendan solo algunos efectos del contrato colectivo, sin alterar la continuidad de las relaciones individuales de trabajo, en cuyo caso deberán atenerse a lo expresamente acordado.

Resumiendo lo antes dicho tenemos que la suspensión:

- Se puede pactar en el propio contrato colectivo, en cuyo caso se debe determinar de manera expresa:
 - o el tiempo máximo de duración de la suspensión de los efectos del contrato; y,
 - o si los trabajadores dejarán o no de percibir sus remuneración (Art. 241 CT).
- Puede ser total o parcial.
- Es temporal.
- Puede darse simultáneamente a la suspensión de las labores por parte de los trabajadores.
- Procede por causas no previstas ni imputables al empleador, tales como:
 - o falta de materiales o de energía necesaria para la actividad de la explotación;
 - o huelgas parciales que puedan repercutir en el trabajo, o paros.

20.3.- Terminación del contrato colectivo

El contrato colectivo se celebra ya sea por plazo fijo o por el tiempo de duración de una empresa o de una obra determinada, es decir que no cabe la modalidad de plazo indefinido, ni aun por expreso acuerdo de las partes; a ello se debe que vencido el plazo, disuelta la empresa o concluida la obra, el contrato colectivo termina, salvo que con la debida anticipación se haya propuesto y dado paso a la revisión y renovación de mismo. Claro está que en virtud del principio de que las cosas en Derecho se deshacen como se hacen, siempre queda a salvo la posibilidad de darlo por terminado adicionalmente por voluntad de las partes (ya sean por causas contractuales o por mutuo acuerdo al que lleguen las partes en cualquier momento).

Las causas por las que de conformidad al Código del Trabajo, el contrato puede terminar son:

- las legalmente previstas en el contrato:
 - o vencimiento del plazo;
 - o mutuo acuerdo;
 - o conclusión de la obra, período de labor o servicios objeto del contrato;
- muerte o incapacidad del empleador, si no hubiere sucesor que continúe con la empresa o negocio;
- caso fortuito o fuerza mayor;
- disolución o extinción de la asociación de trabajadores contratante, cuando no se constituyere otra que tome a su cargo el contrato celebrado por la anterior (Art. 250 CT); y,
- resolución por incumplimiento (Art. 251 CT).

Estas causas son prácticamente las mismas que las del contrato individual con las excepciones de: la muerte del trabajador o incapacidad permanente y total para el trabajo; la voluntad unilateral basada en las causales para solicitar, de una u otra parte el visto bueno; y finalmente, el desahucio. Ello se explica en el primer caso, por cuanto la relación laboral individual es *intuitu personae*, por lo que la muerte o incapacidad del trabajador pone fin al contrato individual, mientras que en nada afecta al contrato colectivo; en el segundo, por cuanto las causales

para solicitar el visto bueno son atribuibles a cada persona en particular, sea trabajadora o empleadora; y en el tercer caso por cuanto el contrato colectivo más que un contrato se trata de una fuente autónoma de derecho objetivo, y como sucede con cualquier otra norma jurídica, no puede extinguirse mediante desahucio.

El Art. 251 del Código del Trabajo prevé el caso del incumplimiento del contrato colectivo, en cuyo caso dispone que se estará a lo expresamente previsto; no constando nada sobre el particular la parte que no hubiere dado motivo al incumplimiento podrá optar entre dar por terminado el contrato, o bien exigir su cumplimiento, en uno y otro caso, con indemnización por los perjuicios ocasionados, salvo estipulación en contrario.

En cuanto a los efectos cabe destacar que este es precisamente otro de los aspectos en el que el contrato colectivo resulta completamente diferente al contrato individual, toda vez que al término de este último, el empleador no queda sino obligado a liquidar todos los haberes pendientes, así como las indemnizaciones, en los casos de despido intempestivo. En el contrato colectivo, sin embargo, se puede dar la *sui generis* situación de que pese a terminar el contrato los efectos de ciertas cláusulas se mantengan inalterables. Ello se debe a que las cláusulas normativas, es decir aquellas que regulan las relaciones de los trabajadores individualmente considerados, se entienden incorporadas de manera automática en cada uno de los contratos individuales como resultado de la suscripción del contrato colectivo. Por el contrario, las cláusulas que obligaban solo a las partes contratantes entre sí, dejan de surtir efecto desde el momento de la terminación del convenio colectivo.

Para Alonzo, en cambio, conflictiva es la oposición al cambio, u oposición de intereses, derechos, prerrogativas, etc., que se genera cuando, siendo por el mismo Alonzo (p. 84) agrega que:

cuando esta oposición o pugna se manifiesta entre un grupo de trabajadores y uno o más patronos, se dice que el conflicto laboral es de tipo laboral, por razón de la actividad que desarrollan los sujetos involucrados, cuando se trata de la actividad económica propia de la empresa, o cuando se trata de la actividad que desarrollan los sujetos involucrados, cuando se trata de la actividad económica propia de la empresa, o cuando se trata de la actividad que desarrollan los sujetos involucrados, cuando se trata de la actividad económica propia de la empresa.

LECCIÓN 21

CONFLICTOS LABORALES COLECTIVOS

21.1.- Definición

Conflicto colectivo es la confrontación que se da entre los trabajadores organizados y un empleador o empleadores, sean personas naturales o jurídicas (Chávez, p. 362).

Es la confrontación y pugna de intereses de grupo que se dan en el seno de la empresa, entre trabajadores y empleadores, cuyos efectos se extienden a un indeterminado número de personas.

Según la Real Academia de la Lengua, sencillamente el conflicto colectivo es el que “enfrenta a representantes de los trabajadores y a los empresarios” (RAE, 2001).

Grisolia (2010, p. 597) por su parte lo define como “la confrontación de intereses entre los distintos sujetos del derecho colectivo de trabajo”, y hace al respecto dos puntuales aclaraciones: por un lado, el que “las partes deben ser representantes legítimas tanto de trabajadores como de empleadores”, y por otra, que tales conflictos sean “un correlato de los conflictos sociales”, que tiengan por finalidad defender ciertos derechos, “condiciones de trabajo y empleo, e incluso oponerse o apoyar cambios legislativos que puedan afectar o beneficiar sus intereses”.

Para Alomía, en cambio, conflicto es simplemente el choque u oposición de intereses, derechos, pretensiones, mientras que Guillermo Cabanellas, citado por el mismo Alomía (p. 84) agrega que:

cuando esta oposición o pugna se manifiesta entre un grupo de trabajadores y uno a más patronos, se dice que el conflicto además de ser laboral, por razón de la actividad que desarrollan los sujetos, es colectivo por cuanto atañe a la colectividad, no por sus relaciones individuales de trabajo, sino en consideración de los derechos e intereses de ese grupo concebido autónomamente.

Etimológicamente la palabra conflicto se deriva del latín *conflictus* que, a su vez, tiene su origen en *confligere*, que implica combatir, luchar, pelear. Este vocablo tiene similitud con colisión, cuyo origen etimológico es *collisio*, que significa chocar, rozar” (Alomía, 2002, pp. 84-85).

De las definiciones enunciadas se puede colegir que los elementos que configuran un conflicto colectivo son: la pugna de intereses entre trabajadores y empleadores, es decir existe una pluralidad de litigantes así como un interés de grupo reunido bajo las regulaciones sindicales (Vásquez L., 2010, p. 116).

En toda clase de relaciones, y más aún en las laborales “subyace expectante la posibilidad de situaciones conflictivas, de diversa naturaleza, magnitud y efectos, las que se manifiestan en determinadas circunstancias cuando se rompe el equilibrio...” (Rimoldi, 2010, p. 161).

21.2.- Clases de conflictos laborales

- Por el carácter del titular de los intereses comprometidos:
 - o Individuales: cuando lesiona un interés particular, aunque se trate de uno o de varios trabajadores.
 - o Colectivos: cuando el interés lesionado es de toda la categoría profesional.
- Por la cuestión que se debate:
 - o De derecho: cuando la discusión versa sobre la existencia, la interpretación o la aplicación de la norma.
 - o Económicos o de intereses: cuando la finalidad es el establecimiento de nuevas normas o la modificación de las ya existentes para adecuarlas a circunstancias socio-económicas.
- Por las partes en conflicto:
 - o Obrero- patronales: cuando existe choque entre las partes de una relación laboral, ya sea individual o colectiva.
 - o Inter-sindicales: cuando la pugna se da entre diferentes asociaciones de trabajadores.

- o Intra-sindicales: cuando dentro de un mismo sindicato se disputan el control.

Los criterios de clasificación de los conflictos son de los más variados y de allí que no haya uniformidad de opiniones entre los juristas que se ocupan del tema; en todo caso podemos afirmar que aquellos no se excluyen entre sí, como por ejemplo el conflicto que por las partes involucradas sería obrero patronal y a la vez colectivo por el titular de los intereses comprometidos, y económico o de intereses por la cuestión que se debate.

21.3.- Competencia para la resolución de los conflictos laborales colectivos

- Tribunales de Conciliación y Arbitraje (Art. 326 num.12 CR):
 - o Conformación:
 - Inspector del Trabajo, y,
 - vocales de trabajadores y empleadores.
 - o Apelación: ante el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, presidido por Director Regional de Trabajo.
- Árbitro, Comisión o Tribunal que elijan las partes.

El conflicto colectivo es “una de las muchas singularidades del mundo jurídico laboral” en razón de que a diferencia de otros conflictos entre partes opuestas, en el conflicto laboral siempre se procura el mantener el vínculo “con mejores condiciones para una de ellas y a costa casi siempre de la otra, o bien de la clientela o público en general”, ya que si por la discrepancia se diera por terminado el nexo laboral no se estaría frente a un conflicto de esta índole propiamente sino simplemente ante la terminación de la relación laboral con el trabajador o grupo de trabajadores que así lo hubieren decidido. “Se pugna, pues, por novar, por innovar o por renovar; y no por extinguir sin más los lazos que genera el contrato laboral”, por lo que todo conflicto de trabajo “exige su solución”; por lo que Cabanellas concluye afirmando que los conflictos individuales tienen su cauce “en los tribunales de justicia, con jurisdicción suficiente para resolverlos”, mientras que de tratarse de los colectivos “la solución más generalizada consiste en la conciliación y el arbitraje, métodos que suelen aplicarse por medio de organismos de carácter administrativo” (Cabanellas, 2001, pp. 395-396).



Según nos da cuenta Jorge Vásquez, los tribunales competentes para la resolución de conflictos colectivos, inicialmente fueron conformados exclusivamente por empleadores y trabajadores “en procura de un entendimiento en sus controversias”; posteriormente “nacieron estos tribunales o juntas de conciliación en países como los Estados Unidos de Norteamérica, Nueva Zelanda o Australia y en países de la Comunidad Británica”, conformados por concedores de los conflictos obreros patronales quienes sin estar sujetos a formalismos legales y sin intervención gubernamental procuraban el avenimiento de las partes. El mismo autor agrega que ante el éxito de estas juntas y tribunales, “los estados incluyeron dentro de sus regulaciones legales a estos organismos, rodeándoles de procedimientos obligatorios y uniformes...”. En el Ecuador, desde la Constitución de 1929, “se han establecido los tribunales de conciliación y arbitraje como medio de atención y solución de los conflictos con una estructura que se ha mantenido por muchos años” (Vásquez L., 2010, pp. 237-238).

21.4.- Principios para la resolución de conflictos

- Se adoptará el diálogo social para la solución de conflictos de trabajo y formulación de acuerdos (Art. 326 nral. 10 CR).
- Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente (Art 326 nral. 11 CR).

A pesar de la clara declaración constitucional, contenida en el nral. 10 del Art. 326, no son pocos quienes afirman que tal diálogo no se concreta, muestra de ello ha sido la reciente revisión de los contratos colectivos del sector público en la que se asumía por ejemplo la ausencia o el retiro de la mesa de negociación como aceptación, cosa que contraría todo sentido común. Sobre el tema Cano nos dice que

el exigido diálogo social nunca se llevó a cabo. Ningún trabajador amparado por la contratación colectiva o dirigente de organización de base, federación o incluso central sindical fue convocado por el Presidente de la República o cualquier autoridad de gobierno para discutir este tema. No obstante, se promulgó el Decreto 1701, en el que incluso consta entre sus considerandos –sin ser verdad– que se efectuó ese diálogo. Por lo tanto, se transgredió lo ordenado por la ANC y lo dispuesto en el nral. 10 del art. 326 de la Constitución vigente (Cano, 2009, p. 305).

Al respecto cabe mencionar que

Según la OIT, el diálogo social comprende todo tipo de negociaciones y consultas e incluso el mero intercambio de información entre representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores sobre temas de interés común relativos a las políticas económicas y sociales. Sin embargo, el diálogo social exige para ser eficaz:

- respeto de los derechos fundamentales de libertad sindical y negociación colectiva;
- organizaciones de trabajadores y empleadores fuertes e independientes;
- voluntad política y compromiso de todos los participantes al intervenir en el diálogo social, y;
- respaldo institucional adecuado (<http://www.derechoecuador.com/> Fecha de acceso: 8-X-11).

Según el Diccionario de la Real Academia transigir, por su parte, supone consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, a fin de acabar con una diferencia (RAE, 2001), y es por ello que en el ámbito laboral se restringe la transacción, acorde con el principio de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador.

21.5.- Métodos de solución de conflictos

- Conciliación:
 - o parte de un proceso judicial por el que las partes alcanzan un acuerdo con la ayuda de un juez; o,
 - o método por el cual un tercero propone posibles soluciones, que las partes pueden aceptar o rechazar.
- Mediación:
 - o negociación asistida por un tercero imparcial para que las partes arriben a un acuerdo que ponga fin a sus diferencias.



- Arbitraje:
 - o mecanismo extrajudicial por el cual las partes de mutuo acuerdo someten a un tercero imparcial sus controversias, siempre que sean susceptibles de transacción.

El ámbito natural de solución de los conflictos individuales del trabajo es la justicia, mientras que en materia de solución de los conflictos colectivos “el tema fuerte es, sin duda, el carácter prevalentemente autónomo o heterónomo de los medios de solución. A su vez, el acceso voluntario u obligatorio de los medios heterónomos de solución forma parte de aquella encrucijada” (Goldin, 2010, pp. 390, 393).

Según Bronstein los métodos de solución de conflictos “deberían ser voluntarios, imparciales, expeditivos y concebidos de tal manera que inspiren confianza de los interesados”; y podrían clasificarse en tres categorías:

- 1) los medios de autocomposición; 2) los de heterocomposición y 3) los de autodefensa. Excluyendo este último que se ubica en el terreno de la huelga y no propiamente de conflictos, las dos categorías básicas, de autocomposición y de heterocomposición podrían dividirse en siete medios diferentes de solución, a saber: la negociación o arreglo directo entre las partes (que sería la única forma de autocomposición); la mediación; la conciliación; el arbitraje; la solución judicial; la investigación y encuesta y la acción legislativa” (Bronstein, citado en Rimoldi, 2010, pp. 165-166).

De conformidad a la Ley de Mediación y Arbitraje los términos conciliación y mediación se entienden como sinónimos; aunque tanto para la Real Academia Española como para la doctrina jurídica si existen fundamentales diferencias, aunque no se podría concluir que van exactamente en el mismo sentido; así, para la primera la conciliación es sencillamente el acuerdo de dos litigantes para evitar un pleito o desistir del ya iniciado; mientras que mediación es el resultado de la acción de mediar, es decir de interceder o rogar por alguien, es interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad (RAE, 2001). Para la doctrina jurídica “en la primera el conciliador evalúa la disputa, llega a sus propias conclusiones y propone fórmulas de arreglo para que las partes las acepten o las rechacen; en la segunda no se sugieren soluciones” (Álvarez, citado en Bustamante, 2009, p. 24), y es por ello que Ximena Bustamante, sostiene que

en resumen, la mediación puede ser entendida como un procedimiento estructurado en etapas, informal y flexible guiado por un tercero aceptable, imparcial y neutral y sin poder de decisión llamado mediador; en donde dos o más partes en conflicto buscan, en conjunto y con visión hacia futuro, una solución adecuada a un problema que comparten; con la asistencia del mediador quien, a través de técnicas específicas, ayuda a restablecer la comunicación o simplemente a facilitar el diálogo, permitiendo a las partes aclararse a sí mismas y a la otra parte todos los puntos de controversia, identificar los intereses y necesidades de cada uno y buscar, en base a ello, una solución aceptable y, en lo posible, satisfactoria para todos (Bustamante, 2009, p. 24).

En resumen, es preocupación común, al menos de la mayoría de los países occidentales, el prevenir los conflictos y aplicar para ello y para solucionarlos, en caso de que la prevención no haya sido efectiva, “los mejores métodos de solución”. En el Ecuador se reconocen la conciliación, la mediación y el arbitraje; a los que se pueden añadir “otros medios procesales con los cuales concluyen los conflictos y que están contemplados en nuestra legislación civil, es decir, debemos tomar en cuenta al desistimiento, el abandono de los pliegos, los fallos ejecutoriados, y a un mecanismo que actualmente no tiene respaldo legal: el archivo y rechazo de los pliegos” (Vásquez L, 2010, pp. 179-180).

Respecto al arbitraje se advierte, sin embargo, que la resolución del árbitro es “vinculante y obligatoria”; y que en Ecuador éste es un proceso convencional, toda vez que “nace de un convenio arbitral que celebran las partes antes del conflicto o una vez que éste ha surgido” (Vado y Dupuis citados en Bustamante, 2009, p. 27).

21.6.- Sustanciación de los conflictos colectivos

- Presentación del pliego de peticiones al Inspector del Trabajo;
- notificación al empleador en 24 horas;
- contestación en 3 días;
- mediación laboral obligatoria por 15 días;
- conformación del Tribunal de Conciliación y Arbitraje si no hubiere existido acuerdo;
- nombramiento de los vocales;
- posesión de los vocales en 24 horas;
- conciliación (audiencia en 2 días);



- indagaciones por 6 días, improrrogables;
- fallo en 3 días;
- aclaración o ampliación;
- recurso en 2 días (de apelación; se puede alegar nulidad);
- resolución del Tribunal que pone fin al conflicto.

Según el Art. 475 del Código del Trabajo, suscitado un conflicto laboral entre el empleador y sus trabajadores éstos presentarán ante el Inspector del Trabajo, su pliego de peticiones; éste como su palabra mismo lo dice, contiene los requerimientos y aspiraciones de mejoras de la clase trabajadora, ante el cual el empleador no tiene otra alternativa que aceptar al menos parcialmente dicho pliego si no quiere verse avocado a la huelga que por tal motivo pueden declarar los trabajadores. Por ello es que con buena razón Jorge Vásquez sostiene que se trata de “un verdadero *ultimátum* para el empleador y el clarín que convoca a las partes al conflicto” (2010, p. 138). Obviamente que de contener el pliego el ciento por ciento de aspiraciones desmedidas y reñidas con la realidad económica de la empresa puede dar lugar al desconocimiento, al término del conflicto, del derecho de los huelguistas a percibir las remuneraciones por todo el tiempo de la paralización, al rechazarse por parte del Tribunal la totalidad del pliego de peticiones, de conformidad con el Art. 504 del Código del Trabajo.

De conformidad a la Carta Magna los únicos competentes para la calificación, tramitación y resolución de los conflictos colectivos son los Tribunales de Conciliación y Arbitraje; inclusive, de conformidad a fallos de triple reiteración, una vez “ejecutoriada el acta transaccional aprobada en sentencia por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje del Ministerio del Trabajo (hoy Ministerio de Relaciones Laborales), y acatada en las respectivas actas de finiquito y liquidación, no procede ante la Función Judicial impugnar tal sentencia” (Gaceta Judicial N° 12 Serie XVI. p. 18).

21.6.1.- Pliego de peticiones

El pliego de peticiones es simplemente una solicitud y no una demanda en estricto sentido, aún cuando ambas sean las “diligencias iniciales del proceso, las que van a ser materia del litigio y de la resolución final”. Y no es demanda fundamentalmente por cuanto no versa sobre “un derecho cierto o concreto, existente o por existir”, ni se propone ante un juez de derecho, sino ante la autoridad administrativa (Vásquez, 2010, pp. 140-141). El mismo autor agrega como diferencias entre el pliego de peticiones y la demanda el hecho de que el

primero exige que sea presentado por una asociación sindical, limitación que no corre para la segunda, así como el requisito de la cuantía, que es indispensable para la segunda y no así para el primero.

Y si bien no se establece un contenido mínimo ni formalidad alguna para el pliego de peticiones, estimamos que debe cumplir con los mismos requisitos de una demanda, en lo que fuere aplicable, es decir los que exige el Art. 67 del Código de Procedimiento Civil, que por disposición del Art. 6 del Código del Trabajo, es norma supletoria.

21.6.2.- Mediación obligatoria

Como parte de la sustanciación del conflicto colectivo el Código del Trabajo ecuatoriano contempla una etapa de mediación obligatoria, entendida en este sentido como sinónimo de la conciliación. Esta tendrá lugar en el caso de que presentado el pliego de peticiones el empleador no se pronuncie en el término de tres días o si la contestación no fuere enteramente favorable a las pretensiones de los trabajadores. Para el efecto el Inspector de Trabajo que haya recibido y notificado el pliego remitirá todo lo actuado a la Dirección de Mediación Laboral respectiva, para que a través de sus funcionarios se convoque a las partes cuantas veces considere necesario a fin de que en el plazo de 15 días procuren superar las diferencias existentes. Dicho plazo podrá ampliarse a petición conjunta de las partes. Por el contrario, de no concurrir la parte empleadora a dos reuniones consecutivas, terminará la etapa de mediación obligatoria y se remitirá lo actuado nuevamente a la autoridad del trabajo para que se disponga la integración del Tribunal de Conciliación y Arbitraje. Si fueren los trabajadores, en cambio, quienes no concurrieran a las reuniones se deberán cumplir los quince días establecidos para esta etapa. Los trabajadores asistirán a las reuniones por medio de representantes con credenciales suficientes, mientras que los empleadores podrán hacerlo por sí mismos o por medio de mandatarios autorizados por escrito. En todo caso, quienes hayan intervenido como representantes de las partes, quedarán inhabilitados para ser posteriormente vocales ante el Tribunal de Conciliación y Arbitraje.

De llegarse a un acuerdo en la etapa de mediación obligatoria, se suscribirá un acta que pondrá término al conflicto; si el acuerdo fuere parcial se suscribirá igualmente un acta en la que constarán los acuerdos, mientras que los puntos no convenidos serán sometidos a la resolución del Tribunal.

Existe expresa prohibición legal para declarar la huelga mientras duran las negociaciones en la etapa de mediación obligatoria, salvo el caso de que el empleador despidiere o desahuciare a uno o más trabajadores, o si sacare maquinaria con el objetivo de dismantelar su industria o negocio.

En todo caso lo que se busca es en última instancia una conciliación laboral, y en tal sentido Guillermo Cabanellas nos dice que:

en la esfera laboral, conciliación es un acto, un procedimiento y un posible acuerdo. Como acto representa el cambio de puntos de vista, de pretensiones y propuestas de composición entre partes que discrepan. Como procedimiento, la conciliación se integra por los trámites y formalidades de carácter convencional o de imposición legal para posibilitar coincidencias entre los que tienen planteado un problema jurídico o un conflicto económico. Como acuerdo la conciliación representa la fórmula de arreglo concertado para las partes. Desde este enfoque colectivo laboral, la conciliación consiste en la terminación de una amenazadora desavenencia por el acuerdo voluntario, directo y personal de las partes que redunda en sus pretensiones o aceptando una fórmula de entendimiento, consiguen superar armónicamente la contienda (Cabanellas citado en Alomía, 2002, pp. 80-81).

La resolución que dicta el Tribunal de Conciliación y Arbitraje surte los mismos efectos que el contrato colectivo y de las actas transaccionales que en cualquier momento del conflicto las partes llegaren a suscribir, ya sea sobre algunos o todos los aspectos en disputa, de conformidad al Art. 489 del Código del Trabajo; es por ello que se menciona a estos tres instrumentos, vale decir, la resolución o fallo del Tribunal, el acta transaccional y el mismo contrato colectivo, como especiales fuentes del Derecho Colectivo de Trabajo.

Si bien se establecen condiciones y requisitos que deben observarse en los trámites anteriormente descritos en ningún caso, por expresa disposición legal, se podrá sacrificar la justicia por la mera omisión de solemnidades.

Corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales, por intermedio de los funcionarios que presidan los Tribunales de primera y de segunda instancia, hacer cumplir los fallos o las actas con los cuales se haya dado término a los conflictos colectivos. Los Arts. 492 y siguientes del Código Laboral fijan las sanciones por el incumplimiento a lo dispuesto en el fallo o a lo acordado en

el acta, las mismas que atenderán a la gravedad de la infracción así como la importancia económica de la empresa y al número de los trabajadores afectados, sin perjuicio de que subsista la obligación principal; regulan además los posibles embargos con ocasión de la ejecución del convenio o fallo se puedan realizar.

La jurisprudencia de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje al igual que la jurisprudencia administrativa no tiene mayor relevancia, primero por cuanto por lo general las partes llegan a un acuerdo con el que dan por terminado el conflicto; segundo porque resulta difícil la continuidad y uniformidad de las decisiones de los Tribunales en razón de su conformación; y finalmente porque los conflictos colectivos se enfocan en los ajustes de las particulares condiciones en las que un determinado grupo de trabajadores presta sus servicios (Monesterolo, 2010, p. 36); sin embargo el Código del Trabajo dispone en su Art. 521, a fin de mantener la necesaria uniformidad en las decisiones de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, que las resoluciones y fallos contradictorios sobre puntos de Derecho, sean sometidos a conocimiento del Ministro de Relaciones Laborales, para que integre una comisión compuesta por un delegado de la Corte Nacional de Justicia, quien la presidirá, por el asesor jurídico del Ministerio de Relaciones Laborales y por un profesor universitario de Derecho Laboral, designado por el Consejo de Educación Superior. Para el efecto, las conclusiones a las que llegare esta comisión, deberán remitirse a la Asamblea Nacional, con el propósito de que dicte las normas legales respectivas. Esta norma sin embargo no tiene un fundamento racional ni legal y evidencia más bien desconocimiento sobre los conflictos colectivos de trabajo, por la naturaleza de los propios Tribunales que se conforman de manera temporal y *ad-hoc*, como de los conflictos de intereses que responden a pretensiones de un determinado grupo de trabajadores y no a cuestiones de Derecho, por lo que no procede hablar de jurisprudencia ni aun de precedentes en tales casos, por lo que resulta letra muerta y por ende inaplicable.

21.6.3.- Conformación de Tribunales de Conciliación y Arbitraje

De primera instancia

- Inspector del Trabajo.
- Dos vocales por parte del empleador (con dos suplentes).
- Dos vocales por la parte trabajadora (con dos suplentes).

De segunda instancia



- Llamados Tribunales Superiores de Conciliación y Arbitraje.
- Se conforman con nuevos vocales designados por las partes (dos principales y dos suplentes), y lo preside el Director Regional de Trabajo o quien lo subrogue.

De conformidad al Art. 474 del Código del Trabajo, no pueden ser vocales del Tribunal quienes tuvieran interés directo en la empresa o negocio o en la causa que se tramita; el transgresor será sancionado con las penas establecidas para el prevaricato.

El Tribunal podrá sesionar y aún resolver siempre que se encuentren presentes, por lo menos, tres de sus vocales; pero en todo caso las resoluciones serán aprobadas con tres votos conformes. Si faltare el presidente no podrá sesionar el Tribunal (Art. 480 CT).

Para los conflictos colectivos de trabajo en segunda instancia, habrá tribunales superiores de conciliación y arbitraje, con sedes en las ciudades en donde funcionan las Direcciones Regionales de Trabajo; y si bien al respecto tanto en el Art. 486 como en el Art. 539 del Código del Trabajo todavía se hace referencia a las ciudades de Quito, Guayaquil, Cuenca y Ambato, de conformidad a la nueva estructura del Ministerio de Relaciones Laborales actualmente ya son siete las Direcciones Regionales, en razón de que se han incrementado tres, que funcionan con los mismos deberes y atribuciones, en Ibarra, Loja y Portoviejo.

La Dirección Regional del Trabajo, y consecuentemente el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, de Quito tiene jurisdicción en las provincias de Pichincha, Napo y Orellana; la de Guayaquil en las provincias de Guayas, Esmeraldas, Los Ríos, El Oro, Santa Elena y Galápagos; la de Cuenca en las provincias de Azuay, Cañar y Morona Santiago; la de Ambato en las provincias de Pastaza, Cotopaxi, Tungurahua y Chimborazo; la de Ibarra en las provincias de Carchi, Imbabura y Sucumbíos; la de Loja en las provincias de Loja y Zamora Chinchipe; y, finalmente, la Dirección Regional Portoviejo con jurisdicción en las provincias de Manabí y Santo Domingo de los Tsáchilas (<http://www.mrl.gob.ec/> Fecha de acceso 28-IX-11).

Los miembros y el secretario del Tribunal, así como los peritos que hubieren intervenido en la sustanciación del conflicto, tendrán derecho a percibir los honorarios que fija el Director Regional del Trabajo, según se trate de Tribunales de primera o de segunda instancia, a cuenta de las partes, en los porcentajes

que la misma autoridad determine. La percepción de cualquier emolumento no fijado por la autoridad del trabajo constituye delito de concusión.

21.6.4.- Trámite de apelación

- Presentación del recurso con los requisitos legales.
- Elevación del proceso al Director Regional del Trabajo (dentro de 2 días), quien ordenará que las partes designen dentro de 48 horas sus vocales.
- Posesión de vocales.
- Señalamiento de día y hora para la audiencia de conciliación (dentro 48 horas, posteriores a la posesión de vocales).
- Audiencia, en la que se oír a las partes, se presentarán los documentos de respaldo, y se procurará la conciliación.
- Conciliación (que pone término al conflicto); o,
- resolución en el término de 3 días.
- Aclaración o ampliación (si se pide dentro de 2 días).

LECCIÓN 22 MEDIDAS DE ACCIÓN DIRECTA

22.1.- Definición de medidas de acción directiva

Son medidas de hecho tendientes a solucionar conflictos de trabajo que pueden combinarse con los procedimientos previstos en la ley para la solución de las diferencias.

Surgido el conflicto entre el empleador o varios empleadores y los trabajadores se podría “recurrir a los órganos del poder público para que atiendan sus pretensiones siguiendo procedimientos jurídicos”, para ser escuchados y presentar su defensa, o por el contrario podrían optar por recurrir “a medidas de hecho que pongan al empleador en el dilema de acceder a las peticiones de sus trabajadores o perder del todo, aunque temporalmente, las utilidades provenientes del trabajo de ellos” (Trujillo, 1987, p. 335).

De tales medidas las más conocidas son la huelga de parte de los trabajadores y el paro por parte de los empleadores.

El mismo Trujillo destaca que en la legislación laboral ecuatoriana se combinan los procedimientos jurídicos (entiéndase la mediación, la conciliación y el arbitraje) y las medidas de acción social directa, para la solución de los conflictos colectivos, y acota que

si bien la tendencia más generalizada es la de permitir la huelga después de agotados los procedimientos de conciliación obligatoria y sin perjuicio de que se remita el diferendo al arbitraje voluntario unas ocasiones y en otras al arbitraje obligatorio; hay también legislaciones que autorizan la huelga aún durante el período de conciliación y otros que no admiten el arbitraje sino a condición de que cese la huelga y se reinicien las labores (Trujillo, 1987, p. 335).



22.1.1.- La huelga

22.1.1.1.- Definición

- Suspensión colectiva del trabajo, declarada y ejecutada por trabajadores coligados (Ar. 467 CT).
- Suspensión del trabajo llevada a cabo por una pluralidad de trabajadores; abstención colectiva y concertada de la prestación laboral. (Pozzo y Vázquez Vialard, respectivamente, citados en Etala, 2010b, p. 962)
- Resistencia activa de los trabajadores a la opresión sufrida en el proceso productivo o en la sociedad global (Capón, 2010, p. 476).
- Abandono simultáneo y concertado del trabajo, para lograr la solución de un conflicto del trabajo, por un círculo más o menos numeroso de personas (Núñez, 2010, p. 465).
- Interrupción del trabajo y no el abandono colectivo del mismo (Paúl Durand, citado en López, 2010b, p. 497).

La palabra huelga proviene etimológicamente de “*huelgo*” que significa “tiempo en el que uno está sin trabajar. El sustantivo “*huelgo*” se origina en “*holgar*” con raíz latina en “*fullicare*” que significa respirar y figurativamente, tomar aliento o descansar tras esfuerzo, fatiga o la suma de ambos que significa el trabajo, sobre todo el manual” (Alomía, 2002, p. 189).

En el diccionario de la Real Academia Española encontramos que la huelga es “la interrupción colectiva de la actividad laboral por parte de los trabajadores con el fin de reivindicar ciertas condiciones o manifestar una protesta” (RAE, 2001).

Existen, por otra parte, diversas definiciones doctrinarias y legales sobre la huelga, como las ya enunciadas, en las que destacan como elementos comunes la cesación temporal y colectiva del trabajo; en unas se agrega el abandono del lugar de trabajo por parte de los huelguistas, y otras en cambio, hacen especial mención al objetivo o propósito de la misma, que se reduce a ejercer presión a la parte empleadora para alcanzar determinadas condiciones laborales, y en general, para la satisfacción de intereses colectivos.

Deveali la define como el abandono temporal y concertado del trabajo por parte de la generalidad de los trabajadores de un establecimiento o de un determinado sector de trabajadores de todo el país, con el propósito de ejercitar una coacción sobre el empleador o un sector de empleadores, o de manifestar un sentimiento colectivo (2010a, p. 434); mientras que Álvarez la define como “el poder jurídico de causar un perjuicio absteniéndose de cumplir con la prestación laboral como instrumento de presión sobre la voluntad del empleador, para compeler a la aceptación de un beneficio o a la efectivización de lo dispuesto por una norma preestablecida (2010, p. 514).

Guillermo Cabanellas alecciona que la huelga tiene “el carácter de medio para la realización de determinados fines”, que “regulado por normas legales, termina por encuadrarse como un derecho” (citado en Alomía, 2002, pp. 191).

22.1.1.2.- Naturaleza jurídica

Al igual que sucede al momento de procurar desentrañar la naturaleza de cualquier institución jurídica se presentan discrepancias, pese a que cada teoría tiene sus propios y, sin duda, válidos argumentos. De esta realidad no se escapa la huelga que para unos es un acto antijurídico, para otros un derecho, mientras que para algunos no es más que un simple hecho.

Ratifica lo dicho, por una parte, Guillermo López quien opina que es debido a “dos órdenes de motivaciones: por un lado, por cuestiones semánticas, y por otro por una permanente confusión entre la naturaleza jurídica de la institución y sus caracteres esenciales”, que se ha dificultado el estudio del tema. Respecto a lo primero señala que por largo tiempo se ha discutido y se sigue discutiendo si acaso la huelga es un derecho, un acto o un hecho jurídico, ya que desde un punto de vista subjetivo “derecho es la facultad o prerrogativa que tienen las personas para realizar determinados actos, con los cuales se crea, modifica o extingue una situación jurídica”; mientras que “los hechos jurídicos reciben el nombre de actos cuando ellos se realizan con la intención de crear, modificar o extinguir derechos”; por lo que concluye que la huelga es un derecho subjetivo colectivo (López, 2010b, pp. 492-493).

Por otra parte Trujillo también coincide en que la huelga ha sido considerada a través de los años como un hecho, un acto, y aún como un derecho, ya sea individual, colectivo o gremial. Para explicar la huelga como hecho cita a Francisco de Ferrari quien destaca que una cosa es el derecho en sí mismo, como



la facultad de obrar de una u otra manera y otra es su ejercicio, que consiste precisamente “en el hecho de obrar en un determinado sentido de los varios en que el titular del derecho podría hacerlo (Ferrari citado en Trujillo, 1987, p. 357), y continúa señalando que por ende, frente a la facultad que tiene el trabajador de laborar en favor del empleador, tiene la de no hacerlo, ya sea de manera individual o de manera concertada con el resto de trabajadores, en cuyo caso se configuraría la huelga, y por lo tanto concluye “es un hecho o modo concreto de ejercer un derecho” (Trujillo, 1987, p. 357-358).

Es por ello que resulta ser otra doctrina autorizada la que sostiene que la huelga no es propiamente un derecho sino una situación de hecho, es decir, simplemente “el ejercicio del derecho de no trabajar” (Deveali, 2010b, p. 452).

La postura de la huelga como acto jurídico, en cambio, es sostenida por Carnelutti y Despontín, aunque le añaden el calificativo de injurídico, toda vez que “se propone conseguir del empleador, por la fuerza, condiciones de trabajo que nos las quiere otorgar pacíficamente” (Trujillo, 1987, p. 359).

Para López, por el contrario, es un derecho subjetivo colectivo, reconocido a los trabajadores para la autotutela de sus derechos e intereses, mediante el ejercicio de las medidas de acción directa, que los usos y costumbres incorporan en las relaciones laborales, que no entren en la esfera de lo ilícito penal (López, 2010b, p. 491).

22.1.1.3.- Reconocimiento de la huelga

Superadas las etapas en que fue considerada como un hecho violento y aún delictivo, y más tarde simplemente tolerada, ha sido reconocida y garantizada en el Ecuador desde la Constitución de 1929 y además por varios instrumentos internacionales.

Actualmente se encuentra consagrada en el Art. 326 nral. 14 de la Constitución y regulada en el Código del Trabajo a partir del Art. 467.

La huelga fue inicialmente reprimida como delito, por ser contraria a la libertad de trabajo,

al par [sic] que toda coalición, constituyó un estado de hecho, irracional, violento y revolucionario. Más que contra los patronos, su objetivo era la destrucción del Estado al que los obreros consideraban, como instrumento

de su explotación. Tolerada luego, cuando sus fines van siendo inmediatos y perdiendo el sentido revolucionario primitivo, se transforma en un estado de derecho, racional, pacífico y reformista, para terminar por ser reconocida, como una facultad jurídica reglamentada. Así considerada, la huelga es la consecuencia del hecho de haber obtenido el sindicato, el reconocimiento de la personalidad jurídica por el Estado contemporáneo (Nápoli, 2010, p. 421).

Por ser la huelga un derecho sindical, corresponde al Estado brindar las garantías necesarias para su efectivo ejercicio, por lo cual no solo que no puede prohibirlas, ni reprimirlas, sino que una vez producidas no causan sino solo la suspensión del contrato y no la terminación del mismo; es por ello que “en la juridicidad, la huelga sólo encuentra tutela cuando se desarrolla con arreglo a derecho (*secundum legem*) y en cambio se hace pasible de sanciones cuando es antijurídica (*contra legem*)” (Nápoli, 2010, pp. 422-423). El mismo autor indica que se puede hacer una distinción “dentro de las condiciones intrínsecas, la justicia o la equidad de la huelga, ya que puede ocurrir que la misma sea legal, legítima, pero injusta. A propósito, Bielsa dice que

a menudo se confunde legalidad con legitimidad, que no son precisamente sinónimos y, por consiguiente, tampoco sus contrarios ilegalidad e ilegitimidad. Partiendo de la raíz etimológicamente dice que es legal, todo lo que se conforma objetivamente con la ley, con la norma positiva, así la competencia, la capacidad jurídica, la forma de los actos jurídicos. La legitimidad tiene un sentido de licitud de acuerdo con la ley; concierne a la naturaleza jurídica “intrínseca”, al fondo y no a la forma ni a los requisitos objetivos (Bielsa citado en Nápoli, 2010, p. 425).

Por su parte Guillermo López alude a palabras de Tissembaum y de Nápoli para quienes “en doctrina se suele hablar de legalidad, legitimidad y justicia de la huelga”, o de “legalidad, licitud y justicia”, respectivamente; y acota que con el vocablo legalidad “se intenta referir al cumplimiento de obligaciones formales, o sea el respeto de los procedimientos conciliatorios previos que normalmente estatuyen las normas vigentes en la materia”, mientras que con los términos legitimidad o licitud “se apunta al objeto o finalidad profesional que debe tener la huelga y a los medios empleados en su ejecución”; y por último, con el vocablo justicia se hace alusión a “la razonabilidad del reclamo sindical que se intente conseguir, apelando a la medida de acción directa” (López, 2010b, p. 500).



En el Art. 24 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas también se reconoce el derecho de huelga con la restricción establecida en el numeral 15 del artículo 326 de la Constitución de la República, que se refiere a que procede la huelga siempre que se asegure el funcionamiento de los servicios públicos, cuya paralización prohíbe la norma en referencia, y se observen las demás prescripciones legales.

Para Eduardo Álvarez el reconocer la huelga como un derecho trae aparejado dos obvias consecuencias: su ejercicio no puede originar la aplicación de una sanción ni tampoco puede constituir un acto ilícito, por lo que mal puede acarrear una responsabilidad extracontractual o contractual (Álvarez, 2010, p. 514).

22.1.1.4.- Condiciones de validez de la huelga

Para que la huelga sea reconocida y garantizada como un legítimo derecho de los trabajadores que exigen por medio de ella mejores condiciones de trabajo es necesario que cumpla con ciertos requisitos, que según Nápoli (2010, p. 426) son:

- personería del sujeto capaz de declararla;
- competencia del órgano que la califica; y,
- procedimiento ritual al que está sometida antes que se materialice.

Así pues Nápoli al referirse a la personería del sujeto capaz de declarar la huelga aclara que esta condición formal responde a la “necesidad de evitar la usurpación de autoridad, que en principio pertenece a todos los trabajadores directamente interesados en el conflicto [...]. La consulta al afiliado debe ser práctica constante no solo para declarar la huelga, sino para mantenerla en determinadas circunstancias.” (Nápoli, 2010, p. 426). En el caso de la legislación ecuatoriana se ha previsto que la asociación de trabajadores con atribución para declarar la huelga sea exclusivamente el comité de empresa, en caso de que este exista, o en su defecto, el sindicato mayoritario, siempre que cuente con por lo menos el 50% de los trabajadores, en el sector privado, o el comité central único en el público.

Respecto a la segunda condición, esto es a la competencia del órgano que la califica, habrá de entenderse en el caso ecuatoriano que el pliego de peticiones por ejemplo haya sido presentado ante el Inspector del Trabajo.

La última condición de validez enunciada por Nápoli hace relación en cambio a la observancia de las causales, el procedimiento y las condiciones establecidas

para la declaratoria y ejecución de la medida de acción social directa; y así, en el Ecuador tenemos por ejemplo entre los requisitos especiales para el caso de la declaratoria de huelga de las instituciones que presten servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, traspotación pública, correos y telecomunicaciones, que debe hacerse con una anticipación de 20 días a la paralización de las actividades (el Art. 514 CT).

La calificación propiamente dicha de la huelga la hace, en el caso ecuatoriano, el Tribunal de Conciliación y Arbitraje al momento de resolver, con cuyo fallo se pone término al conflicto y se ordena la reanudación de las actividades.

22.1.1.5.- Características de la huelga

No hay total unanimidad entre los estudiosos del Derecho Laboral al momento de establecer las características de la huelga, y esto se debe al hecho de que no es posible hacer generalizaciones ya que éstas dependerán de los diferentes países que regulan la huelga, según “las modalidades de su actividad económica, su organización política y sindical, y el diferente grado de cultura de los sectores patronales y obreros” (Deveali, 2010a, p. 435).

Sin embargo es incuestionablemente característico de la huelga el hecho de que se trate de una medida colectiva, que requiere de un previo acuerdo por parte de los trabajadores, y que tiene como finalidad la defensa de intereses profesionales; es decir que se trata de una abstención del trabajo, acordada y ejercida colectivamente. De allí que el enunciado que consta a continuación, no son sino otras apreciaciones sobre el tema en cuestión.

- Derecho potestativo (Santoro Pasarelli, citado en López, 2010b, p. 493)
- Acto jurídico de presión:
 - o que pretende producir un daño al sujeto pasivo, a fin de doblegar su voluntad; y,
 - o que constituye un derecho de contenido múltiple o de ejecución polifacética (López, 2010b, p. 493).

Resulta interesante al momento destacar que existen juristas que asimilan la huelga, concretamente la denominada contractual o clásica, a una guerra. “En efecto en la huelga, como en la guerra, el elemento decisivo lo constituye la

fuerza, más que la justicia. Además la huelga, como la guerra, afecta a menudo a terceros, e importa una pérdida de bienes, que perjudica a ambos beligerantes, sea el vencedor como el vencido". Otros por el contrario asimilan a la huelga "a la situación de quien se hace justicia por sí mismo" (Deveali, 2010a, p. 438-439). Deveali argumenta en contra de la concepción defendida especialmente por Cernelutti que define la huelga como guerra diciendo que en ésta cada beligerante se propone eliminar al adversario, finalidad que evidentemente es extraña a la huelga, ya que los trabajadores de ninguna manera pretenden que la empresa desaparezca, dejándolos sin trabajo (Deveali, 2010b, p. 451).

No es suficiente para que se configure la huelga una abstención colectiva de trabajar por parte de los trabajadores, sino que exige un concierto previo de todos los que participan en ella, que supone una deliberación, por lo que corresponde claramente distinguir "el momento de la proclamación de la huelga y el hecho de su realización" (Deveali, 2010b, p. 456).

22.1.1.6.- Fines de la huelga

- Económicos: satisfacción de necesidades materiales de los trabajadores.
- Jurídicos:
 - o reconocimiento,
 - o modificación,
 - o declaración de derechos.

En general, "debe tener por objeto la defensa de los intereses profesionales" (López, 2010b, p. 494).

El fin de la huelga es presionar a la parte empleadora para que ceda a las pretensiones de los trabajadores agremiados quienes aspiran mejorar las condiciones de trabajo; en definitiva la huelga "persigue esencialmente reivindicaciones para el conglomerado, representado por una organización sindical" (Alomía, 2002, p. 191), entiéndase en el caso del Ecuador, el comité de empresa o el sindicato mayoritario que aglutine a más del 50% de los trabajadores, o en el caso de que aquel no exista en el sector público, el comité especial.

Manuel Alonso García (citado en Alomía 2002, p. 190) aclara que dada la naturaleza de la relación laboral, el conflicto admite "modalidades y variaciones múltiples", que resume de la siguiente manera: pretensiones con finalidad "novatoria de las condiciones ya existentes y cuyo contenido viene siendo base

reguladora de la relación; interpretativa de las normas que rigen el contenido de dicha relación; de cumplimiento de los términos que integran, en todos sus diversos aspectos, el mencionado contenido; y, extintiva de la relación”.

En palabras de Tissembaum (citado en Deveali, 2010a, p. 434) la huelga sirve para “secundar la reclamación planteada ante los empleadores con el objeto de obtener el reconocimiento de sus gestiones profesionales. Deveali por su parte acota que “el término huelga es usado a menudo, en sentido impropio, para indicar iniciativas que tienen en común únicamente el carácter colectivo y la finalidad de ejercitar presión o exteriorizar un sentimiento u opinión de un determinado sector de la población” (Deveali, 2010a, p. 434). En ocasiones, incluso, se distorsionan los fines de la huelga dando lugar a motivaciones y aspiraciones meramente políticas, en cuyo caso no procedería el amparo legal.

Por todo lo dicho la huelga tiene como fin último “intentar doblegar la voluntad del empleador para obtener, total o parcialmente, las reivindicaciones o reclamos del sector trabajador, a través de una abstención colectiva y concertada de prestar tareas” (Foglia, 2010, p. 602). El mismo Foglia, sostiene que

Justo López y Ramírez Bosco señalan con justeza, que la huelga implica una causa de justificación. Este último autor dice que “la actividad de cada huelguista es en sí misma un incumplimiento contractual y por lo tanto un acto objetivamente antijurídico, pero que queda justificado porque el legislador, considerando prevaeciente el bien jurídico “autotutela colectiva de los trabajadores” sobre el de su cumplimiento de los contratos, da a la huelga esta virtualidad de justificar algo que a su falta sería ilícito” (Foglia, 2010, pp. 602-603).

22.1.1.7.- Casos en que procede la huelga

Por las graves consecuencias que una paralización de actividades conlleva para el empleador, e incluso para la sociedad en general, así como por sus repercusiones económicas, es necesario limitar al máximo el ejercicio de la huelga de manera que responda exclusivamente a casos extremos, en los que a los trabajadores no les quede otra alternativa; por ello si bien la Constitución reconoce y garantiza el derecho a la huelga, advierte que la misma podrá desarrollarse con los límites establecidos en la ley; y es en el Código del Trabajo (Art. 497) donde encontramos taxativamente las causas por las cuales se puede emplear esta medida de acción directa, por cierto muy efectiva para los trabajadores, y que son las que se enuncian a continuación:



- Si el empleador no contesta el pliego de peticiones o lo hace negativamente.
- Si ya notificado el empleador con el pliego, despidiere o desahuciare a uno a más trabajadores.
- Si no se organizare o no funcionare el Tribunal de Conciliación y Arbitraje.
- Si no se produjere la conciliación.
- Si no se pronuncia el fallo en tres días.
- Si el empleador faltare sin causa a dos reuniones consecutivas en la etapa de conciliación obligatoria.
- Si el empleador sacare maquinaria con la clara intención de dismantelar la empresa.

Es muy clara la disposición constitucional de limitar aún más el ejercicio de este derecho para los trabajadores que laboran en el sector público, lo que ha sido largamente discutido, limitación que obedece a la naturaleza de las funciones desempeñadas y a los servicios que prestan, en donde prevalece el bien común.

Si bien la relación que crea el empleo público es extraña al derecho del trabajo, no resulta menos cierto que el Estado ha ido acumulando otras tareas de carácter eminentemente privado, industriales y comerciales que implican un contrato de trabajo con el Estado como empleador o empresario.

Asimismo la realidad indica que las huelgas en el sector público existen, por lo cual la opinión generalizada acerca de la ilicitud de las medidas de acción directa en los trabajadores del Estado y de las empresas públicas, es violada en forma frecuente (Etala, 2010 b, pp. 964-965).

22.1.1.8.- Huelga en instituciones y empresas que prestan servicios de interés social o públicos

De conformidad con el Art. 326. nral.15 de la Constitución de la República en concordancia con el Art. 31 nral. 3 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y

telecomunicaciones. La ley establece los límites que aseguran el funcionamiento de dichos servicios.

En el Ecuador entonces el derecho a la huelga está reconocido solo para los trabajadores sujetos al Código del Trabajo, por lo que tratándose del sector público, podrían ejercer el derecho los obreros, quienes están obligados a observar las limitaciones y condiciones que para el efecto establece la ley (Arts. 514-516 CT), que se resumen a continuación.

- Se podrán suspender las labores 20 días después de declarada la huelga (el plazo contará desde notificación al empleador);
- se deberá convenir, dentro de las 48 horas de recibida la notificación, las modalidades para la prestación de los servicios mínimos (con al menos el 20% del plantel);
- en el sector agrícola (durante proceso de cosecha) y sectores comercial o industrial (para los productos perecibles) se establece la obligación de no paralizar las actividades; de lo contrario el empleador podrá contratar personal sustituto;
- en caso de inobservancia de estas limitaciones la autoridad del trabajo podrá ordenar la entrega de los locales y el reinicio de las actividades, aun con sustitutos, y los trabajadores que se negaren a laborar no recibirán la remuneración e incurrirán en la causal del Art. 172 del CT (Arts. 514 y 515 CT).

Las limitaciones enunciadas obedecen al hecho de que frente a los trabajadores de las instituciones y empresas que prestan servicios de interés social o públicos, que invocan su derecho a la huelga, se encuentran los usuarios de tales servicios que se verían afectados por la paralización de las actividades, lo que “comporta una ponderación de valores e intereses” (Ostau De Lafont, 2006, pp. 397-398), por lo que resulta justificable que en aras de precautelar un interés mayor se prohíba la paralización de servicios públicos en cuyo caso se puede afirmar que el derecho de la comunidad, el bien común, pone un límite al ejercicio de derecho de la huelga; entonces “más que un problema de abuso de derecho –en el sentido preciso en que conceptúa el abuso Orgaz– es un problema de exceso (y por lo tanto, de no derecho)” (López, 2010, p. 531); o según sostiene Cabanellas, la paralización de servicios públicos motivada en movimientos huelguísticos perturba “complejos intereses, esencialmente los del público consumidor, no

beligerante en el conflicto y obligado a soportar las consecuencias” de la misma, y de allí que no sea generalmente admitida; aunque termina aclarando, citando a Bouere que

Debe tenerse en cuenta que la exclusión o restricción huelguística para los servicios públicos se funda en su continuidad; su funcionamiento debe asegurarse de forma permanente para la satisfacción de una necesidad colectiva que ya ha sido creada; es decir, de una actividad social determinada que ha sido tomada a cargo por la colectividad y sometida a un régimen jurídico que sale del Derecho Común. Este régimen de continuidad es, en el fondo, el concepto perenne del Estado mismo, que hace de la noción del servicio público y de la práctica de la huelga dos términos antagónicos” (Cabanellas, 2001, pp. 343-344).

22.1.1.9.- Clases de huelgas

En la doctrina encontramos variados criterios de clasificación, como por ejemplo los que nos proporciona Guillermo Cabanellas, quien precisa en todo caso que

existen otras muchas variedades huelguísticas, cuyo criterio diferenciador aparece de fácil identificación: así, las huelgas profesionales y no profesionales; las que afectan a servicios públicos y las que paralizan otros trabajos; las directas y las escalonadas; las de duración predeterminada y las que se declaran por tiempo indefinido; las de brazos cruzados, entre otros matices, a veces particulares a cada conflicto suscitado (Cabanellas, 2001, p. 274).

Siguiendo la clasificación que asume la legislación ecuatoriana tenemos las siguientes clases de huelgas:

- Legal: declarada en los casos y en la forma prevista en la ley.
- Illegal: la que se declara al margen de la ley.
- Lícita: la huelga que no es violenta.
- Ilícita: cuando los huelguistas ejecutan actos violentos contra las personas o causan perjuicios de consideración a la propiedad.
- Solidaria: la que tiene por objeto solidarizarse con huelgas lícitas de trabajadores de otras empresas.

22.1.1.10.- Efectos de la huelga

Los efectos de la huelga varían según se trate de la medida de acción directa declarada en los términos y en la forma prescrita en la ley o no; sea violenta, o en respaldo de otras huelgas legales, según se resume a continuación:

- Legal
 - o Suspende los contratos de trabajo.
 - o Da derecho a los trabajadores a percibir sus remuneraciones al término de la suspensión.
 - o Garantiza a los trabajadores estabilidad por 1 año, contado a partir de la reanudación de las actividades.
- Illegal
 - o Los trabajadores pierden el derecho a:
 - percibir las remuneraciones por todo el tiempo que dure la paralización;
 - gozar de estabilidad una vez que retornan a sus puestos de trabajo.
- Ilícita
 - o Da derecho al empleador a despedir a los huelguistas.
 - o Hace civil y penalmente responsables a sus autores, cómplices y encubridores.
- Solidaria
 - o No da derecho a la remuneración ni a la estabilidad.
 - o Duración máxima: tres días hábiles consecutivos.
 - o Puede hacerse efectiva tres días después de haberse notificado a la autoridad del trabajo.

Según Deveali no es posible hablar de huelga legal o ilegal sino en aquellos países en donde se establecen normas específicas tanto para la declaración como para la continuación de la misma, que es lo que sucede precisamente en el Ecuador; por ello prefiere hablar de huelga regular, que en todo caso no debe confundirse con el criterio de huelga justa (Deveali, 2010a, p. 447).



La huelga ilícita contraría un aspecto fundamental que debe estar presente en todo tipo de relaciones laborales, que es precisamente la armonía entre las partes. Todo acto violento implica sin duda el uso de la fuerza física, ya sea en contra de las personas o en contra de los bienes que pueden acarrear incluso consecuencias en el ámbito penal.

Declarada la huelga los trabajadores podrán permanecer en las fábricas, talleres o los lugares de trabajo, con el fin de evitar por ejemplo el desmantelamiento de la empresa, o bien que sean contratados otros trabajadores para solventar las actividades regulares. En todo caso la ley garantiza vigilancia policial para resguardar los derechos de las partes (Art. 500 CT).

La huelga suspende los efectos esenciales del contrato de trabajo, esto es la prestación de los servicios y la remuneración, pero de ninguna manera los trabajadores se desvinculan de la empresa a la cual siguen perteneciendo como sujetos de derechos y obligaciones, puesto que el vínculo laboral subsiste en todos los demás efectos (Alomía, 2002, p. 195). Esto lleva a la conclusión de que la huelga solo suspende el contrato de trabajo por todo el tiempo que ella dure, sin terminar ni extinguir los derechos y obligaciones provenientes del mismo (Art. 511 CT).

En definitiva la huelga, en palabras de Justo López, si bien está destinada a producir “un daño al empleador (mediante la interrupción de la actividad productiva de bienes o servicios) que, en principio y salvo ejercicio ilegal o abusivo, está justificado como ejercicio del derecho de huelga”; causa otros daños, así, “al mismo trabajador, quien por el carácter recíproco de las prestaciones típicas de la relación de trabajo (trabajo-remuneración) pierde su salario y también el conjunto de la sociedad; pero, además, como observa Krotoschin, casi toda huelga de mayores proporciones causa daños a la población y a la vida económica en general” (López, 2010, p. 530).

Los trabajadores, una vez que termina la huelga que ha sido declarada legal y lícita, al retornar a sus puestos de trabajo tienen derecho a percibir la remuneración por todo el tiempo que aquella hubiese durado, es decir que durante la paralización de las actividades se suspende el pago de las remuneraciones, por el principio de que “ningún salario sin trabajo”, ya que al decir de Juan Morando citado por Álvarez, el empleador debe soportar la huelga y no financiarla. Ahora bien, el mismo Álvarez aclara sin embargo que todo el tiempo que dura la huelga “debe computarse como tiempo de servicio, a los efectos de todos aquellos derechos

que se vinculan con la antigüedad, porque la relación subsiste y no se afecta”, por lo que concluye que no resulta “jurídicamente tolerable que el ejercicio de un derecho que solo incide en la materialidad de dos prestaciones coloque a los trabajadores en una situación de perjuicio, cuando la vinculación no ha sido empañada” (Álvarez, 2010, p. 518).

El derecho de los trabajadores huelguistas de recibir la remuneración íntegra, una vez terminada la medida de acción directa, por todo el tiempo que ésta haya durado, no es admitido en todas las legislaciones; así por ejemplo en la Argentina, no se reconoce el derecho al cobro de los salarios por los días de huelga, pese a que la ausencia de los trabajadores durante la paralización de las actividades “no constituye incumplimiento culpable de la obligación de prestar trabajo (López, 2010b, p. 508); es por ello que en tales casos los trabajadores suelen proveerse de recursos para formar una especie de fondo de resistencia, para destinarlo precisamente al pago de subsidios para atenuar la pérdida de los salarios por el tiempo que dure la paralización de las actividades (Deveali, 2010a, p. 447).

Los huelguistas perderán, sin embargo, el derecho a la remuneración por los días de paralización, en los casos taxativamente enunciados en el Art. 504 del Código del Trabajo, esto es: cuando así el Tribunal lo haya resuelto por unanimidad; cuando el fallo rechace en su totalidad el pliego de peticiones; y por último, si se hubiera declarado la huelga fuera de los casos previstos en la Ley, o bien, la continuaren después de ejecutoriado el fallo (en este último caso perderán también los trabajadores la garantía de la estabilidad por un año). Las dos primeras situaciones enunciadas resultan difíciles que se den en la práctica considerando, en el primer caso, que dos de los cinco vocales que integran el Tribunal son nombrados por parte de los trabajadores, y que por lo general la autoridad del trabajo que lo preside se inclina más hacia los trabajadores que a la parte empleadora; en el segundo, por cuanto resultaría impensable unas exageradas pretensiones por parte de los trabajadores expresadas en pliegos de peticiones, sin ningún tipo de matiz, que conduzca al rechazo absoluto del pliego; toda vez que si bien no han sido raros los casos en que se ha pedido desmedidamente, incluso para tener un margen para negociar, no es menos cierto que tales pretensiones no han sido las únicas, ni tampoco la mayoría.

Respecto a los efectos, conviene abordar un breve análisis sobre lo que Eduardo Couture llama juridicidad de la huelga: “es el régimen legal de la suspensión colectiva de trabajo concertada por los trabajadores con fines profesionales. Es

la acción sindical directa condicionada por el Estado contemporáneo que pone término a un largo y azaroso proceso histórico, en el que, por cierto, la huelga ha seguido la suerte del sindicato mismo" (Nápoli, 2010, p. 422).

Consecuentemente la huelga "deberá calificarse con signo positivo (con arreglo al Derecho), cuando quienes la declaran y actúan en ella agotan el procedimiento ante el organismo competente, persiguen fines "no prohibidos" legalmente, y sus aspiraciones son ponderadas como justas o equitativas" (Nápoli, 2010, p. 425).

Para regular la necesaria protección que deben brindar las autoridades del trabajo y policiales, tanto para trabajadores como para empleadores, mientras se lleva a cabo la paralización de las actividades en ejercicio de la huelga se expidió el Instructivo de aplicación del artículo 506 (499) del Código de Trabajo, mediante Acuerdo No. 0138 (RO 297, 22-III-04), por el cual se impone la obligación al Inspector de Trabajo o el Director Regional de Trabajo de solicitar presencia policial a las oficinas de la jurisdicción más cercana, tan pronto conozca de la petición de huelga por parte del comité de empresa o comité especial como medida preventiva, por lo que tal intervención debe restringirse a controlar que no existan desmanes o actos violentos de cualquier tipo.

22.1.1.11.- Trámite para declarar la huelga

Hasta aproximadamente "comienzos del siglo XX, las huelgas se ajustaban a un proceso de explosión espontánea, supeditada tan solo al acuerdo improvisado de los trabajadores o a las órdenes sindicales"; sin embargo, más tarde comienza el Estado a intervenir de manera activa en los conflictos laborales, lo que llevó a una "regulación más o menos estricta para tolerar las medidas de fuerza", que se resumen en requisitos de forma y fondo, como por ejemplo, entre los primeros: exigir que la declaratoria de la huelga se realice por un determinado número de trabajadores, o en base a una "concreta formulación de peticiones por escrito", o en fin, que se observe la "previa sumisión al trámite conciliatorio"; y entre los segundos: que la paralización de actividades no se encuentre prohibida, como en el caso de los servicios públicos, o que no se viole con la medida de hecho el contrato colectivo, o el laudo de arbitral o el acuerdo transaccional, todos "de imperativo acatamiento"; o, que "no obedezca a motivos ajenos al trabajo" (Cabanellas, 2001, pp. 348-349).

De conformidad al Código de Trabajo ecuatoriano las etapas en la tramitación de la huelga son:

- Presentación del pliego de peticiones.
- Mediación obligatoria por 15 días.
- Sometimiento conflicto al Tribunal Conciliación y Arbitraje:
 - o Audiencia
 - o Indagaciones por 6 días
 - o Fallo
- Apelación ante el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje.

22.1.1.12.- Terminación de la huelga

Una vez cumplido el objetivo de la medida de acción directa, se pone término a la paralización de actividades a través de una de las formas previstas en el Art. 502 de Código del Trabajo, que son;

- arreglo directo entre empleadores y trabajadores;
- acuerdo ante el Tribunal de Conciliación y Arbitraje;
- decisión arbitral; o, por,
- fallo ejecutoriado del Tribunal de Conciliación y Arbitraje.

A más de las causales taxativamente señaladas en el Art. 502 del Código del Trabajo, cabría añadir la derivada del artículo 516, que faculta al Inspector del Trabajo a ordenar el reinicio de las labores, cuando no se observe la obligatoriedad de mantener servicios mínimos en las empresas o instituciones que presten servicios de interés social o público; sin perjuicio de que los trabajadores que se nieguen a laborar no perciban sus remuneraciones por los días no trabajados e incurran en la causales del Art. 172 que facultan al empleador a solicitar el visto bueno para dar por terminadas las relaciones laborales.

Para concluir con el análisis de la huelga cabe hacer eco de las palabras de Deveali y de Nápoli. El primero nos dice que si bien por medio de ella se ha contribuido por una parte a mejorar las condiciones de trabajo y en ocasiones incluso a estimular el desarrollo de la actividad productora; sin embargo, cuando ha afectado paralizaciones de servicios o suministros esenciales para la colectividad, ha sido grandemente perjudicial no solo a una o más empresas aisladas “sino también la renta nacional, y, en último supuesto, la higiene y seguridad de la colectividad.” Por ello “parece oportuno recordar que el derecho privado reconoce la figura del abuso del derecho, y el derecho público de la desviación del poder. Sea que se considere la huelga como un derecho o una facultad, en ambos casos los principios rectores del ordenamiento jurídico imponen implícita

si no expresamente, los límites a los cuales la huelga debe ajustarse” (Deveali, 2010b, p. 462-463). El segundo, esto Nápoli, asevera que “mientras exista la injusticia social, la huelga subsistirá. Desterrarla, mientras aquella subsista, sería como pretender curar al enfermo suprimiéndole la fiebre, sin la enfermedad” (Nápoli, 2010, p. 431).

22.1.2.- El paro

22.1.2.1.- Definición del paro

La Constitución y el Código del Trabajo reconoce también al empleador el derecho de paralizar las actividades productivas, aún cuando la finalidad sea muy diferente, medida que se la conoce como paro, al que se lo define como:

- La suspensión del trabajo resuelta por un empleador o empleadores coligados (Art. 525 CT).
- Suspensión del trabajo en la industria por voluntad del dador del trabajo, por causas justificadas.
- Paralización de las labores dispuesta por el empleador como mecanismo para superar una grave crisis que impide el normal desarrollo de las actividades productivas.

El paro es pues la suspensión colectiva del trabajo solicitada por el empleador debido a causas taxativamente señaladas en la ley que tienen como fin evitar una liquidación forzosa debido a una crisis económica general o por causas especiales, o bien por falta de materia prima (siempre que en este caso la industria o empresa requiera abastecerse de ella fuera del país y dicha escasez se deba a causas imprevisibles para el empleador).

Al reconocer el paro el legislador ha pretendido proteger a los empleadores, y más que a ellos, a las fuentes de trabajo toda vez que se trata de una medida extrema, ventajosamente muy poco utilizada en nuestro medio. No es precisamente el derecho correlativo al de la huelga que se les reconoce a los trabajadores, puesto que los fines son completamente diferentes y opuestos. En el paro no hay una finalidad de defensa de intereses profesionales o presión contra los trabajadores. La huelga tiene como propósito presionar al empleador para que ceda ante las pretensiones de los trabajadores, y de esa manera, generalmente, poner término a un conflicto laboral.

Se trata de un derecho reconocido en la Constitución (Art. 326 nral. 14) y regulado por el Código del Trabajo (a partir del Art. 525), que no equivale al *lock-out* de otras legislaciones, que lo consagran como un mecanismo empleado por los empresarios para impedir la entrada a los trabajadores a sus sitios de labores, como medida de presión o como respuesta a las exigencias de aquellos. Éste sí podría entenderse como el derecho correlativo de los trabajadores, ya que ambas serían efectivamente medidas de presión contra la parte contraria. Es decir que lo único que tienen en común el *lock-out* y el paro es que en ambos se produce una paralización colectiva del trabajo por decisión de la parte empleadora.

Un verdadero *lock-out*, entendido aquel que reúne los mismos requisitos de una huelga, esto es, que sea colectivo, previamente acordado por las empresas que lo realizan, pero que es en defensa de un interés profesional, en la actualidad es absolutamente excepcional, toda vez que resulta difícil imaginar situaciones que pongan a los empleadores en la necesidad de “concertar el cierre simultáneo de sus empresas para oponerse a reivindicaciones obreras” (Devealli, 2010b, pp. 621-622).

22.1.2.2.- Naturaleza jurídica del paro

El paro es un derecho empresarial para suspender las actividades laborales como mecanismo de autodefensa ante la amenaza de una inminente quiebra por crisis económica, sujeto a previa autorización y determinación del tiempo de duración por parte del Tribunal de Conciliación y Arbitraje.

22.1.2.3.- Características

- Iniciativa empresarial.
- Acto jurídico de autodefensa.
- De carácter colectivo.
- Produce la suspensión absoluta y temporal de las relaciones laborales.
- Tiene un fundamento eminentemente económico (no de defensa de intereses profesionales).
- No genera responsabilidad al empleador, salvo paro ilegal o fraudulento.
- Evita el cierre definitivo del establecimiento.
- Es una medida absolutamente excepcional.



El paro contemplado en la legislación ecuatoriana difiere de otras figuras, que aunque muy similares, tiene diferentes motivos y efectos. Tal el caso del *lock-out*, y de la suspensión de jornadas.

Lock-out

- Contra-huelga (reacción contra la huelga).
- Medio de autodefensa de intereses profesionales de empleadores.
- Dura hasta el cese de las hostilidades por parte de los trabajadores.

Suspensión de jornadas

- Jornadas no laboradas por un colectivo de trabajadores;
 - por motivos ajenos a la voluntad de ellos o del empleador;
 - que pueden ser recuperadas de conformidad al Art. 60 del Código del Trabajo (Monesterolo 2010, pp. 180-181).

El paro definitivamente no es una “contrapartida de la huelga”, ya que “no se trata de un instrumento de defensa del que puede servirse el empleador para oponerse a las amenazas de las coaliciones obreras, sino únicamente como un medio de suspender el trabajo, por razones esencialmente económicas” (Vásquez L., 2010, p. 377); o al decir de Trujillo, los objetivos del paro “no son los de ejercer presión sobre los trabajadores para que mantengan las condiciones de trabajo o restrinjan sus pretensiones” (Trujillo, 1987, p. 423). El propósito del paro es única y exclusivamente evitar la liquidación forzosa de la empresa como consecuencia de una crisis económica.

El paro tiene sus detractores, así “para Segadas, Vianna, es siempre un abuso de poder empresarial”; coincide con ello Ruprecht quien sostiene que el paro “atenta contra el concepto actual de propiedad [...]”. “Al cerrarse un establecimiento se hace un abuso de ese derecho, pues se lesiona la sociedad al privar de sustento a una parte de esa sociedad y disminuir la producción”. El mismo Ruprecht explica que tales críticas se fundamentan “en la desproporcionalidad de fuerzas económicas que median entre uno y otro sector, lo que hace que a los empresarios les sea mucho más fácil afrontar esta situación que a los trabajadores” (Ruprecht, 2010, p. 638). Esto resulta tan cierto que efectivamente es una medida que no se la aplica, pese a estar reconocida y regulada por el ordenamiento jurídico nacional; es decir, los empleadores y empresarios asumen las pérdidas y continúan con las actividades hasta tanto, en casos extremos, llegan al cierre definitivo del establecimiento.

22.1.2.4.- Casos en que procede el paro

La legislación laboral ecuatoriana contempla tan solo las dos causales (Art. 501 del Código de Trabajo) que responden a la necesidad imperiosa y extrema de paralizar las labores como único medio de evitar colocar a la empresa en una situación de una liquidación forzosa.

- Cuando por crisis económica general o causas especiales, a una o a un grupo de empresas, se imponga la suspensión de las actividades como único medio para evitar el cierre forzoso.
- Por falta imprevista de materia prima (importada).

El empleador en los casos enunciados encuentra en el cierre temporal la única medida para salvaguardar su empresa, vale decir, de no terminar con las actividades productivas, frente al riesgo de quebrar, y por ende de cerrar de manera definitiva, causando aún un perjuicio mayor que el que provocaría a los trabajadores con el paro.

22.1.2.5.- Clases de paro

El paro, según se conforme o no a lo prescrito en la ley, puede ser legal o ilegal.

El paro legal: es el que se realiza de conformidad a las causas y siguiendo el procedimiento establecidos en la ley; decretado por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje y ejecutado en los términos y en el plazo fijado por el mismo Tribunal.

El paro ilegal: es cuando la paralización de las actividades dispuesta por el empleador se encuentra fuera de los casos permitidos; o, por medio de falsedades o por la creación *ex profeso* de las circunstancias que ameritan tal medida; o bien sin contar con la autorización legal; o, finalmente cuando aún autorizada se prolonga por más tiempo que el fijado por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje.

Pese a que se reconoce la figura del paro no se recuerda en el Ecuador contemporáneo significativos casos en que se hayan autorizado y peor ejecutado, aunque sí se presentaron algunas solicitudes en situaciones críticas como la bancaria de los años 2000 y 2001. Lamentablemente los empleadores en casos de graves crisis en lugar de optar por esta medida legal, han decidido más bien el cierre y la liquidación de sus empresas provocando un “gran desempleo, migración y angustia laboral” (Vásquez L., 2010, pp. 383-384).



22.1.2.6.- Trámite para declarar el paro

El trámite previsto en la ley para que el o los empleadores paralicen sus actividades productivas es similar al contemplado para la solución de un conflicto colectivo, aún cuando sería deseable que fuera muchísimo más sencillo y expedito por cuanto esperar un largo tiempo entre la solicitud que presenta la parte empleadora y la autorización para acogerse al paro, causaría posiblemente los graves daños que la paralización pretende evitar; es por ello que tanto la solicitud como la autorización deberían ser oportunas y responder efectivamente a los casos excepcionales ya enunciados.

Así pues los pasos o etapas del paro son:

- Comunicación del empleador dirigida:
 - o al Inspector del Trabajo,
 - o con manifestación de motivos,
 - o solicitando autorización para suspender las actividades.
- Notificación a los trabajadores para que designen un comité especial de no existir un comité de empresa.
- Contestación por parte de los trabajadores en el término de tres días.
- Conformación Tribunal de Conciliación y Arbitraje.
- Audiencia.
- Indagaciones.
- Resolución (autorizando o rechazando la solicitud del empleador, y en el primer caso, señalando adicionalmente el tiempo por el que podrán paralizarse las actividades).

Si los trabajadores no contestaren en el término de tres días la solicitud del empleador, notificada por la autoridad administrativa, o se negaren a comparecer ante el tribunal, se procederá en rebeldía, según lo dispone el Art. 530 del Código del Trabajo.

22.1.2.7.- Efectos del paro

El efecto indiscutible del paro es que se suspenden las actividades de la empresa, por todo el tiempo que autorice el Tribunal de Conciliación y Arbitraje, que deberá considerar las causas invocadas y las pruebas que se hayan ventilado en el trámite respectivo. Obviamente el empleador no queda obligado al pago de

las remuneraciones por todo el tiempo que dura la suspensión de las actividades, porque de lo contrario no haría sentido que solicite autorización para paralizar la producción o las actividades normales de la empresa, y agravar así aún más su situación. Se trata de una medida extrema tendiente a evitar un perjuicio mayor y salvaguardar así la fuente de trabajo de un sinnúmero de trabajadores.

Los efectos dependerán de la clase de paro del que se trate, así:

El paro legal:

- se suspenden los contratos de trabajo, por todo el tiempo que el Tribunal de Conciliación y Arbitraje haya autorizado el paro.
- no se pagan las remuneraciones por todo el tiempo que dure la paralización.

El paro ilegal:

- los trabajadores tienen derecho a cobrar: remuneraciones, e indemnizaciones.
- los empleadores pueden ser sancionados penalmente, sin perjuicio de estar obligados a:
 - o reanudar las labores con los huelguistas;
 - o pagar las remuneraciones a todos los trabajadores; e
 - o indemnizar a quienes, ante la paralización opten por dar por terminado el contrato de trabajo.

Una vez superadas las causas que motivaron la paralización, el empleador deberá reiniciar las actividades con los mismos trabajadores que prestaban sus servicios al momento de la declaratoria del paro, para lo cual tanto el Tribunal como el empleador deberán dar a conocer la fecha de la reanudación de las labores mediante tres publicaciones en un periódico o por carteles, con ocho días al menos de anticipación. Si pese a ello los trabajadores no se presentaren a ocupar sus puestos durante los tres primeros días de trabajo, el empleador quedará en libertad de sustituirlos, salvo que justifiquen causa justa dentro de ese término (Art. 535 CT).

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ACZEL, María Cristina (2001). *Instituciones del Derecho Individual del Trabajo*. Buenos Aires: Editorial La Ley.

ALESSANDRI Arturo, SOMARRIVA Manuel, VODANOVIC Antonio (1990). *Derecho Civil, parte preliminar y parte general*. T I. Santiago de Chile: Editorial Ediar.

ALOMÍA RODRIGUEZ, José. (2002). *Diccionario de Derecho laboral y Seguridad Social*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.

ALTAMIRA GIGENA, Raúl (2010). *La libertad sindical y el modelo sindical argentino*. En: *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales*. T. III. Buenos Aires: Editorial La Ley.

ÁLVAREZ, Eduardo (2010). *Reflexiones sobre el derecho de huelga*. En *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales*. T. IV. Buenos Aires: Editorial La Ley.

ARESE, César (2010). *La especialidad de la interpretación jurídica de las convenciones colectivas y los conflictos de encuadramiento*. En: *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales*. T. IV. Buenos Aires: Editorial La Ley.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo (2009). *El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales*. 2da ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

BARRIGA LÓPEZ, Washington y SANCHEZ MUÑOZ, Fernando (1993). *Convenios internacionales socio-laborales vigentes, 1919-1993*. Quito: Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

BUSTAMANTE VÁSCONEZ, Ximena (2009). *El acta de mediación*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (1997). *Diccionario Jurídico Elemental (actualizado, corregido y aumentado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas)*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (2001). Compendio de Derecho Laboral. T. I y II. Argentina: Editorial Heliasta.

CAMPOS RIVERA, Domingo (1997). Derecho Laboral Colombiano. Bogotá: Editorial Temis.

CAPÓN, FILAS, Rodolfo (2010). Sistema jurídico y huelga. En Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T. IV. Buenos Aires: Editorial. La Ley.

CASTRO ORBE, Rubén (1995). Tendencias actuales en el Derecho Colectivo del Trabajo. Quito: Pluma Libreros Editores.

CERÓN DEL HIERRO, Antonio (1998). Introducción al Derecho del Trabajo. Bogotá: Editorial Derecho Vigente.

CUEVA CARRIÓN, Luis (2006). El juicio oral laboral. Teoría, práctica y jurisprudencia. Quito: Editorial Cueva Carrión.

CHÁVEZ DE BARRERA, Nelly (1990). Manual de Derecho Laboral, para trabajadores sociales. Quito: Editorial Universitaria.

CHÁVEZ DE BARRERA, Nelly (2002). Derecho Laboral Aplicado. Quito: s/ Ed.

CORRAL BURBANO DE LARA, Fabián (2009). Las paradojas de la Constitución de 2008. En: La Constitución ciudadana. Quito: Editorial Taurus Ecuador.

DE BUEN, Néstor (1998). Derecho del Trabajo. T. I y II. México: Editorial Porrúa.

DEVEALI, M.L (2010a). El derecho de huelga y sus límites. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T. IV. Buenos Aires: Editorial La Ley.

DEVEALI, M.L (2010b). El hecho de la huelga y su conceptualización jurídica. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T. IV. Buenos Aires: Editorial. La Ley.

DEVEALI, M.L (2010c). Lock-out, cierre y suspensión. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T. IV. Buenos Aires: Editorial La Ley.

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA (2001). Madrid: Espasa Calpe.

ETALA, Carlos Alberto (2010a). Una contribución solidaria del estado empleador y el principio de pureza sindical. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T. III. Buenos Aires: Editorial La Ley.

ETALA, Carlos Alberto (2010b). La empresa y el estado frente a los principios de libertad sindical. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T. III. Buenos Aires: Editorial La Ley.

FUNES DE RIOJA, Daniel (2010). La libertad de agremiación y el pluralismo sindical en el régimen legal argentino. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T. III. Buenos Aires: Editorial La Ley.

FOGLIA, Ricardo (2010). Derecho de huelga y ocupación del establecimiento. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T. IV. Buenos Aires: Editorial La Ley.

GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto (2010). Libertad sindical y autonomía colectiva. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T. III. Buenos Aires: Editorial La Ley.

GOLDIN, Adrián (2010). Conflicto y participación en el sistema de relaciones del trabajo. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T. IV. Buenos Aires: Editorial La Ley.

GRISOLIA, Julio Armando (2010). Manual de Derecho Laboral: 6ta ed. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

GUERRERO FIGUEROA, Guillermo y otros (1986). Lecciones de Derecho Laboral. Bogotá: Editorial Temis.

HERMIDA URIARTE, Óscar (2010). La participación de los trabajadores en a empresa: panorama teórico y comparativo. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T. III. Buenos Aires: Editorial La Ley.

HERNÁNDEZ MARTINEZ, Sabino (2005). 140 Preguntas sobre el Proceso Oral Laboral. Guayaquil: s/Ed.

JIMÉNEZ CADENA, Álvaro (1993). Conquista de la madurez emocional. Estrategias. Bogotá: Editorial Indo American Press.

LAFONT, Francisco (1993). Tratado de Derecho Laboral Individual. T.I. Bogotá: Editorial Ciencia y Derecho.

LA SANTA BIBLIA (1985). Corea: Sociedades Bíblicas Unidas.

LÓPEZ, Guillermo A.F. (2010a). Prospectiva del Sindicalismo. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T III. Buenos Aires: Editorial La Ley.

LÓPEZ, Guillermo A.F. (2010b). La huelga y sus efectos sobre el contrato de trabajo. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T IV. Buenos Aires: Editorial La Ley.

LÓPEZ, Justo (2010). Significado de la constitucionalidad del derecho de huelga. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T IV. Buenos Aires: Editorial La Ley.

MARTÍNEZ VIVOT, Julio (2010). Nuevo réquiem para la libertad sindical en Argentina. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T III. Buenos Aires: Editorial La Ley.

MONESTEROLO LENCIONI, Graciela (2010). Instituciones de Derecho Laboral Individual. Herramientas Didácticas (3ra ed.). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

MONESTEROLO LENCIONI, Graciela (2011). Instituciones de Derecho Laboral Colectivo. Herramientas Didácticas. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

NÁPOLI, Rodolfo (2010). La juridicidad de la huelga. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T IV. Buenos Aires: Editorial La Ley.

NINO, Carlos Santiago (2007). Introducción al Análisis del Derecho (2da. ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.

NUÑEZ, Ricardo (2010). ¿Es punible la huelga? En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T. IV. Buenos Aires: Editorial La Ley.

OCHOA ANDRADE, Guillermo (1994). La suspensión y la terminación del Contrato Individual de Trabajo en el Ecuador (3ra. ed.). Ecuador: Talleres Gráficos de la Universidad del Azuay.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1985). Convenios y Recomendaciones internacionales del Trabajo. Ginebra: s/Ed.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL (2009). Ecuador Caso No. 2684. Quito: Comité de Empresa de los Trabajadores de Petroproducción.

OSTAU DE LAFONT DE LEÓN, Francisco Rafael (2006). Tratado de Derecho del Trabajo. T. II. (3ra ed.) Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

OYARTE MARTÍNEZ, Rafael (2005). Curso de Derecho Constitucional. La Función Legislativa. T. II. Quito: Editorial Andrade & Asociados.

PÁEZ BENALCÁZAR, Andrés (2004a). El nuevo procedimiento oral de trabajo. Quito: Editorial Ediciones Legales.

PÁEZ BENALCÁZAR, Andrés (2004b). Las relaciones laborales en el sector público ecuatoriano. En: Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador T. I. Quito: s/Ed.

PÁEZ BENALCÁZAR, Andrés (2006). La intermediación laboral, tercerización de servicios y colocación de personal. Quito: Editorial Che.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel y otros (1997). Derecho del Trabajo. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

PÁSARA, Luis (2008). El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. T. IV. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

PÉREZ LOOSE, Hernán (2009). Tratados y Constitución. En La Constitución ciudadana. Doce visiones sobre un documento revolucionario. Quito: Taurus Ecuador.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo (1978). Los principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Editorial Depalma.

PORRAS VELASCO, Angélica (2009). Los Derechos Laborales y la Seguridad Social en la nueva constitución. En: La nueva constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Quito: Corporación Editora Nacional.

RAMÍREZ BOSCO, Luis (2010). Los principios del Derecho del Trabajo. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T I. Buenos Aires: Editorial La Ley.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001). Diccionario de la Lengua Española. Madrid.

RIAL Noemí y SIMON, Julio César (2010). Problemas actuales en la negociación colectiva. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T. IV. Buenos Aires: Editorial La Ley.

RIMOLDI, Alberto (2010). Métodos alternativos de solución de conflictos en la negociación colectiva. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T. IV. Buenos Aires: Editorial La Ley.

RODRIGUEZ MANCINI, Jorge (2010). Sobre la libertad sindical. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T III. Buenos Aires: Editorial La Ley.

RUPRECHT, Alfredo J. (2010). El lock-out. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T. IV. Buenos Aires: Editorial La Ley.

RUBIO, Valentín (1999). Derecho Laboral T. I y II. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni.

SALGADO, Judith (2009). Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución. En: La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, Corporación Editora Nacional.

SANTOS DE SOUSA, Boaventura (1998). De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad. Bogotá: Siglo del hombre.

SIMON CAMPAÑA, Farith (2009). La familia y los grupos de atención prioritaria en la Constitución ecuatoriana 2008. En: La constitución ciudadana. Quito: Editorial Taurus Ecuador.

SILVA PORTERO, Carolina (2008). ¿Qué es el buen vivir en la Constitución? En: Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA Patricio (1987). Manual de Derecho del Trabajo. T. I. Colección Manuales Jurídicos. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio (1980). Manual de Derecho del Trabajo. T. II. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- TOMADA, Carlos A. (2010). La libertad sindical en Argentina y el modelo normativo actual de la OIT. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T. III. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- TRUJILLO VÁSQUEZ, Julio César (1973). Derecho del Trabajo. T I. Quito: Ediciones de la PUCE.
- TRUJILLO VÁSQUEZ, Julio César (1987). Derecho del Trabajo. T II. Quito: Colección Textos Universitarios, Ediciones de la PUCE.
- TRUJILLO VÁSQUEZ, Julio César (1992). Ley No. 133. Quito: Editorial de la PUCE.
- TRUJILLO VÁSQUEZ, Julio César (2008). Derecho del Trabajo. T. I. Quito: Editorial Educ.
- VALDOVINOS, Oscar (2010). La libertad sindical, la negociación colectiva y los derechos fundamentales de la persona del trabajador. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T III. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- VALVERDE, Antonio Martín y otros (1997). Derecho del Trabajo. Madrid: Editorial Tenos.
- VÁSQUEZ LÓPEZ, Jorge (2004). Derecho Laboral Ecuatoriano. Derecho Individual. Quito: Editorial Jurídica Cevallos.
- VÁSQUEZ LÓPEZ, Jorge (2007). Derecho Laboral Práctico y el Juicio Oral. Quito: Editorial Jurídica Cevallos.
- VÁSQUEZ LÓPEZ, Jorge (2010). Derecho Laboral Colectivo. Quito: Ed. Jurídica Cevallos.
- VÁSQUEZ VIALARD, Antonio (2010a). La costumbre en el Derecho del Trabajo. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T. I. Buenos Aires: Editorial La Ley.

VÁSQUEZ VIALARD, Antonio (2010b). El régimen legal de la negociación colectiva, reformada por la Ley de Ordenamiento Laboral (25.877). En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T IV. Buenos Aires: Editorial La Ley.

VITERI, Joaquín (s/f). El Salario. Quito: s/Ed.

VITERI, Joaquín (2006). El Derecho Colectivo del Trabajo. Quito: Produgrafi Center.

VON POTOBSKY, Gerardo (2010). Participación de los trabajadores en la gestión de la empresa. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho del Trabajo, Doctrinas Esenciales. T. III. Buenos Aires: Editorial La Ley.

NORMATIVA

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (2008)

Constitución de la República del Ecuador (RO 449, 20-X-2008).

Mandato Constituyente No. 2, remuneraciones mensuales unificadas máximas para el sector público (RO-S 261, 28-I-08).

Mandato Constituyente No. 4, indemnizaciones por despido intempestivo al personal que trabaja en las instituciones señaladas en el Art. 2 del Mandato No.2 (RO-S 273, 14-II-08).

Mandato Constituyente No. 8, eliminación y prohibición de la tercerización la intermediación laboral y la contratación por horas (RO-S 330, 6-V-08).

COMISIÓN LEGISLATIVA Y DE FISCALIZACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones (RO-S 351, 29-XII-10).

Ley de creación del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (RO 587, 1-V-09).

Ley de Minería (RO-S 517, 29-I-09).

Ley Orgánica de Empresas Públicas (RO-S 48, 16-X-09).

Ley Orgánica del Servicio Público (RO 294, 6-X-10).

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, (RO-S 395, 4-VIII-08).

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador (RO-S 558, 27-IV-09).

Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado (RO-S 644, 29-VII-09).

Ley Reformatoria a la Ley de Seguridad Social, a la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y a la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional (RO-S 559, 30-III-09).

Ley Reformatoria al Código del Trabajo por la que se incluye la licencia por paternidad (RO-S 528, 13-II-09).

CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

Ley de Contrato de Trabajo. Buenos Aires: Editorial Bregna.

CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Código Sustantivo del Trabajo.

CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Código Civil, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.

Código de Procedimiento Civil, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.

Código de la Niñez y Adolescencia, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.

Código del Trabajo, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.

Código Orgánico de la Función Judicial, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.

Código Penal, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.

Ley de Amparo Laboral de la Mujer (RO 124, 6-II-97).

Ley de Arbitraje y Mediación, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.

Ley de Defensa del Artesano (RO 71, 23-V-97).

Ley de Financiamiento de las Centrales Sindicales (RO 804, 9-VIII-84).

Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado (RO-S 583, 24-XI-11).

Ley de Hidrocarburos (RO 711, 15-XI-78).

Ley de Fomento Artesanal (RO 446, 29-V-86).

Ley de Maquila y Régimen de Contratación Laboral a Tiempo Parcial (RO-S 493, 3-VIII-90).

Ley de Pasantías en el Sector Empresarial (RO 689, 5-V-95).

Ley de Promoción para la Inversión y Participación Ciudadana (RO-S 144, 18-VIII-00).

Ley de Seguridad Nacional (RO-S 465, 30-XI-01).

Ley de Seguridad Social (RO-S 465, 30-XI-01).

Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (RO 294, 6-X-10).

Ley reformativa al Código del Trabajo mediante la cual se establece el procedimiento oral en los juicios laborales (RO 146, 13-VIII-03).

Ley reformativa al Código del Trabajo, de inserción laboral de personas con discapacidad (RO 198, 30-I-06).

Ley reformativa al Código del Trabajo (RO-S 817, 21-11-91).

Ley Reformativa al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios. (RO-S 298, 23-VI-06).

Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas (RO-S 181, 30-IV-99).

Ley para la Transformación Económica del Ecuador (RO-S 34, 13-III-00).



CONSEJO SUPERIOR DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL

Estatuto Codificado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (RO-S 431, 7-V-90).

CORTE CONSTITUCIONAL para el período de transición (2010)

Nuevo orden Jurídico y Constitucional para el Ecuador del Siglo XXI. Quito: CCE.

INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL

Reglamento General para la devolución de los Fondos de Reserva del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (RO 207, 10-II-2006).

MINISTERIO DE TRABAJO Y RECURSOS HUMANOS

MINISTERIO DE TRABAJO Y EMPLEO (desde 28-XII-04)

MINISTERIO DE RELACIONES LABORALES (desde 24-VIII-10)

Acuerdo 0080, regulaciones de ajuste automático y revisión de las cláusulas de los contratos colectivos de trabajo del sector público (RO 394, 1-VIII-08).

Acuerdo 93, Reglamento pago 13ra, 14ta remuneraciones y utilidades (RO 451, 18-V-11).

Acuerdo 00117 sobre reestructuración de comisiones sectoriales (RO 241, 22-VII-10).

Acuerdo 0138, instructivo de aplicación del artículo 506 (499) del Código de Trabajo (RO 297, 22-III-04).

Acuerdo 00144, instructivo para la tramitación de contratos colectivos y actas transaccionales de trabajo (RO 322, 27-IV-04).

Acuerdo 00155-A, normas de procedimiento para la revisión de los contratos colectivos a los que se refiere la Disposición Transitoria del mandato Constituyente No. 8 (RO 445, 14-X-08).

Acuerdo 249, salarios mínimos para el año 2011 (RO 358, 8-I-11).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenios:

Convenio 2, relativo al desempleo (RO 159, 17-V-62).

Convenio 11, sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921 (RO 99, 22-I-69).

Convenio 26, relativo al establecimiento de métodos para la fijación de salarios mínimos (RO 675, 25-XI-54).

Convenio 29, relativo al trabajo forzoso (RO 675, 25-XI-54).

Convenio 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (RO. 119, 30-IV-67).

Convenio 95, relativo a la protección del salario (RO 675, 25-XI-54).

Convenio 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (RO 923, 10-IX-59).

Convenio 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (RO 177, 3-IV-57).

Convenio 103, relativo a la protección de la maternidad (RO 159, 17-V-62).

Convenio 105, relativo a la abolición del trabajo forzoso (RO 159, 17-V-62).

Convenio 111, relativo a la discriminación (RO 219, 30-VII-62).

Convenio 138, sobre edad mínima de admisión al empleo (RO 113, 5-VII-00).

Convenio 141, sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (RO 634, 21-VII-78).

Convenio 156, sobre igualdad de oportunidades y trato entre trabajadores y trabajadoras (no ratificado por el Ecuador).

Convenio 182, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su abolición (RO 366, 29-VI-04).

CONVENIOS, DECLARACIONES Y PACTOS INTERNACIONALES

Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica (RO 801-6-VIII-84).

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (RO-S 153, 25-XI-05).

Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (RO-S 153, 25-XI-05).

Convención sobre derechos de las personas con discapacidad (RO 329, 5-V-08).

Declaración Universal de los Derechos Humanos (10-XII-48).

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (RO 101, 24-I-69).

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (RO 222, 25-VI-10).

GACETA JUDICIAL

Gaceta Judicial No. 12, Serie XVI.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Decretos

Decreto Ejecutivo 10, fusión de la SENRES y Ministerio de Trabajo y Empleo, creación del Ministerio de Relaciones Laborales (RO 10, 24-VIII-09).

Decreto Ejecutivo 43, reducción de la jornada a 40 horas semanales (RO 249, 11-VIII-80).

Decreto Ejecutivo 225, reformas al DE 1701 (RO 123, 4-II-10).

Decreto Ejecutivo 418, traslado de descanso por fiestas cívicas, suspensión y recuperación jornada laboral por Carnaval (RO 116, 29-VI-09).

Decreto Ejecutivo 718, sobre el servicio de guarderías (RO 179, 6-V-85).

Decreto 873, Reglamento de juegos de azar practicados en casinos y salas de juego (RO-S 536, 16-IX-11).

Decreto 1121, Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente No. 8 (RO 353, 05-VI-08).

Decreto Ejecutivo 1232, Reglamento para el funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocaciones (RO 285, 27-III-98).

Decreto Ejecutivo 1396, ampliación del plazo de revisión de los contratos colectivos (RO 47, 30-X-08).

Decreto Ejecutivo 1406, reglamento para la contratación por horas (RO-S 305, 12-IV-01).

Decreto Ejecutivo 1701, criterios que regirán la contratación colectiva de trabajo (RO 592-18-V-09).

NETGRAFÍA

BOVINO, Alberto (2008). El principio *pro homine* <http://nohuboderecho.blogspot.com/2008/10/el-principio-pro-homine.html>

CANO Diego (2009). Regresión laboral en el Ecuador y sus consecuencias: gobierno de Rafael Correa. En ¿Estado Constitucional de Derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009. Programa Andino de Derechos Humanos, PADH, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009 (pdf).

CASO Núm. 2686: Informe provisional de la queja contra el Gobierno del Ecuador presentada por la Federación Nacional de Trabajadores de la Empresa Estatal Petróleo del Ecuador (FETRAPEC); la Internacional de Servicios Públicos (ISP); la Organización Sindical Única Nacional de Trabajadores del Ministerio de Salud (OSUNTRÁMSA) y la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) (<http://white.oit.org.pe/sindi/casos/ecu/ecu200902.html>).

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES (2005). Observación general No. 18 al artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (pdf).

COMISIÓN LEGISLATIVA Y DE FISCALIZACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL. Proyectos de Leyes Presentados. Proyectos de Leyes Aprobados. Quito.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS, Ecuador: <http://www.inec.gob.ec>.

MINISTERIO DE RELACIONES LABORALES, <http://www.mrl.gob.ec/>

PLAN PARA LA ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO HACIA LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y MUJERES (pdf)

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, www.presidencia.gob.ec.

REYNOSO CASTILLO, Carlos. Sobre las nuevas contrataciones laborales (www.bibliojuridica.org) (pdf).

OTROS

CORRAL BURBANO DE LARA, Fabián, ¿Qué son los Mandatos? (Diario El Comercio 10-IV-08).

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA (2005). Contenido y alcance del derecho individual al trabajo. Marco para la Evaluación de la Política Pública del Derecho al trabajo desde una perspectiva de Derechos Humanos, Bogotá, Programa de Seguimiento y Evaluación de Políticas Públicas en Derechos Humanos, ProSeDHer, Serie DESC.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA (2007). Sistema de seguimiento y evaluación de las políticas públicas relativas al derecho individual al trabajo, cartilla instructivo para el diligenciamiento del instrumento de seguimiento y evaluación. Material de Apoyo al Proceso de Capacitación a Entidades Gubernamentales ProSeDHer.

PLAN NACIONAL PARA EL BUEN VIVIR (2009-2013) CONSTRUYENDO UN ESTADO PLURINACIONAL E INTERCULTURAL (RO-S 144, 5-III-10).

RENGEL VALDIVIESO, Jorge Hugo (1978). Comisión de Legislación. Introducción. En: Codificación Código del Trabajo actualizada a febrero de 1983. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

PROGRAMAS INFORMÁTICOS

DOCTUS, Programa Informático de la Corporación de Estudios y Publicaciones.

FIEL, Programa Informático.

LEXIS, eSilec Profesional.

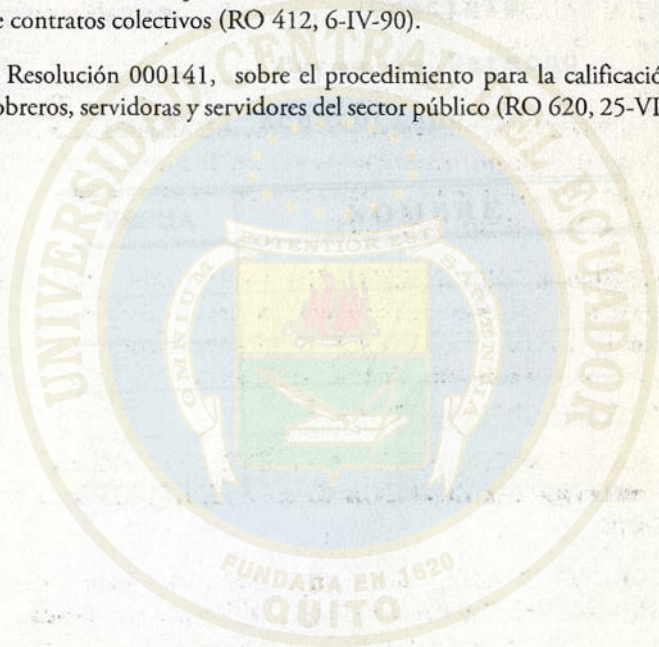
RESOLUCIONES

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. Resolución sobre acumulación de indemnizaciones y plazos de los contratos colectivos (RO 650, 6-VIII-09).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL ECUADOR. Resolución sobre el trámite de suspensión o disolución de organizaciones de trabajadores (RO 715, 29-XI-02).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL ECUADOR. Resolución sobre amparo de contratos colectivos (RO 412, 6-IV-90).

SENRES. Resolución 000141, sobre el procedimiento para la calificación de obreras y obreros, servidoras y servidores del sector público (RO 620, 25-VI-09).





SIB - UCE



FECHA DE DEVOLUCIÓN

344.866 Monesterolo Lencioni
M742 Graciela

Curso de Derecho

Laboral Ecuatoriano

FECHA	NOMBRE

FUNDADA EN 1620
QUITO



**UNIVERSIDAD TÉCNICA
PARTICULAR DE LOJA**
La Universidad Católica de Loja
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

ISBN 978-9942-08-267-1



9 789942 082671